



ESCOLA DE DIREITO
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD

GUILHERME DA COSTA FERREIRA PIGNANELI

**MECANISMOS DE CONTROLE DE DEMANDAS DESNECESSÁRIAS E
FRÍVOLAS: UMA ANÁLISE ECONÔMICA A PARTIR DO ACESSO À JUSTIÇA**

CURITIBA

2018



ESCOLA DE DIREITO
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD

GUILHERME DA COSTA FERREIRA PIGNANELI

**MECANISMOS DE CONTROLE DE DEMANDAS DESNECESSÁRIAS E
FRÍVOLAS:**

UMA ANÁLISE ECONÔMICA A PARTIR DO ACESSO À JUSTIÇA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Econômico e Desenvolvimento, na linha de pesquisa “Justiça, Democracia e Direitos Humanos”, Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Orientador: Prof. Dr. Oksandro Gonçalves

CURITIBA

2018



ESCOLA DE DIREITO
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Edilene de Oliveira dos Santos CRB 9 /1636

P632m
2018

Pignaneli, Guilherme da Costa Ferreira
Mecanismos de controle de demandas desnecessárias e frívolas : uma análise econômica a partir do acesso à justiça / Guilherme da Costa Ferreira Pignaneli ; orientador, Oksandro Gonçalves. -- 2018
180 f. : 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018.
Bibliografia: f. 161-180

1. Poder judiciário. 2. Acesso à justiça. 3. Abuso de direito. 4. Ação judicial. 5. Direitos civis. 6. Direito econômico. I. Gonçalves, Oksandro. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 3. ed. – 341.256



ESCOLA DE DIREITO
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD

GUILHERME DA COSTA FERREIRA PIGNANELI

**MECANISMOS DE CONTROLE DE DEMANDAS DESNECESSÁRIAS E
FRÍVOLAS: UMA ANÁLISE ECONÔMICA A PARTIR DO ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Profa. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Calyton Maranhão
Universidade Federal do Paraná

CURITIBA, ___ de julho de 2018.



ESCOLA DE DIREITO
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD

AGRADECIMENTOS

À minha esposa, Amanda Pignaneli, pela amizade, apoio, compreensão e, especialmente, pelas renúncias feitas, mesmo as não reveladas, para que eu conseguisse chegar ao fim dessa jornada.

Ao meu filho, Joaquim, que ainda na barriga da mamãe, serviu como fonte inspiradora para a persecução dos meus objetivos enquanto aluno, mestrando, pai e professor.

Aos meus pais e a minha irmã pelo suporte habitual. Por sempre apoiarem todas as minhas decisões, mesmo as mais desvairadas.

Aos meus amigos e companheiros de mestrado, não só pelas risadas, mas por elevarem o nível das aulas.

Ao meu orientador, Dr. Oksandro Gonçalves, pela honestidade e generosidade durante todo o processo do mestrado, sobretudo por me permitir hoje chama-lo de amigo.

Ao Prof. Dr. Fernando Araújo, pelas conversas realizadas nos cafés da Universidade de Direito da Faculdade de Lisboa, que tanto engrandeceram este trabalho.



ESCOLA DE DIREITO
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD

“A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça, qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, as lesando no patrimônio, na hora e na liberdade”

Ruy Barbosa



RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar o direito ao acesso à justiça, em especial à Justiça Cível, e o problema da litigância abusiva, desnecessária e frívola, e as suas consequências para a sociedade, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito (AED). O estudo chama atenção para a necessidade de mudança de paradigma do acesso à justiça, especialmente diante do cenário atual no qual o sistema de Justiça brasileiro é colocado em xeque e o fenômeno da litigância abusiva, fruto da elevação desse direito a uma garantia fundamental e universal, começa a ser analisado como uma das fontes causadoras desse problema. A pesquisa esclarece que esse novo modelo exige a superação da antiga solução pensada para o acesso à justiça, consubstanciada tão somente na criação de facilidades de acesso a porta de entrada dos tribunais, para a compreensão de que o efetivo acesso à justiça passa, também, pela porta de saída do Poder Judiciário, ou seja, pelo tempo no qual a prestação jurisdicional será concedida. Assim, a partir do diálogo entre o Direito e a Economia, se reconheceu que as facilidades com que se chega hoje a Justiça hoje dão azo a comportamentos oportunistas, que retroalimentam um sistema de ineficiência formado pela universalização do direito de acesso, abuso do direito de ação e superutilização da Justiça. Com isso, fica claro que a solução apresentada no passado tornou-se um problema na atualidade, isso porque, com a derrocada dos custos iniciais do litígio e sob a égide de um acesso à justiça universal, uma parcela dos queixosos passou a exercer o seu direito de forma predatória e abusiva, causando danos a sociedade, materializados no excesso de demandas ilegítimas, cuja Justiça brasileira, pela escassez natural dos seus recursos, não consegue dar vazão na mesma velocidade com a qual é acionada. Dentro deste cenário, o trabalho apresenta algumas soluções estratégicas aptas a filtrar as demandas abusivas e, conseqüentemente, os seus efeitos nefastos ao Poder Judiciário, todas elas alicerçadas no paradoxo de que na atualidade, a ampliação do acesso à justiça passa pela restrição do próprio acesso. O método empregado é o dedutivo, com o uso do instrumento pragmático da AED, tanto em sua dimensão positiva, no exame crítico dos filtros já existentes, quanto normativa, na reflexão dos caminhos mais eficientes para a criação de novos mecanismos de controle, reconhecendo-se, de antemão, que essa vertente metodológica não tem a pretensão de ser um método isolado de estudo e que as melhores conclusões acerca do problema ora debatido somente serão alcançadas a partir de um confronto interdisciplinar com outros métodos e interpretações do Direito.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Análise Econômica do Direito. Abuso do Direito de Ação. Litigância Desnecessária. Litigância Frívola.



ABSTRACT

The present work aims to study the right to access to justice, especially the Civil Justice, and the problem of unnecessary and frivolous litigation and its consequences for society, from the perspective of the Economic Analysis of Law. The study draws attention to the need to change the paradigm of access to effective justice, especially in view of the current scenario in which the Brazilian justice system is called into question and the phenomenon of abusive litigation, as a result of the elevation of this right to a fundamental and universal, begins to be analyzed as one of the sources that causes this problem. This new model requires overcoming the old solution designed for access to justice, consubstantiated only in the creation of facilities to access the courts' entrance gate, to the understanding that effective access to justice also passes through the exit door of the Judiciary, that is, by the time in which the judicial provision will be granted. Therefore, from the dialogue between law and economics, it is recognized that because of the easy of accessing the Judiciary today, there are opportunistic behaviors that foment a system of inefficiency formed by the universalization of the right of access, abuse of the right of action and overuse of justice. Consequently, the solution presented in the past has become a problem today, because, with the overthrow of the initial costs of litigation and under the aegis of universal access to justice, a portion of the complainants began to exercise their right in a predatory manner and abusive, causing damages to society, materialized in the excess of illegitimate demands, whose Brazilian Justice, due to the natural scarcity of its resources, cannot give vent at the same speed with which it is triggered. Within this scenario, the work presents some strategic solutions capable of filtering the abusive demands and, consequently, their harmful effects to the Judiciary, all of them based on the paradox that today, the extension of the access to justice passes through the restriction of the own access. The method used is the deductive, with the use of the pragmatic instrument of Economic Analysis of Law, in its positive dimension, in the critical examination of existing filters, and in its normative dimension, in the reflection of the most efficient ways to create new control mechanisms, recognizing in advance that this methodological aspect is not intended to be an isolated method of study and that the best conclusions about the problem under discussion will only be reached through an interdisciplinary confrontation with other methods and interpretations of Law.

Keywords: Access to justice. Economic Analysis of Law. Abuse of the Right of Action. Unnecessary Litigation. Frivolous Litigation.



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ACESSO À JUSTIÇA	13
1.1 O abuso de direito de ação: o problema da efetividade do acesso à justiça e os custos do litígio no brasil	13
1.2 A universalização do acesso à justiça: da solução ao problema	18
1.3 Efetividade do acesso à justiça: um novo paradigma global	24
1.4 O paradoxo do acesso à justiça	32
1.5 Círculo virtuoso: acesso à justiça efetivo e justiça eficiente.....	37
1.5.1 Justiça como eficiência.....	39
1.5.2 Eficiência.....	42
1.5.3 Justiça como eficiência: um estudo a partir do pensamento de Richard Allen Posner.....	49
1.6 Justiça como função jurisdicional eficiente	56
1.7 Justiça eficiente, instituições e desenvolvimento	61
1.8 Justiça eficiente: critérios balizadores	68
1.9 Considerações finais	71
2 LITIGÂNCIA DESNECESSÁRIA E FRÍVOLA	73
2.1 Análise econômica do direito.....	73
2.2 Análise normativa e positiva.....	80
2.3 Microeconomia	82
2.4 Escolha racional: uma visão de mercado, escassez, custo e benefício e incentivos	83
2.5 Externalidades.....	91
2.6 Litigância desnecessária e frívola: uma análise econômica.....	99
2.7 Bens públicos e recursos comuns: falhas de mercado e externalidades da litigância...	113
2.8 <i>Free-riders</i>	115
2.9 Tragédia dos comuns	118
2.10 Considerações finais	120



3 MECANISMOS DE CONTROLE.....	121
3.1 Revisão do sistema de concessão da gratuidade da justiça.....	123
3.2 Parcelamento das custas processuais: inovação do novo código de processo civil	134
3.3 Improcedência liminar: alteração do novo Código de Processo Civil.....	135
3.4 Sucumbência recursal: inovação do novo Código de Processo Civil	140
3.5 Precedentes judiciais: inovação do novo Código de Processo Civil.....	141
3.6 Ampliação do número de varas especializadas.....	145
3.7 Controle do mercado de advogados.....	146
3.8 Majoração do valor da multa por litigância de má-fé: alteração do novo código de processo civil	149
3.9 Responsabilização dos advogados: filtro legítimo ou ilegítimo?	151
3.10 Reformulação dos incentivos dos Juizados Especiais Cíveis.	156
CONCLUSÃO.....	159



INTRODUÇÃO

A presente proposta de dissertação tem por escopo estudar o direito ao acesso à justiça, em especial à Justiça Cível, e o problema da litigância abusiva e as suas consequências para a sociedade, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito (AED).

Não existe democracia, tampouco desenvolvimento, na ausência de um Poder Judiciário respeitado e eficiente. O acesso à justiça é a materialização da dignidade da pessoa humana, porquanto possibilita aos indivíduos alcançar uma resposta frente aos seus direitos violados, seja por um particular, seja pelo próprio Estado. Além disso, um sistema de Justiça eficiente é responsável por gerar cooperação entre esses mesmos indivíduos, fomentando e impulsionando o desenvolvimento da sociedade na qual estão inseridos.

Exatamente por essa razão que a ineficiência do Poder judiciário e inefetividade do acesso à justiça são problemas a serem combatidos.

A partir do Projeto de Florença – estudo realizado na década de 1970, que resultou na obra de Cappelletti e Garth intitulada de *Acesso à Justiça* – ficou claro que, com a progressiva mudança da sociedade do *Laissez-faire* para o *Welfare State* e o conseqüente florescimento dos direitos e garantias individuais, o Estado passou a ter um papel muito mais ativo na sociedade, não se limitando apenas a proclamar o direito ao acesso à justiça, mas sim a efetiva-lo.

Ocorre, entretanto, que a efetividade inicialmente pensada para esse direito se consubstanciava, tão somente, na retirada das barreiras iniciais do litígio, não se detendo, por outro lado, ao tempo da entrega da prestação jurisdicional.

No Brasil, a influência de Cappelletti e Garth contribuiu para a constitucionalização do direito ao acesso à justiça, que fortaleceu, ainda mais, a ideia de uma prestação universal e ilimitada. Justamente por essa razão que a solução apresentada no passado tornou-se um problema na atualidade, isso porque, com a derrocada dos custos iniciais do litígio e sob a égide de um acesso à justiça universal, uma parcela dos queixosos passou a exercer o seu direito de forma predatória e abusiva, causando danos a sociedade, materializados no excesso de demandas ilegítimas, cuja Justiça brasileira, pela escassez natural dos seus recursos, não consegue dar vazão na mesma velocidade com a qual é acionada.

Isso quer dizer que as facilidades trazidas pelo acesso irrestrito cultivaram a cultura do uso irresponsável do Poder Judiciário, que fica sobrecarregado, negando acesso célere e efetivo aos jurisdicionados e inviabilizando o próprio sistema que um dia procurou assegurar.

Assim, tão danoso quanto as barreiras existentes entre os jurisdicionados e a porta de entrada do sistema de Justiça, é a entrega de uma prestação jurisdicional tardia. Logo, em que pese o grande desafio do movimento do acesso à justiça continuar sendo o da efetividade, como diagnosticado anteriormente por Cappelletti e Garth, há, na atualidade, uma mudança de paradigma, uma vez que não há mais como se contentar pura e simplesmente com a garantia de acesso à porta de entrada da Justiça, sem considerar o prazo de entrega ao jurisdicionado de uma decisão dentro de um tempo razoável e que, por isso, efetiva e justa.

A par dessa situação, o Poder Judiciário vem tentando, há tempos e com muita dificuldade, transpor essa barreira e garantir efetividade ao sistema de Justiça brasileiro. E essa dificuldade se deve muito ao fato de que o problema do acesso à justiça não se limita a um fenômeno de causa e efeito único, mas sim advém da intersecção complexa entre vários fatores de ordem econômica, social e cultural, englobando tanto a má-gestão dos recursos públicos, quanto a complexidade do sistema legislativo, a litigância habitual centralizada nas mãos das grandes empresas e da Fazenda Pública, a cultura do litígio etc.

E, dentre todos esses fatores, a presente dissertação se proporá a estudar um deles, o abuso do direito de ação concentrado na mão dos autores na forma de ações desnecessárias e frívolas, ciente de que nessa tarefa não há qualquer pretensão de solver integralmente o problema, mas sim de auxiliar no seu equacionamento, na esperança de que os seus efeitos positivos reverberem em benefício não só daqueles que se valem diretamente da máquina do Judiciário, mas sim de toda a sociedade.

Para tanto, o estudo se valerá do instrumento pragmático e analítico da AED com o objetivo de abordar o tema sob outra perspectiva que não apenas jurídica, focando na racionalidade dos agentes, com o fito de prever o comportamento dos litigantes e as suas consequências.

No primeiro capítulo será apresentada a hipótese principal deste estudo, alicerçada no paradoxo de que na atualidade a ampliação do acesso à justiça passa pela restrição do próprio acesso. Já o segundo capítulo se ocupará em analisar o fenômeno da litigância a partir do método da AED, discorrendo acerca dos seus instrumentais teóricos com o propósito de compreender e antever o comportamento dos litigantes, bem como as suas consequências. Por



fim, o terceiro e último capítulo fomentará a discussão acerca dos mecanismos de controle aptos a filtrar o comportamento abusivo dos queixosos, a fim se de alcançar uma justiça mais eficiente e um acesso mais efetivo.

O método empregado é o dedutivo de natureza aplicada, com o uso do instrumento pragmático da AED, tanto em sua dimensão positiva, no exame crítico dos filtros já existentes, quanto normativa, na reflexão dos caminhos mais eficientes para a criação de novos mecanismos de controle, reconhecendo-se, de antemão, que essa vertente metodológica não tem a pretensão de ser um método isolado de estudo e que as melhores conclusões acerca do problema ora debatido somente serão alcançadas a partir de um confronto interdisciplinar com outros métodos e interpretações do Direito.



1 ACESSO À JUSTIÇA

Em linhas gerais, o primeiro capítulo deste trabalho abordará o tema do acesso à justiça sob um enfoque objetivo e pragmático, a partir do diálogo com a Economia, importando dessa ciência conceitos como efetividade e eficiência, tudo isso para amparar a compreensão do paradoxo de que na atualidade a ampliação do acesso à justiça passa pela restrição do próprio acesso.

Ciente da amplitude do tema, bem como da impossibilidade de abordar todas os problemas e causas que o acometem, este capítulo se concentrará no estudo dos motivos pelos quais há no Brasil uma banalização do direito de ação e o uso predatório do Sistema da Justiça, bem como os seus reflexos na superutilização do Poder Judiciário e na morosidade da prestação jurisdicional, ressaltando a importância da adoção de certas medidas de cunho restritivo a fim de assegurar uma Justiça mais eficiente e um acesso mais efetivo.

1.1 O abuso de direito de ação: o problema da efetividade do acesso à justiça e os custos do litígio no Brasil

Toda vez que o queixoso exercer o seu direito de ação sem considerar a finalidade social do direito subjetivo em questão, de forma desnecessária ou estratégica, mesmo que dentro das prerrogativas que a lei lhe confere, e com isso causar danos a sociedade, estar-se-á diante de um abuso de direito de ação.

A cada ação abusiva sentenciada os Tribunais brasileiros deixam claro que esse não é um fenômeno esporso e desconexo, muito pelo contrário, e por essa razão necessita ser compelido sob pena de não se conseguir garantir um acesso à justiça efetivo.

Os Tribunais brasileiros, sobretudo os Tribunais Superiores, estão abarrotados de demandas retóricas, sem a menor perspectiva científica de sucesso. Essa prática é perversa, pois além de onerar sobremaneira o erário público - dinheiro que poderia ser empregado em prestações do Estado - torna todo o sistema brasileiro de justiça mais lento e por isso injusto. Não foi por outro motivo que a duração razoável do processo teve de ser guindada ao nível constitucional. Os advogados, públicos e privados, juntamente com os administradores e gestores, têm o dever de se guiar

com ética material no processo. A ética formal já não mais atende aos preceitos constitucionais do devido, eficaz e célere processo legal. A construção de uma Justiça célebre eficaz e justa é um dever coletivo, comunitário e vinculante, de todos os operadores do processo. A legitimação para o processo impõe o ônus público da lealdade processual, lealdade que transcende em muito a simples ética formal, pois desafia uma atitude de dignidade e fidelidade material aos argumentos. O processo é um instrumento dialógico por excelência, o que não significa que possa admitir toda ordem de argumentação¹.

Para melhor compreensão do problema, mister se faz a citação de casos nos quais o abuso do direito de ação é diagnosticado na prática, e exemplos aqui, não faltam: pedido de dano moral realizado por consumidor que teve a sua honra abalada após apertar uma bisnaga de *catchup* e sujar a sua camisa em um restaurante²; ou em razão da pouca quantidade de molho de tomate e de recheio colocados nos produtos vendidos por uma determinada empresa do ramo alimentício, e o pior, atribuindo a causa o valor de dois milhões de reais³; ou por ter o cartão de crédito recusado em estabelecimento que comprovadamente não trabalhava com aquela forma de pagamento⁴; ou por pessoa jurídica do ramo de locação de trajes que supostamente teve a sua honra maculada em virtude do péssimo estado com o qual o vestuário locado foi devolvido⁵; ou por um condômino que não gostou da instalação de um aquecedor de água na parte comum do condomínio e teve, em razão disso, sua honra e intimidade violada⁶.

Também se enquadram nessa definição o pedido declaratório de inexistência de relação jurídica cuja assinatura do contrato, após perícia grafotécnica, se mostrou

¹ RONDÔNIA. TRT/3ª Reg. **RO 0760/2008-112-03-00**, 4ª T, Rel. Juiz Convocado José Eduardo de Resende Chaves Júnior, DJMG 21/2/2009.

² A juíza que instruiu e julgou o processo, Luzia do Socorro Silva dos Santos, do 1º Gabinete do Juizado do Consumidor do Pará, consignou na decisão que não consegue sequer imaginar como o fato de uma bisnaga de *catchup* ter estourado pode “causar danos em alguém de qualquer espécie”. A ação indenizatória quantificada em R\$ 7,6mil foi negada (Ver mais em: <http://www.valor.com.br/legislacao/3775614/justica-nega-pedidos-de-danos-morais-considerados-absurdos?utm_source=newsletter_manha&utm_medium=12112014&utm_term=justica+nega+pedidos+de+dano+s+morais+considerados+absurdos&utm_campaign=informativo&NewsNid=3773946>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018).

³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Foro de São Berardo do Campo.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 617.650 PB 2003/0220654-8**; Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 25/10/2005; Data da Publicação/Fonte: DJ 13.02.2006, p. 795

⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível nº 2010.071193-9**; Relator: Desembargador Fernando Carioni; Data de Julgamento: 01/04/2011.

⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível 2005.001.50801**; Relator: Desembargador Ronaldo Álvaro Martins; Data de Julgamento: 21/03/2006.

comprovadamente realizada pelo autor⁷; ou situação ainda mais agravante na qual inúmeras ações idênticas a anterior citada foram ajuizadas sob o patrocínio dos mesmos causídicos, com posterior apuração de que a versão da petição inicial era completamente divorciada da realidade dos fatos, restando comprovada a admissão do autor acerca da existência do débito, bem como que os patronos tinham ciência disso⁸.

"Li, confesso que sofri, daí a demora... Aliás, ri, reli e três li, até me belisquei, para acreditar – a galera do gabinete também leu. Mas, hoje vai"⁹. Assim se inicia a fundamentação de mais uma sentença que analisou outra pretensão abusiva no Poder Judiciário brasileiro de indenização por danos morais na comarca de Itajaí, Santa Catarina, ajuizada em virtude de uma discussão online por participantes de um jogo na internet.

Em que pese a maneira informal com a qual o juiz analisou o caso, algumas de suas considerações e reflexões são dignas de nota, “com a devida vênua, não existem os danos reclamados, sendo que por ser muito fácil ingressar em juízo, acabamos chegando a situações como a presente de absoluto abuso do exercício do direito de ação”. Além disso, ressalta que “não se pode negar que o exercício do direito de demandar em Juízo não nasce em árvore. O manejo de tal direito pressupõe um Poder Judiciário que dará movimentação ao pleito, com custos alarmantes e questões sociais sérias emperradas pela banalização do Direito de Ação”¹⁰.

Quem mais quer? Vamos fazer um paredão? Tá pior que o BBB. Justiça, direitos e garantias fundamentais, Senhores Partes, é coisa séria, inobstante por vezes não o pareça. Enquanto a alta questão de Vossas Senhorias é aqui debatida – quase 200 folhas -, há pessoas que sofrem aguardando a prestação jurisdicional, por terem problemas com a vida, a liberdade o patrimônio.¹¹

⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Processo n.º 7007818-96.2017.8.22.0001**. Julgador Acir Teixeira Grecia.

⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação: Apelação Cível 0034378-93.2011.8.26.0002**.

⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Juizado Especial Cível da Comarca de Itajaí. **Ação de reparação de danos n.º 033.08.013470-2**. Sentença do magistrado Eduardo Mattos Gallo Júnior. 12/03/2009.

¹⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Juizado Especial Cível da Comarca de Itajaí. **Ação de reparação de danos n.º 033.08.013470-2**. Sentença do magistrado Eduardo Mattos Gallo Júnior. 12/03/2009.

¹¹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Juizado Especial Cível da Comarca de Itajaí. **Ação de reparação de danos n.º 033.08.013470-2**. Sentença do magistrado Eduardo Mattos Gallo Júnior. 12/03/2009.

A sentença é finalizada com o problema que vai circundar todo este estudo, qual seja, como se chegar a efetividade do acesso à justiça dentro de um cenário de recursos escassos e de litigância excessiva que, muitas das vezes, é abusiva?

Em outro caso de análoga abusividade, o autor se diz ofendido em sua esfera moral por ter comprado um pacote de pães de queijo mofados no valor de seis reais, fato que lhe causou grande frustração. Assim, após seis meses da aquisição do bem, buscou indenização no valor de cinco mil reais por danos morais.

Sem surpresa alguma, a demanda chegou ao Supremo Tribunal Federal, momento em que o Ministro Teori Zavascki ponderou que ações como essa, cada vez mais recorrentes na Justiça brasileira, não só causam um grande dispêndio ao erário, tanto de tempo quanto financeiro (milhares de vezes superiores ao valor da causa), como retratam a inefetividade da Justiça. Finaliza afirmando que, infelizmente, a universalização do acesso à justiça muito provavelmente será responsável por acarretar a inviabilização do próprio sistema que um dia procurou assegurar¹².

Conforme também relatou o juiz federal Fábio Tenenblat, está cada vez mais recorrente no Judiciário brasileiro o ajuizamento de demandas abusivas, “uma vez que os custos de ajuizamento são ínfimos e a eventual sucumbência – como se verá adiante – não acarreta ônus algum para os autores, os processos continuam a ser ajuizados”¹³.

E esse fenômeno não demandaria tanta atenção se não fosse a atual conjuntura na qual se encontra o Poder Judiciário brasileiro, que reflete uma Justiça pouco eficiente, morosa, ineficaz e pouco efetiva. E o pior é que todos esses atributos negativos, por mais contraditório que possa parecer, é sentido por um dos Judiciários mais produtivos do mundo¹⁴, o que leva a

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 729.870**. Rio de Janeiro. Relator: Ministro Teori Zavascki. 08/10/2013.

¹³ TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça**. Brasília: Revista CEJ, Ano XV, n. 52, jan./mar. 2011 disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1487/1453>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2017, p. 25-26.

¹⁴ Outra conclusão importante é que o grande problema brasileiro não seria a desproporção entre as demandas que integram e que deixam o sistema, com índices próximos ao da média da comunidade europeia, mas a grande quantidade de processos pendentes de julgamento, os quais impactam a taxa de congestionamento (SERBENA, Cesar Antônio, WIVIURKA, Eduardo Seino, MONTEMEZZO, Francielle Pasternark, BARBOZA, Priscila da Silva, JUSTIÇA EM NÚMEROS: uma análise comparativa entre os sistemas judiciais brasileiro e de países europeus. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico** (ISSN 2175-9391), n° 8, p. 73-92, 2013). Ver mais em índice de Produtividade: BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Justiça em Números**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2017.

crer que o problema do atraso na entrega da prestação jurisdicional está muito mais no controle da entrada dos processos do que no desempenho do Poder Judiciário em si, ou seja, se apresenta como um problema de demanda e não de oferta.

Seguramente, pareceria razoável esperar que o Poder Judiciário brasileiro levasse ao crivo da justiça toda e qualquer suposta lesão ao a direito, independentemente da sua insignificância. Contudo, essa razoabilidade perde força a partir do momento em que se começa a ver as limitações e escassez de recursos do sistema de Justiça, bem como os custos inerentes a todo e qualquer litígio, que vão desde os custos diretos e estáticos, como as despesas decorrentes da manutenção do Poder Judiciário¹⁵, aos custos diretos e dinâmicos, como o recolhimento de custas processuais, recursais, periciais, honorários advocatícios etc., e, os custos indiretos e marginais, como a morosidade da prestação jurisdicional, descrédito da Justiça, insegurança, baixo desenvolvimento social e econômico etc. Logo, tal proposição se torna inválida e atacável.

Segundo Galdino, autor da obra cujo título fala por si só, *Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*¹⁶, o senso comum que ainda defende a aplicabilidade de qualquer direito, sobretudo o fundamental, de forma a desconsiderar os seus custos, somente retrata o profundo e esquizofrênico abismo que existe entre o Direito e a realidade. Não existe, segundo autor, nenhum direito estritamente gratuito ou negativo e, portanto, buscar a sua aplicabilidade desconsiderando a escassez de recursos do Estado, não só demonstra uma ingenuidade ideológica, como também compromete toda a real efetividade dos direitos fundamentais, tal qual é o acesso à justiça.

Para Zuckerman, a questão do acesso à justiça sempre encontrará óbice na morosidade da prestação jurisdicional e nos custos intrínsecos ao litígio¹⁷, seja porque são demasiados demais, o que impede acesso à porta de entrada do Poder Judiciário, seja porque são reduzidos demais, o que impede acesso à porta de saída da Justiça, caso no qual se encontra o Brasil hoje.

¹⁵ Em 2016, o custo pelo serviço de Justiça foi de R\$ 411,73 por habitante, ultrapassando a casa dos 84 bilhões de reais (BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Justiça em Números**. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 08 de maio de 2017).

¹⁶ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

¹⁷ ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure**. Oxford: Hardback, 1999.

Por essa razão que o presente trabalho concentrará toda a sua atenção na entrada dos processos, sobretudo no controle das demandas abusivas, ciente de que pela própria limitação do Judiciário, seria impossível atendê-los na mesma velocidade com que são hoje ajuizados.

1.2 A universalização do acesso à justiça: da solução ao problema

O tema do acesso à justiça, que por sua amplitude e interdisciplinaridade, pode ser abordado tanto por juristas, filósofos, sociólogos, economistas, cientistas políticos e antropólogos, mostrou-se, nos últimos anos, um terreno fértil para os mais variados trabalhos científicos¹⁸.

Sua compreensão, portanto, envolve uma perspectiva holística que não apenas a jurídica. Falar de acesso à justiça na atualidade exige uma imersão para além dos textos normativos. Demanda o manejo e a intersecção de ferramentas epistemológicas multidisciplinares antes isoladas em seus conhecimentos específicos¹⁹.

Fruto da atmosfera pós-guerra e, conseqüentemente, do *Welfare State*, o acesso à justiça passou a ser protagonista nas principais cartas internacionais²⁰ desde a Declaração

¹⁸Ver a respeito: CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988. LAWRENCE, Susan E. *The Poor in Court: The Legal Services Program e Supreme Court Decision Making*. **Princeton: Princeton Legacy Library**, 2014. MARCELLINO JR. Júlio Cesar. **Análise Econômica do Acesso à Justiça**: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. PATRÍCIO. Miguel Carolos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Rio de Janeiro: Almedina. 2005. SANTOS, Boaventura de Sousa. **O acesso ao Direito e à Justiça**: um direito fundamental em questão, 2002. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. Coimbra: Editora Almedina, 2015.

¹⁹ GOMES NETO, José Mário Wanderley. **Dimensões do acesso à justiça**. Salvador: Jus Podvm, 2008, p.7.

²⁰ Na Espanha, exemplificativamente: *La Constitución Española, en su art. 24, establece que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». El ejercicio de este derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales tiene aparejados una serie de costes para los individuos que, en caso de no poder sufragarlos, los situarían en una situación de indefensión. Como el propio artículo considera que en ningún caso puede producirse indefensión, la falta de recursos económicos para litigar no puede ser causa de ésta, y así, el art. 119 de la Constitución establece que la justicia será gratuita cuando lo disponga la ley y, en todo caso, «respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar».* GONZALES, José María Aguilar. **La justicia gratuita em España: aproximación a um análisis cuantitativo**. Foro, Nueva época, vol. 16, número 1 (2013): p. 27.

Universal dos Direitos Humanos de 1948²¹. A partir daí, ancorou-se, com status de garantia fundamental nas Constituições ao redor do mundo.

Historicamente, o fim da Segunda Grande Guerra representou uma alteração no estudo do Direito. Antes, os estudos jurídicos eram voltados para o Direito como ciência autônoma, com a predominância das teorias normativas, para as quais questões como efetividade e a busca pela justiça eram relegadas a segundo plano. Neste período, vigia a ideia de intervenção mínima do Estado (*Laissez-faire*), e o direito ao acesso à justiça era compreendido como uma mera garantia formal disponível a “todos”, leia-se, todos que realmente pudessem arcar com os custos para fazer valer o seu direito.

Ocorre que diante das perplexidades decorrentes daquele período, temas como justiça social, efetividade e a proteção da pessoa humana se tornaram preocupações centrais do Direito, que passou a se voltar muito mais para a sociedade do que para si próprio.

Com isso, o novo foco passou a ser o estudo do distanciamento do *law in the book* e o *law in action*. Por conseguinte, a litigiosidade e os mecanismos de resolução de conflitos, a administração e modernização da Justiça e a especialização da prestação de serviço do Poder Judiciário como instituição política e organização profissional passaram a ser colocadas em pauta²².

Tudo isso representou significativa mudança metodológica para o Direito, assim encarado não mais como um apêndice procedimental, mas sim como um instrumento de exercício da jurisdição desempenhada pelo Estado²³. Nas palavras de Norberto Bobbio²⁴:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

²¹ PEDROSO, João; DIAS, João Paulo; TRINCÃO, Catarina. **E a justiça aqui tão perto?** As transformações no acesso ao direito e à justiça. Revista Crítica de Ciências Sociais, 65, maio 2003, p. 83. Os autores destacam que o início do processo de consolidação do acesso ao direito e à justiça ocorreu no período do *Welfare State*, entretanto, a partir dos anos oitenta e noventa a tendência passou a inverter-se e cortes foram realizados prejudicando o sistema.

²² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Da microeconomia à microsociologia da tutela judicial**. Justiça e democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

²³ RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. **Direito e Processo: razão burocrática e acesso à justiça**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

²⁴ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

Representou, também, expressivas mudanças no cenário político-social. Classes antes marginalizadas começam a protagonizar transformações sociais (estudantes, operários, mulheres, negros etc.) e a demandar os seus “novos” direitos, acelerando a transição do Estado Liberal para o Social. Com efeito, o direito de igualdade perante a lei passa a ser confrontado com a desigualdade da lei frente aos cidadãos, dando azo a novos conflitos aos quais a justiça agora tem que atender.²⁵

Desde então, o tema passou a ser enfrentado por declarações e tratados internacionais como forma de vincular os Estados signatários a aderirem propostas mais humanas, dentre as quais se encontrava, justamente, o acesso à justiça. Por conseguinte, as legislações dos países começaram a tratar do tema não mais sob uma perspectiva formal, mas sim sob a ótica material²⁶, conscientes de que de nada adianta um ordenamento jurídico perfeito ou garantias constitucionais em abstrato, se os direitos prometidos não forem concretizados.

O Projeto de Florença de Mauro Cappelletti e Bryant Garth realizado na década de setenta do século passado em colaboração com pesquisadores de diversas áreas do conhecimento (juristas, sociólogos, economistas, cientistas políticos, antropólogos e psicólogos), publicado no Brasil com o nome de “Acesso à Justiça” (1988), traduz bem a evolução do movimento do acesso à justiça.

Ficou claro, a partir dessa obra, a necessidade de delimitar o real significado de acesso à justiça. Para o estudo florentino, que se tornou referência mundial:

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Destaca que, nos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a concepção individualista dos direitos então vigentes. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação.²⁷

Segundo os mesmos autores, com o fim do *laissez-faire*, as preocupações começaram a se voltar muito mais para o social (coletivo). Em razão disso, o simples conceito formal de

²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Da microeconomia à microssociologia da tutela judicial**. In: **Justiça e democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

²⁶ ROQUE, Nathaly Capitelli, **Acesso à justiça no pós Segunda Guerra Mundial**. NÚCLEO DE ESTUDOS LUSO-BRASILEIRO (NELB). II Congresso Luso-Brasileiro de Direito. **Os 70 anos do fim da Segunda Guerra Mundial: Transformações Judiciais**. Matheus Passos Silva (coord.), Ruth Maria Pereira dos Santos (org.), Caroline Costa Bernardo (org.). Brasília: Vestnik, 2015.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 9-10.

acesso ao Poder Judiciário foi alterado para algo mais amplo e efetivo, denominado de acesso à justiça: “requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”²⁸.

O Projeto Florentino concebeu, então, três soluções para essa mudança de paradigma, que receberam o nome de “ondas”: a primeira onda discutia as barreiras econômicas do acesso, compreendendo desde as custas judiciais até a necessidade da assistência judiciária custeada pelo Estado; a segunda, a representação em juízo dos interesses difusos; e, a terceira, a exequibilidade dos direitos sociais, sobretudo pela criação de medidas criativas e alternativas ao Poder Judiciário.

Boaventura de Sousa Santos, diretor científico do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa - OPJ, também se dedicou ao tema e concluiu que, “o acesso ao direito e à justiça é a pedra de toque do regime democrático. Não há democracia sem o respeito pela garantia dos direitos dos cidadãos”.²⁹

Nesse passo, se durante o *Laissez-faire* o acesso à justiça era um direito meramente formal e restrito a poucos afortunados, a transição para o Estado Social, representou sua abertura para uma quantidade infinitamente maior de pessoas. Desse modo, o acesso ao direito passou a identificar-se em certa medida com o próprio acesso à justiça, pois aquele sem esse é vazio.

No Brasil, essa nova perspectiva se inicia com a constitucionalização do acesso à justiça³⁰ para, em seguida, reformular todo ordenamento jurídico. A título de explicação, se pode destacar a gratuidade da justiça recepcionada pelo Novo Código de Processo Civil, a criação da Defensoria Pública e o fortalecimento do Ministério Público, a criação dos Juizados Especiais, a atualização do sistema de ações coletivas, a criação do Código de Defesa do Consumidor, a informatização da Justiça, o fortalecimento dos meios alternativos de resolução de conflitos e a criação das agências reguladoras.³¹

²⁸CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988., p. 12.

²⁹SANTOS, Boaventura de Sousa. **O acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em questão**. 2002. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/lex/a_pdf/01_boaventura_acesso_jud_pt.pdf>. Acesso em: 25 de janeiro de 2017, p. 1.

³⁰Artigo 5º, XXXV, a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

³¹ROQUE, Nathaly Capitelli. **Acesso à justiça no pós Segunda Guerra Mundial**. NÚCLEO DE ESTUDOS LUSO-BRASILEIRO (NELB). II Congresso Luso-Brasileiro de Direito. Os 70 anos do fim da Segunda Guerra

Assim sendo, diante de todas essas alterações, o direito ao acesso deixou de ser mera opção do Estado, para se tornar uma garantia constitucional, um direito social nuclearmente ligado ao Estado Democrático de Direito.

De acordo com o professor Paulo Bezerra³²:

O sentimento que toma toda a gente, ao pensar em Justiça e em direitos é de que estes de pouco valem (ou valem apenas de forma abstrata, se não se concretizam na vida das pessoas). Para isso, faz-se necessário um acesso a esses mesmos direitos e à mesma Justiça, com referência aos indivíduos, coletividades e povos, da forma mais ampla possível, ou num nível que reforce a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a identidade cultural e social, e tantos outros valores eleitos pelos povos como fundamentais. Desse modo, o acesso aos direitos e à Justiça passa a ser um direito natural da pessoa humana e um direito fundamental de todas as pessoas (físicas ou jurídicas).

Nesse contexto, o acesso à justiça passa a ser então compreendido como um direito fundamental, um direito social de reconhecimento internacional e constitucional, intimamente ligado à dignidade da pessoa humana.

E os direitos fundamentais, categoria na qual se inclui o acesso à justiça, têm dupla dimensão, uma subjetiva, que atribui uma posição jurídica de vantagem aos seus titulares e outra, objetiva, que traduz valores básicos consagrados no ordenamento jurídico. Trata-se, portanto, de encarar o acesso à justiça a partir da conjunção entre a norma jurídica (natureza objetiva) e a situação jurídica ativa (natureza subjetiva).

Conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais são, nesse sentido, uma “expressão jurídico-constitucional (mediante a incorporação ao direito positivo, na condição de direito objetivo) de uma determinada ordem de valores comunitária, não podendo ser reduzidos a direitos (posições subjetivas) individuais”³³. Logo, a efetividade do acesso à justiça é medida salutar³⁴.

Mundial: Transformações Judiciais. Matheus Passos Silva (coord.), Ruth Maria Pereira dos Santos (org.), Caroline Costa Bernardo (org.). Brasília: Vestnik, 2015.

³² BEZERRA, Paulo. **O acesso aos direitos e à justiça**: um direito fundamental. Separata do Boletim da Faculdade de Direito. N.81. Coimbra 2005, p. 788.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 108.

³⁴ Encaradas as normas constitucionais processuais como garantidoras de verdadeiros direitos fundamentais processuais, e tendo em vista a dimensão objetiva já mencionada, tiram-se as seguintes consequências: a) o magistrado deve compreender esses direitos como se compreendem os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia; b) o magistrado afastará, aplicada a máxima da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável desproporcional à efetivação de um direito fundamental; c) o magistrado deve levar em consideração, "na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este

Entretanto, se de um lado o *status* de direito fundamental atribuído ao acesso à justiça pelo Estado de Providência foi responsável por universalizar o direito, de outro, criou um problema de logística, o da judicialização excessiva, porquanto esse mesmo Estado não consegue, agora, atender a todos os litígios dentro de um prazo razoável.

Como citado, o fortalecimento da ideia de um acesso universal e ilimitado passou a ser propagado no Brasil com a Constituição de 1988, que sabiamente deu ênfase aos direitos fundamentais. Desde então, um grande volume de ações começou a ser proposto no Judiciário, que não estava preparado para assimilá-lo. Daí dizer que a concepção de um acesso universalizado e ilimitado ao Poder Judiciário criou a falsa sensação de garantia de efetivo acesso à justiça, o que se poderia chamar de um acesso aparente, inviabilizado, na realidade, pela ausência da razoável duração do processo³⁵.

De acordo com o Relatório Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira divulgado em 2011 pelo Conselho Nacional da Justiça, com a promulgação da Constituição de 1988, constatou-se um crescente aumento da litigiosidade no Brasil. Enquanto em 1990, o Judiciário recebeu 3,6 milhões de processos, já na década de 2000, esse volume rapidamente ultrapassou o patamar de 20 milhões de ações³⁶.

Logo, a universalização, que nasce como uma medida assecuratória da efetividade, contribuiu, mesmo que de forma involuntária, para um fenômeno altamente danoso ao Poder Judiciário, o da judicialização excessiva, que impede, colateralmente, a efetividade da Justiça ante a supertutilização do sistema.

Com efeito, se até então a preocupação da efetividade do acesso à justiça residia apenas em como garantir acesso ao Poder Judiciário, agora, com a judicialização excessiva, passa a ser também com a entrega de uma decisão tempestiva.

Importante destacar, desde logo, que a universalização do acesso também trouxe benefícios sociais e que por essa razão não pode ser considerada unicamente pela sua premissa negativa. Contudo, tendo em vista que o estudo se concentra na análise da baixa

impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais" GUERRA, Marcelo Uma. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit. p. 98-99 in DIDIER JR, Fredie, Curso de Direito Processual Civil, V1. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 64-65.

³⁵ MARCELLINO JR. Júlio Cesar. **Análise Econômica do Acesso à Justiça**: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016., p. VIII.

³⁶ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira**. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>>. Acesso em: em 27 de janeiro de 2018.

efetividade do sistema de Justiça, imprescindível se ater as suas consequências contraproducentes.

Importante destacar, também, que pela perspectiva do presente estudo, a judicialização excessiva não é, por si só, o mal a ser combatido. Isso porque, o Estado como detentor do monopólio jurisdicional deve atender a todas as demandas legitimamente postas. O problema reside, na verdade, quando esse conjunto processual se constitui, em grande medida, por demandas abusivas, desnecessárias ou frívolas, fomentadas, justamente, pelas características atinentes a universalização do acesso.

Para Tenenblat, “além dessas vias que estão sendo trilhadas na tentativa de solucionar os problemas de morosidade da Justiça, há um caminho até o momento inexplorado no Brasil: a redução da abusividade”.

Assim sendo, dentre todos os problemas que acometem o direito pleno ao acesso à justiça³⁷, este trabalho teve o cuidado de se ater não ao mais danoso, não ao mais estudado, não ao mais incidente, mas sim ao menos explorado pelo Direito, qual seja, a litigância abusiva.

Diante do exposto, conclui-se que apesar do grande desafio do movimento do acesso à justiça continuar sendo com a efetividade, como diagnosticado por Cappelletti e Garth no século passado, na atualidade ele se transforma, uma vez que não há mais como se contentar pura e simplesmente com a garantia de acesso à porta de entrada do Poder Judiciário, mas sim com a entrega, ao jurisdicionado, uma decisão dentro de um tempo razoável e que, por isso, efetiva e justa.

1.3 Efetividade do acesso à justiça: um novo paradigma global

Como visto, o tema do acesso à justiça deve ser estudo sob a égide da efetividade, ou seja, pela qualidade de atingir determinado objetivo de forma satisfatória.

³⁷ Para tanto, ver mais em: BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 01 de janeiro de 2018.

Para José Eduardo Faria, a efetividade do ordenamento jurídico está diretamente relacionada à aplicabilidade ou executoriedade das lei em vigor³⁸:

De um ponto de vista estritamente jurídico, tais normas são efetivas quando, tecnicamente, podem ser aplicadas e exigidas dentro dos limites do sistema legal. De um ponto de vista menos jurídico e mais sociológico, essas prescrições são efetivas quando encontram na realidade sócio-econômica as condições políticas, culturais e ideológicas para sua aceitação e cumprimento por parte de seus destinatários.

Por seu turno, o acesso à justiça efetivo deve ser entendido pela garantia que o titular de um direito tem de ver sua tutela jurisdicional prestada em tempo suficiente e apto a protegê-lo. Um direito fundamental que não se limita a aceder aos tribunais, mas sim de ter uma tutela prestada em tempo razoável. Isso porque, o atraso na prestação jurisdicional acarreta prejuízos para toda a sociedade, porquanto atua sempre em benefício de quem não tem razão, causando retrocesso social e insegurança jurídica.³⁹

Como debatido no tópico anterior, é claro que o acesso à justiça inclui o direito de ingressar como uma ação em juízo, mas a isso não se limita. O acesso à justiça efetivo transcende o acesso ao tribunal.

Justamente por essa razão que o efetivo acesso à justiça não se faz, pura e simplesmente, com o direito constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário⁴⁰, mas sim com a sua conjugação com a razoável duração do processo⁴¹. E, portanto, “dentro dessa perspectiva, a entrega tempestiva da jurisdição é, ao mesmo tempo, fator de acessibilidade da Justiça e instrumento garantidor da eficácia concreta dos direitos dos cidadãos”⁴².

³⁸ FARIA, José Eduardo. **Justiça e Conflito** (os juízes em face dos novos movimentos sociais). 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 106.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴⁰ Artigo 5º, XXXV, CF, A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

⁴¹ Garantia incluída em nossa Carta Magna com a Emenda nº45/04, inspirada no Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992: Artigo 5º, LXXVIII, CF, A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); Artigo 8. Garantias judiciais - 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Pacto São José da Costa Rica. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm> Acesso em: 26 de dezembro de 2017.

⁴² OLIVEIRA, Rogério Nunes de. A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, p. 609-644, p. 641.

Nas palavras de Kazuo Watanabe, o princípio fundamental da inafastabilidade do Poder Judiciário “não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciais, mas sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa”⁴³.

Com efeito, a inefetividade da Justiça viola os direitos humanos, uma garantia fundamental que consiste na entrega da prestação jurisdicional sem dilações indevidas. Quanto mais tardia a solução de uma lide é entregue, mais a Justiça perde em credibilidade e se distancia do modelo ideal⁴⁴.

Para Nunes de Oliveira⁴⁵:

Só assim será possível se coadunar a garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional ao individualismo que impera na raiz da legislação processual, dado que o processo deve servir à Justiça e ao homem, como uma força vital que apeia da torre de conceitos para mesclar-se com a realidade da vida, sem temer o povo do caminho, compreendendo a sua função social e esmerando-se em restabelecer o equilíbrio abalado pelas diversidades econômicas. Não é por menos que a ordem do dia dos Estados de Direito é a busca incansável da concretização da garantia da obtenção de uma decisão final efetiva sobre uma pretensão deduzida em juízo, com a demissão dos obstáculos e entraves arbitrários que obstam o acesso à Justiça.

E a busca pela efetividade ganha ainda mais relevância quando se analisa os dados mais recentes do Poder Judiciário brasileiro. O Brasil atingiu, no ano de 2015, a marca de 102 milhões de processos, dos quais 74 milhões ainda estavam em tramitação, ou seja, aguardando uma decisão definitiva por parte do Poder Judiciário. Mesmo tendo baixado 1,2 milhão de processos a mais naquele período do que o quantitativo ingressado (índice de atendimento à demanda de 104%), o estoque aumentou em 1,9 milhão de processos (3%) em relação ao ano anterior⁴⁶.

⁴³ WATANABE, Kazuo. **Tutela Antecipatória e Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer**. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. S. Paulo: Saraiva, 1996, p. 20.

⁴⁴ FERNANDES ARAÚJO, Francisco. **Responsabilidade Objetiva do Estado pela Morosidade da Justiça**. Campinas: Copola Editora, 1999.

⁴⁵ OLIVEIRA, Rogério Nunes de. **Assistência Jurídica Gratuita**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 73.

⁴⁶ BRASIL. Conselho Nacional **De Justiça. Justiça em Números**. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 08 de maio de 2017.

Em 2016 a história se manteve, e foram 2,7 milhões de novas demandas, ou seja, um crescimento de 3,6%, chegando ao final daquele ano com 79,7 milhões⁴⁷ de processos em tramitação aguardando alguma solução definitiva⁴⁸.

Desde o ano de 2009 o crescimento acumulado foi de 19,4%, ou seja, 9,6 milhões de processos a mais em relação àquele ano. Dessa forma, mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários aproximadamente 3 anos de trabalho para zerar o estoque. Ademais, a taxa atual de congestionamento de processos no Brasil é de 70%. Significa dizer que, para cada 100 casos novos que ingressam no judiciário, apenas 30 são baixados (resolvidos), causando um crescimento contínuo e expressivo do estoque de processos pendentes⁴⁹.

E a situação se agrava, ainda mais, quando se percebe que a produtividade do Poder Judiciário brasileiro reflete uma das Justiças mais produtivas em termos de números de julgados do mundo⁵⁰, contudo, paradoxalmente, respectivo trabalho não se reflete em ganho de eficiência e efetividade.

Assim, não é difícil concluir que o sistema se encontra, praticamente, esgotado. Para Marcellino Jr. “o aparato Judiciário, por óbvio, possuiu limites orçamentários e financeiros e se mostra, há muito tempo, incapaz para absorver todas as demandas que são propostas em

⁴⁷ Observe-se que podem existir situações em que autos já baixados retornam à tramitação sem figurar como caso novo. São os casos de sentenças anuladas na instância superior, de remessas e retornos de autos entre tribunais em razão de questões relativas à competência ou de devolução dos processos à instância inferior para aguardar julgamento em matéria de recursos repetitivos ou de repercussão geral. Tais fatores ajudam a entender o porquê de, apesar de se verificar um número de processos baixados quase sempre equivalente ao número de casos novos, o estoque de processos no Poder Judiciário (79,7 milhões) continua aumentando desde o ano de 2009 (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2017.

⁴⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2017.

⁴⁹ BRASIL. Associação dos Magistrados Brasileiros. **O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil**. 2015. Disponível em: <<https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/08/O-uso-da-Justi%C3%A7a-e-o-lit%C3%ADgio-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

⁵⁰ Ver mais em índice de Produtividade: BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Justiça em Números**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: em 24 de setembro de 2017; e SERBENA, Cesar Antônio, WIVIURKA, Eduardo Seino, MONTEMEZZO, Francielle Pasternak, BARBOZA, Priscila da Silva. **Justiça em números: uma análise comparativa entre os sistemas judiciais brasileiro e de países europeus**. Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico (ISSN 2175-9391), n° 8, p. 73-92, 2013.

juízo”⁵¹, e “mesmo reconhecendo a importância histórica do acesso à justiça a partir das garantias constitucionais, é preciso também reconhecer que um problema logístico foi criado em decorrência do excesso de demandas que são propostas em juízo”⁵².

Não à toa, a demora da entrega da prestação jurisdicional passou a ser a pedra de toque do tema acesso à justiça, preocupação essa que despertou a atenção de trabalhos científicos e textos normativos ao redor do mundo.

O acesso à justiça, como citado, foi expressamente consagrado na categoria de direito humano pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Ocorre que dois anos depois, em 1950, foi a vez da Europa consagra-lo no Art. 6^o⁵³ da na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e, de lá para cá, inúmeros outros acordos⁵⁴ surgiram no continente Europeu, dentre os quais destacam-se o Conselho Europeu de Tampere, de 1999, que criou um padrão dentro da União Europeia para o julgamento dos seus cidadãos dentro de um tempo justo e a 23^a Conferência de Ministros da Justiça Europeus, ocorrida em Londres no ano de 2000, cujo o tema central foi justamente a qualidade e a efetividade da justiça sob o enfoque da relação custo-eficácia⁵⁵.

Especificamente no caso de Portugal, o acesso à justiça passou a contemplar um conjunto de dimensões, dentre as quais o direito de acesso aos tribunais e de uma decisão em tempo razoável:

⁵¹MARCELLINO JR. Júlio Cesar. **Análise Econômica do Acesso à Justiça**: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. IX.

⁵²MARCELLINO JR. Júlio Cesar. **Análise Econômica do Acesso à Justiça**: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. IX.

⁵³ CEDH - Art. 6^o. Direito a um processo equitativo. § 1^o. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 26 de dezembro de 2017.

⁵⁴ No sistema europeu, o debate pela busca do efetivo acesso à justiça desenvolve-se, em grande parte, por meio de soft laws que, em que pese não vinculativas, atuam com grande impacto nas transformações jurídicas e institucionais dos países signatários.

⁵⁵ PEDROSO, João; DIAS, João Paulo; TRINCÃO, Catarina. **O acesso ao direito e à justiça**: um direito fundamental em questão. Relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2002.

O direito de acesso ao direito é garantido a todos, no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa. Como já referido supra, este direito desdobra-se nos seguintes direitos: direito de acesso ao direito (n.º 1, primeira parte); direito de acesso aos tribunais (n.º 1, segunda parte), direito à informação e consulta jurídica (n.º 2, primeira parte); direito ao patrocínio Judiciário (n.º 2, 2ª parte); direito à assistência de advogado (n.º 2, 2ª parte *in fine*); direito à proteção do segredo de justiça (n.º 3); direito a uma decisão em prazo razoável (n.º 4, primeira parte); direito a um processo equitativo (n.º 4, 2ª parte); e direito à tutela efetiva (n.º 5). Esta norma assegura, no seu texto, que todos os cidadãos tenham acesso à informação e consulta jurídicas, assim como ao patrocínio Judiciário⁵⁶.

Como se percebe, a ineficiência do Poder Judiciário também é um tema bastante caro para os nossos colonizadores lusitanos, tanto é que um pouco antes do Brasil, em 2013, eles tiveram alterado o Código de Processo Civil, em decorrência da assinatura em 2011 do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Econômica celebrado com o Banco Central Europeu, com a Comissão Europeia e o Fundo Monetário Internacional, que incluía, dentre vários compromissos, justamente a reforma processual.

Respectiva reforma estava imbuída de reduzir a lentidão da Justiça, garantir melhor segurança jurídica, bem como aumentar a eficiência da Justiça por meio da reestruturação do sistema judicial e da adoção de novos modelos de gestão.

Com efeito, desde o início, o Novo Código Processual português deixa claro a sua preocupação com a celeridade processual e com a satisfatividade das execuções⁵⁷.

Entretanto, em que pese as mudanças legislativas a professora portuguesa Nathaly Capitelli Roque⁵⁸ destaca:

Das providências adotadas, pode-se chegar a duas conclusões: a primeira, de que as soluções buscadas para a modernização do Poder Judiciário têm sido focadas em reformas legislativas; a segunda, de que as novas normas são voltadas para a agilização do processo, mas não a solucionar os problemas desde muito tempo apontados como inviabilizadores do acesso à justiça.

⁵⁶CARVALHO, Leonor da Silva Magalhães. **A não denegação do direito de acesso à justiça em virtude da insuficiência de meios económicos** – Direito de Primeira ou Segunda Geração? Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, sob a orientação da Professora Doutora Luísa Neto. Porto: Portugal, 2012, p. 20.

⁵⁷ Art. 2º. (...) 1. A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar (PORTUGAL. Código de Processo Civil (Lei nº 41/2013). Assembleia da República, 2013. Disponível em: <<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/0351803665.pdf>>. Acesso em: 24 de dezembro de 2017.

⁵⁸ ROQUE, Nathaly Capitelli. **Acesso à justiça no pós Segunda Guerra Mundial**. NÚCLEO DE ESTUDOS LUSO-BRASILEIRO (NELB). II Congresso Luso-Brasileiro de Direito. Os 70 anos do fim da Segunda Guerra Mundial: Transformações Judiciais. Matheus Passos Silva (coord.), Ruth Maria Pereira dos Santos (org.), Caroline Costa Bernardo (org.). Brasília: Vestnik, 2015, p. 207-208.

(...)

Verifica-se que a pauta política foi reduzida à edição de leis que visem a agilizar a conclusão das demandas. Deve ser (re) incluída na discussão o acesso da pessoa à Justiça, com todas as suas garantias, além de ser fortalecida a discussão sobre a administração do Poder Judiciário, de forma a tornar a instituição cada vez mais eficiente e respeitada.

Ainda acerca do tema dentro do continente europeu, a decisão proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Hornsby c. Grécia*⁵⁹, de 19 de Março de 1997, é salutar:

Seria ilusório se a ordem jurídica interna de um Estado Contratante permitisse que uma decisão judicial final e vinculativa permanecesse inoperante em detrimento de uma parte. Não é claro que o artigo 6, §1º descreva detalhadamente as garantias processuais - justiça, publicidade e rapidez - concedidas às partes e que não proteja a implementação de decisões judiciais; se esse artigo [...] se referisse exclusivamente ao acesso ao juiz e à condução do processo, isso arriscaria criar situações incompatíveis com o princípio da lei que os Estados contratantes se comprometeram a respeitar ao ratificar a Convenção [...]. A execução de um acórdão ou julgamento, de qualquer jurisdição, deve, portanto, ser considerada parte integrante do "julgamento" na acepção do artigo 6; O Tribunal já o reconheceu nos casos relativos à duração do processo⁶⁰.

Fica evidente, portanto, a preocupação da Corte Europeia com a entrega de uma decisão em tempo razoável. Acerca do mesmo acórdão, Rogério Nunes de Oliveira⁶¹ pondera que a ideia de “efetividade do processo impõe a conclusão de que o acesso à Justiça e a noção de razoável duração de um processo judicial não se limitam ao simples reconhecimento de um direito, mas à efetiva e rápida concretização material da pretensão do jurisdicionado”.

O tema também vem demandando atenção do judiciário britânico. No final do século passado e já no início do atual foram desenvolvidos dois relatórios paradigmas sobre acesso à

⁵⁹ LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE (relative au droit à l'exécution des décisions de justice), 2014. Disponível em: <http://www.uhj.com/ressources/21628/99/guillaume_payan.pdf>. Acesso em: 26 de dezembro de 2017.

⁶⁰ *Serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6 paragraphe 1 décrive en détail les garanties de procédure – équité, publicité et célérité – accordées aux parties et qu'il ne protège pas la mise en œuvre des décisions judiciaires ; si cet article [...] devait passer pour concerner exclusivement l'accès au juge et le déroulement de l'instance, cela risquerait de créer des situations incompatibles avec le principe de la prééminence du droit que les États contractants se sont engagés à respecter en ratifiant la Convention [...]. L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du "procès" au sens de l'article 6; la Cour l'a du reste déjà reconnu dans les affaires concernant la durée de la procédure.*

⁶¹ OLIVEIRA, Rogério Nunes de. **A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, p. 609-644, p. 615.

justiça. Um deles, realizado por Lord Woolf e finalizado em 1996, intitulado de *Access to Justice - Final Report*⁶², teve o propósito de revisar as regras do processo civil e melhorar o acesso à justiça, reduzir o custo dos litígios e eliminar a complexidade desnecessária. Já, em 2009, foi desenvolvido por Lord Justice Jackson a pedido do *Master of the Rolls* britânico, o relatório *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*⁶³, também no intuito de promover o acesso à justiça por meio da revisão das regras que regem os custos dos litígios civis no país.

Já, para o autor peruano Ramiro de Valdivia Cano⁶⁴:

A proteção judicial efetiva envolve uma reivindicação da lei para triunfar ou objetivamente o justo, seja a favor de um cidadão, uma parte da sociedade ou a favor de toda a sociedade. Não é limitado a um interesse particular; mesmo quando se busca a proteção de um direito individual. Nem é limitado à lei local, já que já escalou a uma dimensão supranacional⁶⁵.

Assim sendo, não só no Brasil, mas de uma forma geral, dizer que uma pessoa tem direito não significa a sua implementação de fato. Isso porque, em caso de sua violação, é preciso que o Estado assegure a efetiva garantia de que o direito violado será restabelecido ou cumprido em um tempo razoável.

Em outras palavras, se pode afirmar que o tão perquirido acesso à justiça estudado neste capítulo não se encontra no brocado inglês⁶⁶, “*justice is open to all; like the Ritz hotel*”⁶⁷, mas sim nas palavras de Ruy Barbosa, para quem “a justiça atrasada não é justiça,

⁶² ACCESS TO JUSTICE - FINAL REPORT, 1996. Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060213223540/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>>. Acesso em: 28 de janeiro de 2018.

⁶³ REVIEW OF CIVIL LITIGATION COSTS: FINAL REPORT, de 2009. Disponível em: <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2018.

⁶⁴CANO, Ramiro de Valdivia. **La Tutela Judicial Efectiva Y Las Demandas Frívolas**. 2017, p. 5. Disponível em <<https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c60c6f8040867828843e9429891cd1ab/TUTELA+JURIDICA+EFECTIVA+PUBLICAR.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c60c6f8040867828843e9429891cd1ab>>. Acesso em: 26 de junho de 2017.

⁶⁵ *La tutela judicial efectiva conlleva un reclamo para que triunfe el Derecho u objetivamente lo justo, sea a favor de un ciudadano, de una parte de la sociedad o a favor de toda la sociedad. No queda constreñida a un interés particular; aun cuando se busque la protección de un derecho individual. Tampoco está constreñida al derecho local, pues ya se ha escalado al nivel supranacional.*

⁶⁶OXFORD REFERENCE. **Brewer's Dictionary of London Phrase & Fable**. Disponível em: <<http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199916214.001.0001/acref-9780199916214-e-1192>>. Acesso em: 26 de dezembro de 2017..

⁶⁷ “Justiça está aberta a todos; como o Hotel Ritz”.

senão injustiça, qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, as lesando no patrimônio, na hora e na liberdade”⁶⁸.

1.4 O paradoxo do acesso à justiça

Dentro deste novo cenário no qual se busca não apenas proclamar, mas garantir efetividade ao acesso à justiça no seu conceito mais amplo, aquelas antigas soluções apontadas por Cappelletti e Garth denominadas de *ondas*, que tinham como premissa garantir acesso irrestrito à porta de entrada da justiça precisam, agora, ser revistas, ou melhor, reformuladas.

Isso porque, se de um lado, o acesso a porta de entrada da justiça pode ser garantido por meio das facilidades advindas com o Estado Social e da universalização do direito, de outro, o ingresso ilimitado afeta o acesso a porta de saída da justiça, porquanto leva a uma prestação jurisdicional ineficiente que nega, sob outra perspectiva, a justiça que visa assegurar. Logo, por mais estranho e paradoxal que possa parecer, o livre e irrestrito acesso à justiça se tornou, em certa medida, um dos maiores problemas da efetividade do direito que antes buscou garantir.

Nesse sentido apontam as palavras de José Barroso Filho⁶⁹ para quem “a hiperjudicialização leva ao emperramento do sistema, fazendo com o que o acesso ao Judiciário não seja, necessariamente, acesso à Justiça”.

Por essa razão que o estudo da efetividade da justiça na atualidade demanda uma reanálise do acesso, na mesma proporção que demanda um entendimento mais profundo acerca do paradoxo de que para se garantir acesso à justiça, há de se restringir o acesso.

Nesse contexto, não dá mais para se defender o direito de ação de forma ilimitada ou se considerar absoluto o princípio da inafastabilidade da jurisdição (Constituição de

⁶⁸ BARBOSA, Ruy, *apud* OLIVEIRA, Rogério Nunes de. **A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, N° 4 e Ano V, N° 5 - 2003-2004, p. 623.

⁶⁹ BARROSO FILHO, José. **A sustentável defesa do ser na utopia do desenvolvimento – a ética da razão solidária**. NÚCLEO DE ESTUDOS LUSO-BRASILEIRO (NELB). II Congresso Luso-Brasileiro de Direito. Os 70 anos do fim da Segunda Guerra Mundial: Transformações Judiciais. Matheus Passos Silva (coord.), Ruth Maria Pereira dos Santos (org.), Caroline Costa Bernardo (org.). Brasília: Vestnik, 2015, p. 64.

1988, art. 5º, inc. XXXV) e, com isto, deixar-se de atentar para os efeitos deletérios que a ausência de restrições – sobretudo riscos – no acesso ao Poder Judiciário provoca. Assim, da mesma forma como a sociedade aprova medidas destinadas a evitar o desperdício em relação a recursos naturais (água, por exemplo), está na hora de se pensar em ações concretas visando ao uso racional dos serviços jurisdicionais. Desse modo, o eventual crescimento da demanda seria consequência da ampliação do acesso à justiça (entrada de novos usuários) e não da utilização intensiva e abusiva dos serviços do Judiciário pelos que já os utilizam⁷⁰.

Sobre o tema, há quem prefira a expressão restrição de acesso ao Poder Judiciário a restrição ao acesso à justiça⁷¹, ponderando a existência de uma leve diferenciação na qual o Judiciário seria um instrumento de consecução do acesso à justiça e que, por isso, enquanto o primeiro pode ser restringido, o segundo, pela sua natureza de direito fundamental subjetivo, não. Contudo, em que pese entender a diferenciação por detrás dos termos, tratar-se-á ambos como sinônimos.

Nesse ponto em específico do trabalho se poderia até indagar por uma possível incongruência lógica, uma justaposição de fundamentos antagônicos entre os raciocínios traçados, posto que se no tópico anterior o acesso à justiça foi defendido como uma garantia fundamental, como agora poderia sugerir pela sua restrição.

O fato é que a simples qualidade de direito universal não autoriza uma gestão temerária por parte do Estado, isso porque em termos de justiça, não há qualquer justificativa moral ou ética para a implementação de uma política pública de acesso de forma a gerar desperdícios.

Com efeito, o primeiro passo para essa imersão parte da compreensão aqui já exaurida de que de acordo com o novo paradigma deste direito, o efetivo acesso à justiça é aquele que não apenas garante a entrada no Judiciário, mas sim uma saída em tempo razoável a fim de atender tempestivamente o direito tutelado.

E dentro desse cenário, o que está verdadeiramente em jogo é que a garantia universal e irrestrita ao acesso à justiça pode levar a justiça alguma. É saber que “querer ser mais do que se é, é ser menos”⁷². Logo, com todo respeito aos que defendem que esses direitos “não

⁷⁰ TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça**. Brasília: Revista CEJ, Ano XV, n. 52, jan./mar. 2011, p. 35. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1487/1453>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2017.

⁷¹ Ver mais em: TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça**. Brasília: Revista CEJ, Ano XV, n. 52, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1487/1453>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2017.

⁷² AMADO, Gilberto, *apud* BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, 2007, p. 4.

podem ser considerados como diretrizes políticas, limitadas às imposições econômicas, pelos juízes, legisladores ou administradores”⁷³ não há condições nem meios possíveis de garantir qualquer direito social de forma ilimitada a partir de uma gestão finita de recursos.

A esse respeito, se pode traçar um paralelo entre o acesso à justiça com outro direito social, o direito à saúde. Para Luís Roberto Barroso, os excessos praticados quanto aos direitos sociais, em especial pelo Poder Judiciário, “não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos”⁷⁴. O ministro ainda reforça que isso recai na “hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal”⁷⁵.

Com relação ao direito de acesso à justiça, pondera Arenhart:

Avalia-se, antes, a atividade jurisdicional na sua relação entre o esforço estatal oferecido a um caso concreto e o todo de processos judiciais (existente ou potencial) que também tem direito ao mesmo esforço. Nessa linha, considerada a escassez dos recursos estatais, o grau de efetividade outorgado a um único processo deve ser pensado a partir da necessidade assegurar a eficiência do sistema judiciário como um todo. Por outras palavras, a alocação de recursos em um determinado processo deve ser ponderada com a possibilidade de se dispor desses mesmos recursos em todos os outros feitos judiciais (existentes ou potenciais). O serviço público “justiça” deve ser gerido à luz da igualdade e a otimização do que é prestado não pode olvidar a massa de processos existentes, nem os critérios para a administração mais adequada dos limitados recursos postos à disposição do ente público⁷⁶.

Assim, especificamente no caso do acesso à justiça, qualquer raciocínio que desconsidere esse fato poderá levar à acesso algum. Isso porque, o irrestrito acesso à justiça,

Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 28 de dezembro de 2017.

⁷³ COSTA, Álisson da Silva. **A efetivação dos direitos sociais no estado democrático de direito brasileiro: uma abordagem crítico-reflexiva da Análise Econômica do Direito a partir de Richard Posner e a proposta de Ronald Dworkin.** Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Teoria do Direito, 2001, p. 20. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CostaAS_1.pdf>. Acesso em: 28 de dezembro de 2017.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial,** 2007, p. 4. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 28 de dezembro de 2017.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial,** 2007, p. 4. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 28 de dezembro de 2017.

⁷⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais:** para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

esse entendido como sendo uma prestação estatal constitucionalmente garantida, torna o Poder Judiciário um bem comum. Tal fato, atrelado aos incentivos à propositura de novas ações advindos com Estado de Providência, sobrecarrega, de sobremaneira, sua estrutura, que passa a ser constituída por um círculo vicioso e infinito de litigância que leva a morosidade do Judiciário⁷⁷.

No terreno do acesso à justiça, diferentemente do que ocorre com os direitos tipicamente individuais e negativos, como é o caso da liberdade, que sofrem proporcionalmente menos com as limitações econômicas, se faz necessário uma atuação muito mais positiva do Estado e, portanto, demanda mais dispêndio de recursos para sua efetivação, que, como sabido, são escassos.

Sem embargo de eventual desempenho ótimo dos referidos procedimentos e critérios, fato é que os recursos continuam limitados, ocasionando o fenômeno da escassez, que impõe à comunidade - principalmente ao poder público estabelecido conforme a organização política adotada em dada sociedade - a complexa tarefa de direcioná-los⁷⁸.

Com efeito, essa dicotomia entre a efetividade de um direito social e os recursos escassos do Estado remete ao princípio da reserva do possível⁷⁹. A expressão foi concebida originalmente pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no *case* “*numerus clausus I*”, (BVerfGE 33, 303)⁸⁰, que analisou na década de setenta do século passado o pedido de um cidadão alemão que obrigava o Estado a lhe garantir uma vaga no curso de medicina em uma universidade pública pautado no direito constitucional do livre exercício da profissão.

O Tribunal entendeu pela improcedência do pleito sob a fundamentação de que os direitos constitucionais se encontram sob a reserva do possível, no sentido de que só se pode

⁷⁷ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, DF, 2012.

⁷⁸ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 156.

⁷⁹ A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 307).

⁸⁰ Decisão BVerfGE 33, 303 (333).

extrair da redação legal aquilo que sob o ponto de vista da razoabilidade é possível exigir do Estado.

A reserva do possível, portanto, se pauta no que é racional ao sujeito exigir dentro de um ambiente de escassez de recursos. Isso porque, enquanto em um sistema de recursos ilimitados não existe restrição, tampouco, direitos, em outro, de escassez, os recursos precisam ser geridos e restringidos, sendo esse um dos papéis precípuos do Direito. Assim sendo, “quando afirmados direitos que demandam prestações estatais entram em choque, é inevitável uma opção, trágica no sentido de que algum não será atendido (ao menos em alguma medida)”⁸¹.

Ada Pellegrini Grinover⁸² destaca que o Estado tem se agarrado a esse princípio para justificar as dificuldades na implementação de políticas públicas capazes de atender de forma universal e satisfatória os direitos sociais. Em suas palavras “a justificativa mais usual da administração para a omissão reside exatamente no argumento de que inexistem verbas para implementá-la”.

E seria essa uma argumentação plausível? Entende-se que sim. Desde que, é claro, o Estado consiga atender o mínimo existencial atrelado ao direito em questão, bem como consiga justificar, de forma clara e objetiva, o motivo pelo qual o direito sob tutela deve ser racionado. Caso contrário, serviria apenas como escusa ampla e genérica para o descumprimento dos direitos fundamentais.

Assim, respectivo instrumento, quando corretamente aplicado, se apresenta como a forma mais eficaz de equacionar os interesses infinitos dos indivíduos com os recursos finitos do Estado.

Se não há recursos públicos para prestar educação, lazer, infraestrutura básica e saúde em uma dada sociedade em um dado momento, será necessário optar por um ou por alguns deles - efetuando *trade-offs*, expressão de difícil tradução, mas que pretende designar essa situação de escolha efetuada dentro do conjunto de oportunidades. Um exemplo simples pode ajudar. Na verdade, todos os dias as pessoas fazem essas opções. Uma família estuda o seu orçamento e faz opções por (i) lazer sofisticado ou (ii) ensino de qualidade, dentre outras despesas. Partindo-se da premissa de que os recursos da família são limitados, é necessário efetuar *trade-offs*. Assim, por exemplo, quanto maior se tornar a despesa com ensino de qualidade, menos recursos sobrarão para o lazer sofisticado. Com o Estado acontece

⁸¹ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 159.

⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 138.

exatamente a mesma coisa. Também o Estado efetua *trade-offs* todos os dias. Também o Estado possui recursos escassos, vivenciando a necessidade de realizar escolhas, sacrificando ainda que parcialmente outras opções que se apresentavam no conjunto de oportunidades disponíveis. Diante de um orçamento “apertado”, o Estado faz a opção entre investir em (i) moradia ou (ii) educação. Lamentavelmente, nem sempre há recursos para ambos. Para o Estado, muitas dessas opções são dramáticas - impondo dificuldades e responsabilidades aos agentes públicos. São as escolhas trágicas...⁸³.

Com efeito, no que concerne o acesso à justiça, imprescindível a consciência de que o recurso orçamentário do Poder Judiciário é limitado, de tal sorte que, demanda, dentre outras atitudes, a limitação do acesso, barrando o que ficou conhecido dentro do *leading case* alemão de exigências não racionais de direitos.

Portanto, o que será defendido neste trabalho é que as restrições sejam aplicadas contra o abuso do direito de ação a partir da criação incentivos para o não ajuizamento de demandas inautênticas, ou, uma vez ajuizadas, formas capazes de reduzir o seu tempo de vida útil no Poder Judiciário.

Em outras palavras, que o acesso à justiça seja garantido a quem de fato necessite da intervenção do Poder Judiciário e que as suas restrições sejam aplicadas aos que, ao contrário, não necessitem, uma vez que a Justiça não dispõe de recursos ilimitados e infinitos. Pelo contrário, atua a partir da gestão de recursos escassos e pressupor uma premissa contrária no caso do acesso à justiça, afeta, diretamente, quem de fato necessita de um direito a ser tutelado.

1.5 Círculo virtuoso: acesso à justiça efetivo e justiça eficiente

Uma vez que o presente trabalho se desenvolve em torno do instituto do acesso à justiça, para que ele venha a ser bem-sucedido e, conseqüentemente, atinja aos objetivos propostos, imprescindível deixar claro quais os dogmas que serão seguidos, tanto no que concerne a definição do acesso, quanto na adoção de um conceito de justiça. Em outras palavras, imperioso saber qual justiça se pretende garantir e de qual forma ela será perquirida.

⁸³ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 160.

Quanto à forma de persecução, se concluiu nos tópicos antecedentes que o acesso deve ser efetivo, capaz de garantir ao titular de um direito uma tutela jurisdicional prestada em tempo suficiente e apto a protegê-lo. Um direito fundamental que não se limita a aceder aos tribunais, mas sim de ter uma tutela jurisdicional prestada em um tempo razoável e que por isso justa.

Assim, o próximo passo será dado na direção de encontrar um conceito de justiça que mais se adeque ao de um acesso efetivo trabalhado nos tópicos anteriores, bem como ressaltar a importância da sua implementação.

Ocorre que conceituar justiça talvez seja o problema mais instigante e controvertido da Filosofia do Direito. Foram muitos os filósofos, sociólogos, juristas e economistas que, a seu modo e tempo, buscaram responder essa pergunta. O tema tomou de vários doutrinadores pelo mundo grande tempo sem que se tenha, até o momento, chegado a um consenso acerca da sua definição.

Nem a teoria utilitarista⁸⁴, de Jeremy Bentham⁸⁵, para quem a coisa certa a se fazer é aquela que produza a maior felicidade e que evite a dor ou sofrimento; nem a de equidade⁸⁶,

⁸⁴ A obra *Princípios da Moral e da Legislação* (1798) de Bentham estabeleceu as bases do utilitarismo clássico e serviu como arquétipo para os ensaios realizados anos depois por John Stuart Mill (1806-1873), intitulado de *Utilitarismo* (1861) e por Henry Sidgwick (1838-1900), concebido como *The Methods of Ethics* (1874). A ética utilitarista é teleológica, porquanto valoriza as consequências e os resultados da conduta humana e sua inclinação para gerar a maior felicidade possível e se opõe a ética deontológica de Kant, para quem o valor moral da conduta reside em si mesmo e, portanto, se mostra indiferente para as consequências que a ação pode implicar. Os utilitaristas ignoram não apenas as vicissitudes da vida, mas também as necessidades humanas. Eles medem a qualidade moral de uma ação pela qualidade de suas consequências, não pela atenção as regras. Logo, as ações devem ser julgadas de acordo com a sua utilidade com base nos seus resultados, por isso também é chamado de teoria consequencialista da ética. Essa corrente despreza completamente a ideia de direito natural. Concebida de forma simples, possuiu um grande apelo intuitivo. Aqui a coisa certa a se fazer será sempre aquela que maximiza a utilidade, ou seja, que produza maior felicidade e que evite a dor ou sofrimento. Com efeito, uma determinada medida se mostra justa para o utilitarismo quando maximiza a felicidade da maioria das pessoas. Sua ética gira em torno das realizações mentais subjetivas e particulares sempre pautado no ganho máximo coletivo, mesmo que as consequências dessa justiça impliquem na infelicidade de uma minoria.

⁸⁵ Ver mais em: BENTHAM, Jeremy. Trad. BARAÚNA, Luiz João. **Princípios da moral e da legislação**. Sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

⁸⁶ Em suma, a ideia básica que norteia a concepção de distribuição de renda, riqueza, poder e oportunidades em Rawls está diretamente vinculada a equidade. A fundamentação principal da teoria rawlsiana reside na reflexão acerca de quais princípios de justiça os indivíduos de determinada sociedade, marcada pelo pluralismo e pela assimetria, escolheriam para governar suas vidas de forma coletiva. Provavelmente, diante da diversidade de interesses, posição social, crenças morais e religiosas nunca se chegaria a um consenso, ou, mesmo que se chegasse, ele com certeza refletiria o poder de barganha de uma maioria em detrimento da uma minoria. Por essa razão que o senso de justiça de Rawls parte da premissa de que a escolha desses princípios ocorreria mediante a elaboração de um contrato hipotético, cujos sujeitos no momento da sua criação estariam acobertados pelo véu da ignorância, que temporariamente os impediria de saber quem realmente são. Logo, sem essas informações, a escolha coletiva seria justa, uma vez que realizada por meio de uma posição originária de equidade. Em outras palavras, o véu da ignorância garantiria a equanimidade do poder e do conhecimento que a posição original requer e ao fazer com que as pessoas ignorem sua posição na sociedade, suas forças e fraquezas, seus valores e

de John Rawls⁸⁷, cujo senso de justiça parte da elaboração de um contrato hipotético entre sujeitos acobertados pelo véu da ignorância que temporariamente os impediriam de saber quem realmente são; nem a distributiva⁸⁸, de Ronald Dworkin⁸⁹, para quem justiça consiste, basicamente, na disposição de recursos que o indivíduo deve possuir para realizar e implementar suas escolhas pessoais; ou, tampouco, a teoria das capacitações⁹⁰, apresentada

objetivos, impediria a obtenção de vantagens oriundas de uma posição favorável de barganha. Logo, o processo de justiça como equidade se inicia com a escolha dos princípios básicos de justiça a partir de uma posição original de equidade. Em seguida, chega-se a fase constitucional, na qual as instituições reais são selecionadas alicerçadas pelos princípios básicos anteriores. O funcionamento dessas instituições leva as decisões sociais justas a partir da terceira fase denominada de estágio legislativo. A sequência avança passo a passo resultando em arranjos sociais completamente justos, capazes de regular ao longo do tempo uma sociedade de forma ordenada, na qual todos aceitam e se satisfazem com os princípios de justiça criados. Toda essa estrutura básica da teoria rawlsiana é assegurada por dois princípios básicos: da oportunidade justa e da diferença. Pelo primeiro princípio cada pessoa tem um direito igual a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas acessíveis a todos sem distinção. Já, pelo princípio subsequente, as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. Primeira, elas devem estar associadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. Segunda, elas devem ser para o maior benefício dos membros menos favorecidos da sociedade

⁸⁷ Ver mais em: RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁸⁸ De acordo com Dworkin, justiça consiste, basicamente, na disposição de recursos que o indivíduo deve possuir para realizar e implementar suas escolhas pessoais. Assim como Rawls, também se opõe ao utilitarismo, uma vez que para o autor norte-americano, respectiva corrente não consegue combater de forma persuasiva e sem inventividades, medidas moralmente injustas, tais quais a escravidão e a punição de inocentes. Por seu turno, enquanto Rawls se vale do véu da ignorância, Dworkin utiliza a parábola da ilha deserta. O autor facilita a compreensão da sua ideia de justiça partindo de uma posição original de igualdade entre pessoas em uma ilha deserta. Inicialmente, cada uma recebe a mesma quantidade de conchas para adquirir os recursos disponíveis na ilha. Nesta fase, denominada de leilão igualitário, todas possuem a mesma condição inicial e as mesmas chances de adquirir os bens. A partir daí cada uma é responsável pelas escolhas que realizam, positivas ou negativas. A política distributiva defendida por Dworkin desenvolve uma alocação que contempla níveis iguais de bens, recursos e oportunidades de escolhas para todos os envolvidos que, em um segundo momento, arcarão com as consequências dessas escolhas.

Sua preocupação é de igualar as pessoas em suas circunstâncias iniciais, permitindo, com isso, que elas se tornem responsáveis pelo resultado dos seus atos, gostos e ambições. Logo, se alguém, a partir de uma posição original de igualdade decide empreender em uma ação muito arriscada, ou a gastar os seus proveitos com gostos excessivamente caros, deve arcar, ao final, sozinho com as consequências dessas escolhas⁸⁸.

O autor defende, ainda, a redistribuição periódica desses recursos no intuito de ajustar as injustiças oriundas do livre mercado, como a sorte ou dons naturais individuais, incluindo, ainda, a figura de um seguro hipotético opcional de modo que todos tenham à disposição a oportunidade de proteção contra respectivos infortúnios.

Esse modelo de leilão elucida de maneira simplificada os dois princípios da teoria dworkiniana: o da igual importância e o da responsabilidade especial.

Para o primeiro princípio, cada vida humana é dotada de um valor objetivo intrínseco e em potencial, que não deve ser desperdiçado. Esse valor exige que os indivíduos atuem com igual consideração em relação a certos grupos de pessoas em situações específicas, verificado pela igualdade inicial no momento do leilão. Já, o segundo, decorre das consequências que cada indivíduo colherá diante do estilo de vida que optou por levar.

E é justamente a partir do binômio escolha e responsabilidade que o autor consubstancia a sua ideia de justiça, sem, entretanto, olvidar os acontecimentos alheios a vontade dos indivíduos envolvidos, ou seja, a ingerência sobre suas heranças genéticas, sobre seus talentos ou, até mesmo, sobre a sorte ou azar.

⁸⁹ Ver mais em: DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁹⁰ A justiça apresentada por Sen está intimamente relacionada com a liberdade substantiva e passa pela utilização das capacitações, ou seja, pelos conjuntos de vetores de funcionamentos que traduzem a liberdade do sujeito de

por Amartya Sen⁹¹, foram capazes de criar um conceito dogmático-jurídico pacífico para justiça, muito provavelmente em razão de que embora todos tenham um forte sentido capaz de detectar injustiças, discordam, por outro lado, quanto aos fundamentos específicos deste diagnóstico.

Logo, esse vasto material trabalhado ao longo dos séculos, na mesma proporção que provoca e instiga deve, também, servir de conforto e alento, uma vez que se concluiu que o ponto de partida para compreender qualquer teoria de justiça é aceitar, desde logo, que não existe uma resposta capaz de atender tal feito completamente.

E, portanto, ciente de toda a dificuldade que circunda o tema, imperioso deixar claro que não há aqui qualquer pretensão em entrar nesse caminho tortuoso e de autoflagelação e debater o conceito valorativo de justiça. Muito pelo contrário, a busca será por um conceito jurídico que melhor se encaixe ao termo “acesso à justiça” e que, justamente por isso, seja capaz de auxiliar no alcance da sua efetividade.

1.5.1 Justiça como eficiência

Não há mais como discutir acesso à justiça sem se esbarrar nas palavras efetividade e eficiência, isso porque, na atualidade, o problema mais desafiante do Poder Judiciário brasileiro reside, justamente, na morosidade da prestação jurisdicional.

Não à toa, nos últimos dois relatórios Justiça em Números⁹² divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, a palavra “eficiência” é mencionada 126 vezes⁹³. Neles o CNJ deixa

escolher entre diferentes tipos de vida. A teoria, portanto, não está longe daquela defendida por Rawls quanto à igualdade de oportunidade, entretanto, segundo o filósofo indiano, não basta a oportunidade sem capacidade.

⁹¹ Ver mais em: SEN, Amartya Kumar. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

⁹² O Justiça em Números, que começou com dados mais básicos sobre despesas e números de processos, possui atualmente três grupos de informações: orçamentárias (despesas), de pessoal (número de servidores e magistrados) e sobre litigiosidade (número de processos, classe processual, julgamentos realizados, estoque). Ao longo dos anos, foram desenvolvidos diversos indicadores que permitiram a análise da produtividade, da celeridade e do acesso ao Poder Judiciário, como o Índice de Atendimento à Demanda (IAD) – que indica se está havendo aumento ou diminuição do estoque de processos ao longo do tempo -, o Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM) e Índice de Produtividade dos Servidores (IPS). Outro indicador importante é a taxa de congestionamento (Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79579-justica-em-numeros-permite-gestao-estrategica-da-justica-ha-10-anos>>. Acesso em: 24 de setembro 2017).

claro que a eficiência do Poder Judiciário na prestação jurisdicional é direito do cidadão e obrigação do Estado, que deve desenvolver, em caráter permanente, iniciativas voltadas ao aperfeiçoamento da qualidade, da celeridade, da eficiência, da eficácia e da efetividade, em consonância com os princípios e valores constitucionais brasileiros.

Ocorre que o que se vê na prática é o contrário, uma justiça pouco eficiente e um estoque de processos acumulados ano após ano. Somente em 2016 foram 2,7 milhões de novas demandas, ou seja, um crescimento de 3,6%, chegando ao final daquele ano com 79,7 milhões de processos em tramitação aguardando alguma solução definitiva⁹⁴.

Por essa razão a Justiça brasileira vive, na atualidade, uma onda inegável de descrédito, penetrando no subconsciente social como uma alternativa pouco eficiente, com baixo custo-benefício, morosa, ineficaz e pouco efetiva.

De acordo com o relatório ICJ Brasil apresentado em 2017 pela Fundação Getúlio Vargas, apenas 24% dos entrevistados disseram confiar no Poder Judiciário. Aliás, de 2013 para cá, a confiança no Judiciário vem caindo vertiginosamente, passando de 34%, em 2013, para 24%, em 2017. Esse dado é significativo, considerando-se que em anos anteriores não havia grandes oscilações no grau de confiança na Justiça⁹⁵.

Com efeito, dentre as perspectivas contemporâneas que tratam o tema, uma nova visão de justiça cunhada pela metodologia da Análise Econômica do Direito (AED), pragmática e linear, vem ganhando espaço e adeptos na academia: a ideia de justiça como eficiência.

Nos últimos anos, a tentativa mais ambiciosa e talvez mais influente de elaborar um conceito abrangente de justiça, que poderá tanto explicar a tomada de decisões judiciais quanto situá-la em bases objetivas, é aquela dos pesquisadores que atuam no campo interdisciplinar de "Direito e Economia" (Law and Economics), como se costuma chamar a Análise Econômica do Direito (Economic Analysis of Law)⁹⁶.

⁹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2017 e BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2017.

⁹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2017.

⁹⁵ FGV. Escola de Direito SP. **Relatório ICJ - Brasil 1º semestre/2017**. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

⁹⁶ POSNER, R. A. **Problemas de filosofia de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 473.

Como se vê, essa nova forma desprende o conceito de justiça do seu viés subjetivo para concebê-la a partir de um novo formato, alicerçado pelo predicado da eficiência econômica.

Para a AED independentemente da política pública adotada, ela deve ser eficiente, não havendo qualquer justificativa moral ou ética para que sua implementação gere desperdícios. Logo, essa ferramenta auxilia na descoberta do que realmente será obtido com dada política pública (prognose) e os custos de oportunidade com a sua adoção⁹⁷.

A par dessa nova visão, a próxima questão a ser abordada consistirá em definir até que ponto a eficiência deve ser considerada um princípio balizador da justiça.

1.5.2 Eficiência

Em síntese, a eficiência pode ser compreendida pela medida dos esforços necessários para se alcançar determinado objetivo. Logo, o custo, o tempo, bem como o uso de fatores humanos e materiais são pontos decisivos para se aferir a eficiência de determinada ação.

Em outras palavras, os resultados mais eficientes serão aqueles alcançados mediante a utilização adequada e racional das variáveis acima citadas, ao menor custo possível dentro dos padrões de qualidades exigidos. Para Mitchell Polinsky⁹⁸, “a eficiência corresponde ao tamanho da torta, enquanto a equidade tem a ver com a forma como é cortada”⁹⁹.

A eficiência está intimamente ligada ao conceito de maximização de riqueza e do bem-estar social, por essa razão não se confunde com efetividade. Enquanto a eficiência se preocupa em obter a maior produção possível com o menor uso dos recursos disponíveis, a efetividade, por sua vez, é a qualidade de se produzir um impacto ou efeito¹⁰⁰.

Essa premissa maximizadora teve um impacto relevante nas transformações sociais ao longo da história, sendo, inclusive, um dos fatores determinantes para transação do *homo*

⁹⁷ GICO JR., Ivo. **Introdução ao Direito e Economia**. Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27-28.

⁹⁸ POLINSKY, A. Mitchell. **An Introduction to Law and Economics**, 2nd edn., Boston et al., 1989, p. 7.

⁹⁹ “Efficiency corresponds to the size of the pie, while equity has to do with how it is sliced”.

¹⁰⁰ BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. **Princípio da eficiência**. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius (Coordenadores). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

faber para o *homo economicus*, no sentido de que alterou o paradigma do sujeito operário, norteador pela fatalidade e preocupado apenas com o fim das suas atividades, para o sujeito econômico, agora muito mais atento aos meios e a escassez dos recursos a sua volta e que, por essa razão, passa a privilegiar a racionalidade das suas atividades em busca dos melhores resultados.

Essa mudança se deve muito em razão da consciência da escassez, isso porque, em uma sociedade na qual não há escassez de recursos, não há, também, conflitos. Entretanto, em uma sociedade onde os recursos são escassos, os indivíduos fazem as suas escolhas de forma eficiente e atentos a maximização do seu bem-estar.

Nesse passo, uma vez que a Economia se preocupa em estudar a necessidade de tomada de decisões eficientes em um ambiente de recursos escassos, impossível desprender eficiência da sua natureza econômica. Não à toa, definir critérios para sua aferição sempre foi uma das maiores preocupações da Economia. Dentre vários modelos, dois se destacam: *Eficiência de Pareto*¹⁰¹ e o *Critério de Kaldor-Hicks*¹⁰².

Ambas as teorias guardam relação direta com a visão de justiça utilitarista de Bentham, isso porque partem de uma fórmula de bem-estar social ligada a um nível de utilidade ou satisfação de determinadas situações reais, entretanto, enquanto para Vilfredo Pareto determinada medida se mostra eficiente quando melhora o nível de bem-estar de alguém sem piorar o nível de bem-estar de outrem, para Nicholas Kaldor e John Hicks¹⁰³, a eficiência seria medida a partir da somatória simples dos níveis de utilidades dos indivíduos de uma determinada sociedade, permitindo a compensação hipotética dos perdedores.

¹⁰¹ Ver mais em: PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. São Paulo: Nova Cultura, 1987.

¹⁰² Ver mais em: HICKS, John. **Foundation of Welfare Economics**. *Economic Journal*, v. 49, n 196, p. 696-712. Dec. 1939 e KALDOR, Nicholas. **Welfare Propositions os Economics and Interpersonal Comparasions of Utility**. *Economic Journal*, v 49, n. 195, p. 549-552, sep. 1939.

¹⁰³ O critério de Kaldor-Hicks busca superar a restrição imposta pelo ótimo de Pareto de que mudanças somente são eficientes se nenhum indivíduo fica em posição pior. Pelo critério de Kaldor-Hicks, o importante é que os ganhadores possam compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam. Isso quer dizer que o critério de Kaldor-Hicks permite que mudanças sejam feitas ainda que haja perdedores. Para ilustrar, considere este exemplo. A prefeitura da cidade de São Paulo recentemente proibiu a colocação grandes cartazes de propaganda na cidade. Houve “perdedores”, e disso não resta dúvida porque várias pessoas perderam seus empregos e outras tantas perderam seus negócios. Por outro lado, o sólido apoio da população à nova legislação parece indicar que os ganhos do restante da população (os “ganhadores”) excederam as perdas do grupo de “perdedores”. Novamente, note que pelo critério de Pareto esses “perdedores” teriam que ser de fato compensados, de modo que deixassem de perder. Mas pelo critério de Kaldor-Hicks, basta que essa compensação seja possível, mesmo que de fato não ocorra (SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** Cadernos de Direito GV, v.5, n.2, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2017).

A eficiência de Pareto é individualista e não pressupõe divisões sociais igualitárias, porquanto só se ocupa com o bem-estar de cada pessoa e não com o bem-estar da coletividade. Esse modelo de eficiência não pretende supor o que é bom ou ruim, certo ou errado, mas sim em traçar um critério objetivo, com a mínima interferência de um juízo de valor, para se alcançar a maximização da riqueza¹⁰⁴.

O critério de Pareto dificilmente é aplicado pela dificuldade de não piorar a situação de um dos sujeitos a partir de uma intervenção. Por essa razão, a maioria dos economistas se valem do critério de Kaldor-Hicks, pelo qual, uma relação se mostra eficiente desde que o benefício para a sociedade seja pelo menos suficiente para permitir a compensação hipotética dos perdedores.

Logo, o modelo de Nicholas Kaldor e John Hicks permite que uma alocação de recursos seja classificada como eficiente mesmo quando o aumento do bem-estar de uma parte resultar na redução do bem-estar de outra, desde que haja a possibilidade hipotética de uma compensação a parte menos favorecida.

Para Friedman¹⁰⁵, “o problema com a abordagem de Pareto torna-se ainda mais grave quando adicionamos algumas centenas de milhões de pessoas. Em uma sociedade complexa, é pouco provável que uma mudança nas regras produza apenas benefícios e nenhum custo”¹⁰⁶. Ciente disso, Kaldor e Hicks adequaram a teoria de Pareto. De acordo com essa nova concepção, qualquer nova alocação seria considerada aceitável, desde que os benefícios dos ganhadores superassem as desvantagens dos perdedores. Nas palavras de Klaus Mathis¹⁰⁷, “Nicholas Kaldor e John R. Hicks propuseram uma norma coletiva de tomada de decisão a ser

¹⁰⁴ MATHIS, Klaus. **Efficiency insted of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Switzerland: Springer, 2009; BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. **Princípio da eficiência**. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius. **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016; DOMINGUES, Victor Hugo. **Ótimo de Pareto**. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius. **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016 e FRIEDMAN, David D. **Law’s Order**. What economics has to do whit law and why it matters. Princeton University Press, 2000.

¹⁰⁵ FRIEDMAN, David D. **Law’s Order**. What economics has to do whit law and why it matters. Princeton University Press, 2000, p. 25.

¹⁰⁶ “*The problem with Pareto’s approach becomes still more serious when we add a few hundred million more people. In a complicated society it is very unlikely indeed that a change in legal rules will produce only benefits and no costs*”.

¹⁰⁷ MATHIS, Klaus. **Efficiency insted of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Switzerland: Springer, 2009, p. 39.

aplicada a decisões não-Pareto-superiores. Esta regra - eles acreditavam - envolveria apenas um julgamento de valor fraco”¹⁰⁸.

Ciente dessas duas correntes, Posner propôs em *The Economics of Justice* uma evolução interpretativa do tema. Para tanto, partiu da maximização da riqueza como parâmetro balizador da eficiência, oferecendo, aos juízes, uma plataforma de fundamentação ética mais sólida e robusta para as tomadas de decisões¹⁰⁹. Portanto, o conceito de eficiência de Posner concebido nesta obra é facilmente compreendido como sendo a decisão, instituição ou conduta que melhor maximize a riqueza de uma sociedade.

Sua teoria foi apresentada como um terceiro estágio do conceito, superando a teorias de Pareto e Kaldor-Hicks. Em *The Economics of Justice*, justa será a decisão que melhor alocar riqueza em sociedade. Implica dizer, com isso, que o magistrado teria um critério objetivo-científico para decidir e o Poder Judiciário, por seu turno, estaria a serviço do mercado, estimulando as alocações (eficientes) de recursos em sociedade¹¹⁰.

Nessa perspectiva, o juiz atuaria como fonte atenuante de externalidades negativas, amenizando de forma considerável as falhas mercadológicas. Na palavras de Júlio Cesar Marcellino Jr¹¹¹, “num ambiente de menos subjetividade e mais objetividade científica, diminuiria muito a imprevisibilidade dos julgados, o que contribuiria consideravelmente para o fluxo espontâneo dos negócios e, conseqüentemente, da alocação de riqueza”.

De acordo com essa corrente, um judiciário eficiente seria forte e respeitado e, portanto, atuaria em favor do crescimento econômico, uma vez que transmitiria maior segurança ao mercado, garantiria previsibilidade, promoveria a competição e a melhor alocação dos recursos.

No ordenamento jurídico brasileiro a preocupação com a eficiência remonta a Emenda Constitucional nº 19/98¹¹², que deu a respectivo princípio uma roupagem constitucional. Em suma, a ideia da eficiência constitucional está diretamente ligada a economicidade, ou seja, a

¹⁰⁸ “Nicholas Kaldor and John R. Hicks proposed a collective decision-making rule to be applied to non-Pareto-superior decisions. This rule – they believed – would only involve a weak value judgement”.

¹⁰⁹ POSNER, Richard A. **The economics of justice**, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed.

¹¹⁰ MARCELLINO JR. Júlio Cesar. **Análise Econômica do Acesso à Justiça**: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

¹¹¹ MARCELLINO JR. Júlio Cesar. **Análise Econômica do Acesso à Justiça**: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 98-99.

¹¹² Art. 37, CF. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

partir dela se almeja atingir os objetivos, traduzidos por boa prestação de serviços, de forma simples, rápida, econômica, potencializando a relação custo/benefício da administração pública¹¹³.

Entretanto, o princípio da eficiência constitucional a economicidade não se limita. Isso porque, um Estado meramente eficientista, mas distante dos demais pressupostos principiológicos constitucionais, pode se mostra incapaz de efetivar outros valores presentes na Constituição, sobretudo os atrelados a dignidade da pessoa humana¹¹⁴.

Para Emerson Gabardo, “jamais poderá a eficiência sobrepor-se aos outros ideais presentes em nosso sistema constitucional, como a democracia social. Aliás, deve ser frisado repetidamente que não existe eficiência quando não há respeito aos direitos fundamentais”¹¹⁵.

Contudo, apesar do princípio jurídico da eficiência ultrapassar a mentalidade estritamente economicista, a sua aplicação não é uma opção da administração. Isso porque, se na esfera privada a eficiência é uma faculdade do empresário, que pode, por sua conta em risco, ser ineficiente, a Administração Pública não poderá seguir outro caminho que não aquele que sempre sopesa a melhor gestão dos recursos¹¹⁶.

De tal modo que o princípio da eficiência, originalmente vinculado a Economia, ganha, a partir da sua constitucionalização, uma conotação também jurídica¹¹⁷, e, portanto, “ainda que a eficiência, a priori, não seja considerada pela doutrina um conceito de origem jurídica, certamente que, após sua constitucionalização, não se restringe a um “ente” da Ciência da Administração ou Economia”¹¹⁸.

E esse novo princípio constitucional impõe padrões de conduta à administração pública a fim de que se aproveite, ao máximo, as potencialidades existentes, para que com isso produza os melhores resultados e promova o bem comum e surge da necessidade de alterar o modelo administrativo então em vigência, para uma administração que entenda o seu

¹¹³ BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius. **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

¹¹⁴ FARIA, Luzardo. Suspensão do Fornecimento de Serviço Público Essencial por Inadimplemento do Usuário: O Interesse Público entre Eficiência e Dignidade, p. 109-136 in **A Eficiência e a Ética na Administração Pública**, Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná /coordenação de Luiz Alberto Blanchet, Daniel Wunder Hachem, Ana Claudia Santano – Curitiba: Íthala, 2015.

¹¹⁵ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 20.

¹¹⁶ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

¹¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (coord.). **Princípio da eficiência em matéria tributária**. São Paulo: RT, 2006.

¹¹⁸ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003, p. 195.

papel e atue conforme a necessidade do Estado e não de governo, sobretudo diante da baixa capacidade da administração pública de atender aos direitos sociais advindos do Estado de Providência, de forma tempestiva e eficiente¹¹⁹.

Justen Filho também defende a utilização do princípio da eficiência pela administração pública como forma de produzir os melhores resultados a partir da utilização mais produtiva dos recursos econômicos. Para o autor, “veda-se o desperdício econômico precisamente porque a otimização dos recursos propicia realização mais rápida e mais ampla dos encargos estatais”¹²⁰. Entretanto, pondera que a eficiência deve sempre ser sopesada com outros princípios, porquanto não há no ordenamento jurídico pátrio uma subordinação completa à racionalidade econômica, uma vez que, segundo ele, “a atividade da administração pública é norteada por uma pluralidade de princípios, todos os quais devem ser realizados de modo conjunto e com a maior intensidade possível¹²¹”.

A ponderação de Justen Filho é salutar, e a ela se complementa a do professor Flávio Galdino:

Não se pode admitir a construção de uma eficiência no plano jurídico que seja divorciada das condicionantes sociais, políticas, econômicas, como se fora uma teoria pura da eficiência no Direito, pois isso retiraria as melhores perspectivas da eficiência que laboram justamente no sentido de se constituir o canal de comunicação entre as análises econômicas e as jurídicas¹²².

Assim, o conceito da eficiência econômica ganha uma nova roupagem jurídica e passa ser lido, interpretado e aplicado a partir de todo um contexto normativo constitucional.

Fato é que, desde a sua aparição na Constituição, a eficiência vem ganhando espaço no cotidiano brasileiro até se consolidar como uma exigência social, especialmente diante da ineficiência e burocratização da administração pública.

Sobrepondo esse pensamento ao acesso à justiça, o que se espera é que o Poder Judiciário, além de realizar um juízo consequencialista e lógico acerca dos custos e benefícios de determinada decisão, tanto para os litigantes, quanto para a sociedade, também faça uma

¹¹⁹ FOLLONI, André. YASBEK, Cristiano Lisboa. **Eficiência Tributária do Estado e Retorno de Bem-estar à Sociedade**. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 11, n. 15, p.26-39, jan./dez. 2013.

¹²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 85

¹²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 85

¹²² GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 261.

utilização racional dos seus recursos, humanos e financeiros, priorizando, sempre que possível, a alocação que traga menos desperdício e, portanto, seja mais eficiente.

No caso específico do Poder Judiciário, o princípio da eficiência presente no Art. 37 da Constituição Federal, remodelado pela Emenda Constitucional nº 19/98¹²³, deve ser interpretado conjuntamente com o Art. 5º, inciso LXXVIII, do mesmo diploma legal, que assegura aos litigantes uma prestação jurisdicional de qualidade e prestada dentro de um tempo razoável.

De acordo com Gonçalves e Stelzer, “justiça e eficiência são metades da mesma verdade que se sobrepõem alternadamente ou se complementam ordenadamente¹²⁴. Para Klaus Mathis¹²⁵, se a ineficiência gera uma redução de ganhos sociais, logo deve ser assimilada como injustiça. De outro lado, se a eficiência acarreta em ganhos, como por exemplo a promoção do serviço público em geral, deve ser assimilada como algo justo. Em suas palavras, “Assim, a eficiência é sempre um dos preceitos da justiça. É a ironia da história que as realizações do Estado Social só podem ser garantidas através do crescimento econômico - isto é, mais atividade do mercado e maior eficiência econômica”.¹²⁶

Seguindo essa linha de raciocínio, se pode afirmar que a eficiência e a justiça não são de modo algum mutuamente exclusivas. Em que pese se relacionarem de forma complexa e tumultuosa, o esforço para realizar ambos os objetivos, não precisa sempre ser uma relação de competitividade, e de fato pode ser realizado de forma cooperativa em grande medida.¹²⁷

Ocorre que o tema ainda é bastante controverso, sobretudo pela dificuldade de se chegar a um conceito bem definido de eficiência, uma vez que a questão permite várias aferições e interpretações, o que dependerá, muita das vezes, de uma análise do caso concreto em questão, permitindo, assim, a aplicação do critério mais adequado.

¹²³ Art. 37, CF. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

¹²⁴ GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. **Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro**: a tomada de decisão normativo-judicial. Sequência. UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, ISSNn 2177-7055, v. 35, n. 68, 2014, p. 262.

¹²⁵ MATHIS, Klaus. **Efficiency insted of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Switzerland: Springer, 2009, p. 204.

¹²⁶ *Thus, efficiency is always one of the precepts of justice. It is the irony of history that the accomplishments of the social state can only be secured through economic growth – that is, more market activity and greater economic efficiency.*

¹²⁷ Ver mais em MATHIS, Klaus. **Efficiency insted of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Switzerland: Springer, 2009.

Para Gabardo, “em geral, há concordância entre os autores que se debruçam sobre o tema quanto à ausência de um conceito unívoco e concreto para a expressão, variando conforme o foco de análise”¹²⁸. Seja como for, a conclusão que se chega é que os operadores do Direito, sobretudo a doutrina brasileira, não devem medir esforços nessa tarefa, para ao final e ao cabo, se chegar a um conceito capaz de impor padrões de conduta ao Estado a fim de que se aproveite, ao máximo, as potencialidades existentes. Isso porque, se de um lado, a eficiência parece hoje de difícil conceituação, a ineficiência, por seu turno, pode ser facilmente entendida como injustiça, ao passo que reduz a produtividade geral, piora as estruturas de distribuição e destrói a flexibilidade econômica e política do sistema como um todo¹²⁹.

1.5.3 Justiça como eficiência: um estudo a partir do pensamento de Richard Allen Posner

Richard Posner é, sem sombra de dúvidas, um dos mais importantes expoentes da Análise Econômica do Direito, tanto em razão dos vários livros e artigos que escreveu sobre o tema, quanto pela sua atuação como magistrado e professor nos Estados Unidos. Apesar de ter nadado contra a corrente durante boa parte de sua carreira, o seu pensamento radical, iconoclasta e contra majoritário o fez ser o juiz mais citado em decisões judiciais americanas¹³⁰. “No desenvolvimento da Análise Econômica do Direito [...] Posner claramente desempenhou o papel principal”^{131 132}.

¹²⁸ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 23.

¹²⁹ Kersting, Wolfgang John Rawls zur Einf`uhrung (Hamburg, 2001; cited as: Einf`uhrung) in MATHIS, Klaus. **Efficiency insted of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Switzerland: Springer, 2009.

¹³⁰ DOMNARSKI, Willian. **Richard Posner**. New York: Oxford University Press 2016.

¹³¹ “*In the development of the economic analysis of the law [...] Posner has clearly played the major role*”.

¹³² COASE, Ronald H., ‘**Law and Economics at Chicago**’, in *Journal of Law and Economics*, Vol. 36 (1993), p. 239.

Oriundo da Escola de Chicago¹³³, o jurista americano teve um papel pioneiro e essencial na consolidação da AED, em especial no desenvolvimento e implementação do conceito de maximização da riqueza na ciência jurídica.

Em síntese, a teoria de justiça de Posner consiste na ideia de que o critério para avaliar se as instituições e seus atos são justos deriva da eficiência ou, como o autor prefere dizer, da maximização da riqueza social. Logo, uma decisão eficiente é justa porquanto aumenta a riqueza de uma sociedade.

Como se percebe, a espinha dorsal da teoria de Posner é, de fato, a eficiência. Entretanto, a importância desse valor econômico no decorrer de suas obras sofreu transformações consideráveis. De acordo com Klaus Mathis¹³⁴, o trabalho de Posner pode ser entendido a partir de quatro fases cronologicamente divididas:

Em seu livro de texto, *Economic Analysis of Law* (1972), Posner dedicou pouco pensamento aos fundamentos filosóficos da análise econômica do direito. Ele acreditava que seus fundamentos normativos estavam enraizados no utilitarismo (primeira fase). Em seu ensaio "Utilitarismo, Economia e Teoria Legal" (1979), pela primeira vez, Posner descreve o conceito de maximização da riqueza como um princípio ético e, dessa forma, tenta desassociar-se do utilitarismo. Ele cita a eficiência como o único princípio jurídico (segunda fase). No início da década de 1980, Posner tenta reforçar a sua ética de maximização da riqueza, justificando-a em termos de teoria do consenso. Invocando o conceito de compensação *ex ante*, constrói um consenso hipotético para complementar o critério de Kaldor-Hicks (terceira fase). Em meados da década de 1980, Posner começa a relativizar suas posições e prepara o caminho para uma transição para o pragmatismo que ele defendeu desde a década de 1990. Ele agora vê a eficiência como um importante princípio jurídico, mas não necessariamente o único (quarta fase).¹³⁵

¹³³ O movimento mais importante e responsável por consolidar o Direito e Economia como disciplina autônoma iniciou-se na Universidade de Chicago, com a criação, em 1958, da revista *Journal of Law and Economics*, até culminar no grande marco dessa incursão com a publicação, dois anos depois, do trabalho de Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*. O Trabalho de Coase, que lhe valeu o prêmio Nobel em 1991, sobre o custo de transação, conjuntamente com o *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, de Calabresi, publicado no *Yale Law Journal*, um ano após o trabalho daquele autor, são considerados um os gêneses do movimento *Law and Economic* moderno. A partir daí, a AED ganha corpo e repercussão para além dos Estados Unidos. A real percepção ocorreu em 1972, com o artigo *Economic Analysis of Law* do autor que vai dominar o movimento ao longo dos dez anos seguintes, Richard A. Posner.

¹³⁴ MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Switzerland: Springer, 2009, p. 144.

¹³⁵ *In his textbook, Economic Analysis of Law (1972), Posner devoted little thought to the philosophical foundations of economic analysis of law. He believed their normative foundations to be rooted in utilitarianism (first phase). In his essay 'Utilitarianism, Economics, and Legal Theory' (1979), for the first time Posner outlines the concept of wealth maximization as an ethical principle, and in this way attempts to disassociate himself from utilitarianism. He cites efficiency as the sole legal principle (second phase). At the beginning of the 1980s, Posner tries to bolster his ethic of wealth maximization by justifying it in terms of consensus theory. Invoking the concept of ex ante compensation, he constructs a hypothetical consensus to supplement the Kaldor-Hicks criterion (third phase). By the mid-1980s Posner begins to relativize his positions, and thus paves the way*

Como se vê, a teoria inovadora de Posner inicia com a ideia de que os juízes devem se valer de princípios econômicos para chegar a respostas para algumas lides jurídicas. Contudo, nessa primeira fase, o pensamento do autor se encontrava ainda muito enraizado nas premissas utilitaristas¹³⁶. Já, em sua segunda fase, defende o conceito de maximização da riqueza como um contraponto ético ao utilitarismo, o que se torna ainda mais intenso na terceira fase, quanto reforça a ideia da ética como maximização de riqueza, justificando-a como teoria do consenso. Contudo, na última etapa, o autor se torna mais cético sobre o fato de sempre haver respostas corretas e começa a relativizar a importância dada a eficiência como valor único de justiça ao se aproximar do pragmatismo, encorajando os juízes a confiarem nas instituições e no senso comum. Neste ponto, rumo para uma razoabilidade decisória e se afasta da ideia da existência de uma decisão lógica e correta.

Portanto, apesar de guardar relação com a concepção utilitarista¹³⁷, sobretudo na primeira fase do seu trabalho, com ela não se confunde. Nas palavras do próprio Posner¹³⁸, “maximização da riqueza provê uma base mais sólida para uma teorização da ética do que o utilitarismo”, isso porque, representa uma ética de produtividade e cooperação social, mais coerente com os valores sociais do que a ética utilitarista pura¹³⁹.

Ademais, o autor americano não defende a maximização da utilidade, ou seja, da felicidade, bem abstrato por natureza, mas sim da riqueza social¹⁴⁰. Apesar de ambas as teorias buscarem a otimização de um determinado bem sem considerar a sua distribuição entre

for a transition towards the pragmatism that he has advocated since the 1990s. He now sees efficiency as an important legal principle, but not necessarily the only one (fourth phase).

¹³⁶ O utilitarismo de Bentham, em seu aspecto como uma teoria positiva do comportamento humano, é outro nome para a teoria econômica. Prazer é valor e a dor é custo (POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**, 1st edn., Boston et al., 1972, p. 357. Tradução livre).

¹³⁷ Na primeira fase de seu trabalho, em *Economic Analysis of Law*, Posner seguiu com mais afinco a tradição utilitarista. Entretanto, já a partir de "Utilitarismo, Economia e Teoria Legal" (1979), pela primeira vez, o autor descreve o conceito de maximização da riqueza como um princípio ético e, dessa forma, tenta desassociar-se do utilitarismo. Ele cita a eficiência como o único princípio jurídico.

¹³⁸ POSNER, Richard A. **The economics of justice**, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 48.

¹³⁹ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁴⁰ A "riqueza" de uma sociedade, de acordo com Posner, é a soma de todos os bens tangíveis e intangíveis, avaliados em termos monetários, da seguinte forma: de acordo com a vontade de pagar, ou seja, o preço máximo que um potencial comprador está disposto para pagar um bem, ou - no caso de alguém já possuir o bem - de acordo com o preço mínimo que teria que ser oferecido para induzir o potencial vendedor a vender (MATHIS, Klaus, *Efficiency instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. Switzerland: Springer, 2009, p. 146).

os indivíduos de uma sociedade, a maximização da riqueza tem olhos para a produção, enquanto a utilidade se apega apenas ao consumo.

Para Posner, o utilitarismo não dá incentivo para nenhum tipo de atividade produtiva que favorece a civilização humana. Embora o tempo de lazer represente um valor, mesmo sob a maximização da riqueza, isso deve ser comprado, enquanto a maximização da riqueza se volta para a atividade produtiva do indivíduo. Além disso, o autor norte-americano se opõe a falta de método utilitarista de medir a utilidade. A utilidade é uma questão subjetiva, ele aponta e, portanto, é difícil de quantificar. Em contrapartida, a riqueza é algo muito mais fácil de aferir do que qualquer tipo de felicidade agregada ¹⁴¹.

Além disso, o utilitarismo, segundo Posner, traz um problema moral ao não distinguir os tipos de prazeres maximizados, bem como por se dispor a sacrificar os interesses de uma minoria se tal fato beneficiar um maior número de pessoas, o que não ocorre na maximização de riqueza, uma vez que ela está voltada para o trabalho e a produção das pessoas, que são finitas e não para a utilidade, que é por natureza, ilimitada¹⁴².

Nas palavras de Posner¹⁴³:

O fato de que eu possa derivar muito gosto de torturar as pessoas a superar sua miséria não me deixaria um bom homem ou me daria o direito de torturar pessoas. Eu teria que comprar o consentimento da minha vítima, e essas compras logo esgotarão a riqueza de todos, exceto os sádicos mais ricos¹⁴⁴.

Portanto, ao contrário do que ocorre no utilitarismo, na maximização de riqueza, a moral (ou não moral) estaria limitada as restrições orçamentárias. A maximização da riqueza estabelece um limite e protege o direito de outras pessoas, que podem pedir uma compensação por infrações consensuais. O sujeito por mais egoísta ou louco que seja, não pode aumentar a sua “felicidade” sem beneficiar os prejudicados nesse processo. Logo, de acordo com

¹⁴¹ MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Switzerland: Springer, 2009.

¹⁴² POSNER, Richard A. **Utilitarianism, Economics, and Legal Theory**, in The Journal of Legal Studies, Vol. 8 (1979).

¹⁴³ POSNER, Richard A. **Utilitarianism, Economics, and Legal Theory**, in The Journal of Legal Studies, Vol. 8 (1979), p. 131.

¹⁴⁴ *The fact that I might derive so much gusto from torturing people as to exceed their misery in a felicific weighing would not make me a good man or give me the right to torture people. I would have to buy my victim's consent, and these purchases would soon deplete the wealth of all but the wealthiest sadists.*

Posner¹⁴⁵, "Se a Alemanha nazista quis se livrar dos judeus, em um sistema de maximização da riqueza, teria que comprá-los"¹⁴⁶.

Para Salama¹⁴⁷:

No que diferem, então, o eficientismo de Posner e o utilitarismo de Bentham? Essencialmente, no fato de que a medida de riqueza adotada por Posner é "valor econômico", enquanto que a medida de utilidade adotada por Bentham é "felicidade". Ou seja: em Posner, a medida de justiça é a maximização de riqueza, ou de "valor econômico" (riqueza e valor econômico são tomados como sinônimos para Posner); em Bentham, a medida de justiça é a maximização de utilidade, ou de felicidade.

Na visão de Posner, os magistrados são dotados de função política de sobre importância, pois "são parte de uma atividade viva – a atividade de governar os Estados Unidos"¹⁴⁸, porque juízes são autores centrais no drama da *commom law* e desempenham papéis nos estatutos bem como nas normas constitucionais. O julgador, por conseguinte, detém a qualidade de agente político, utilizando três conceitos para explicar sua teoria: a reconstrução imaginativa,¹⁴⁹ maximização de riquezas e resultado razoável. A imaginação reconstrutiva é a ferramenta do magistrado para a adjudicação dos direitos. O resultado razoável é o objetivo do julgador. A maximização de riquezas é o referencial para a sua atuação¹⁵⁰.

Dworkin, por seu turno, se apresenta como um importante opositor ao pensamento economicista de Posner. Para o autor de *Is Wealth a Value?*¹⁵¹, não há nada que justifique a maximização da riqueza como um objetivo digno. Em suas palavras¹⁵²:

¹⁴⁵ POSNER, Richard A. **Utilitarianism, Economics, and Legal Theory**, in The Journal of Legal Studies, Vol. 8 (1979), p. 133.

¹⁴⁶ "If Nazi Germany wanted to get rid of the Jews, in a system of wealth maximization it would have had to buy them out".

¹⁴⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (org.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, p.11.

¹⁴⁸ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 320.

¹⁴⁹ Ver mais em: ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Pós-positivismo: a versão pragmática de Posner**. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 15, n. 3, p. 141-170, set./dez. 2013.

¹⁵⁰ POSNER, Richard A. **What Do Judges and Justices Maximize?** (The Same Things Everyone Else Does). Law & Economics Working Papers, Chicago, n. 15, p.1-26, 1993 e ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Pós-positivismo: a versão pragmática de Posner**. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 15, n. 3, p. 141-170, set./dez. 2013.

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald M. **Is Wealth a Value?** The Journal of Legal Studies, Vol. 9, No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives (Mar., 1980), pp. 191-226.

¹⁵² DWORKIN, Ronald M. **Is Wealth a Value?** The Journal of Legal Studies, Vol. 9, No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives (Mar., 1980), pp. 191-226, p. 194.

Mas agora vem o nervo do problema. A análise econômica sustenta, em seu lado normativo, que a maximização da riqueza social é um objetivo digno, de modo que as decisões judiciais devem tentar maximizar a riqueza social, por exemplo, atribuindo direitos a quem as compraria, mas aos custos de transação. Mas não está claro porque a riqueza social é um objetivo digno. Quem pensaria que uma sociedade que tem mais riqueza, conforme definido, é melhor ou melhor do que uma sociedade que tem menos, exceto alguém que cometeu o erro de personificar a sociedade e, portanto, pensou que uma sociedade é melhor com mais riqueza em da maneira como é um indivíduo? Por que alguém que não cometeu este erro pensa que a maximização da riqueza social é um objetivo digno?¹⁵³

Para Mathis¹⁵⁴, “embora o conceito não seja particularmente persuasivo, ele produz muitos *insights* sobre a lógica da mentalidade de eficiência - por mais excruciante que isso possa ser, às vezes! - ao mesmo tempo que demonstra as limitações da AED”¹⁵⁵.

Ciente da fragilidade da sua corrente, Posner começou a relativizá-la. Assim, ele para de reivindicar a maximização de riqueza como uma ética universal: “meu objetivo é, portanto, bastante modesto. Eu não procuro “converter” ninguém para a maximização da riqueza. Eu simplesmente quero persuadi-lo de que é uma ética razoável, embora não comprovável ou universalmente correta”^{156 157}.

Com efeito, no início dos anos 1990, mais especificamente a partir da publicação de *O Problema da Filosofia do Direito*¹⁵⁸, Posner inicia a quarta e atual fase da sua vida acadêmica, no momento em que abandona a teoria radical da maximização da riqueza como uma fundação ética exclusiva de justiça, para defendê-la como teoria balizadora e complementar a outros valores e princípios do Direito e passa a assumir uma posição pragmática.

¹⁵³ *But now comes the nerve of the problem. Economic analysis holds, on its normative side, that social wealth maximization is a worthy goal so that judicial decisions should try to maximize social wealth, for example, by assigning rights to those who would purchase them but for transaction costs. But it is unclear why social wealth is a worthy goal. Who would think that a society that has more wealth, as defined, is either better or better off than a society that has less, except someone who made the mistake of personifying society, and therefore thought that a society is better off with more wealth in just the way any individual is? Why should anyone who has not made this mistake think social wealth maximization a worthy goal??*

¹⁵⁴ MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Switzerland: Springer, 2009, p. 134.

¹⁵⁵ “Although – as we shall see – the concept is not particularly persuasive, it yields many insights into the logic of the efficiency mindset – excruciating though this can be, at times! – whilst also demonstrating the limitations of economic analysis of law”.

¹⁵⁶ “my goal is therefore quite modest. I do not seek to “convert” anyone to wealth maximization. I merely want to persuade you that it is a reasonable, though not a demonstrably or a universally correct, ethic”.

¹⁵⁷ POSNER, Richard A.. ‘Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry’, in David G. Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law* (Oxford, 1995), p. 90.

¹⁵⁸ POSNER, R. A. **Problemas de filosofia de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

O pragmatismo em Posner¹⁵⁹ parte da premissa de que o Direito é um instrumento fundamental para a consecução dos fins sociais e que, por essa razão, a eficiência não pode mais ser aplicada isoladamente, mas sim conjuntamente com outros valores, frutos não apenas da Economia, mas também da Filosofia Política e da Filosofia Moral. Além disso, no instrumentalismo pragmático, os juízes e os operadores jurídicos se apresentam como verdadeiros protagonistas no processo de interpretação e aplicação, logo, de criação do Direito, com o propósito de maximizar as riquezas de uma sociedade, ao passo que satisfazem as necessidades e os interesses sociais¹⁶⁰.

Dentro dessa nova perspectiva, Posner abandona a verdade absoluta da eficiência para crer no ceticismo do pragmatismo. Em suas palavras, o pragmático deve guardar “o ceticismo diante de qualquer afirmação de confiança na obtenção da verdade final sobre qualquer coisa”¹⁶¹.

Contudo, em que pese mitigado, Posner¹⁶² mantém a importância do conceito de maximização da riqueza na concepção de justiça, “embora não seja feito nenhum esforço neste livro para defender a eficiência como o único critério que vale a pena de escolha social, o livro assume, e a maioria das pessoas provavelmente concordaria que é um critério importante”¹⁶³.

Para o Posner¹⁶⁴ pragmático:

O argumento mais forte para a maximização da riqueza não é moral, mas pragmático. [...] olhamos em todo o mundo e vemos que, em geral, as pessoas que vivem em sociedades nas quais os mercados podem funcionar mais ou menos livremente não só são mais ricas do que as pessoas em outras sociedades, mas têm mais direitos políticos, mais liberdade e dignidade, e são mais conteúdo [...] - para que a maximização da riqueza possa ser a rota mais direta para uma variedade de fins morais¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Quando ele pede que o direito se torne mais pragmática, significa que deve lidar menos com questões semânticas e metafísicas e mais com o factual e o empírico.

¹⁶⁰ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações**. Direito, Estado e Sociedade - v.9 - n.29 - p 49 a 68 - jul/dez 2006.

¹⁶¹ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009, p. 5.

¹⁶² Posner, Richard A., **Economic Analysis of Law**, 5th edn., New York, 1998, p. 13.

¹⁶³ “*Although no effort will be made in this book to defend efficiency as the only worthwhile criterion of social choice, the book does assume, and most people probably would agree, that it is an important criterion*”.

¹⁶⁴ Posner, Richard A., **The Problems of Jurisprudence**. Cambridge et al., 1990.

¹⁶⁵ *The strongest argument for wealth maximization is not moral, but pragmatic. [...] We look around the world and see that in general people who live in societies in which markets are allowed to function more or less freely not only are wealthier than people in other societies but have more political rights, more liberty and dignity, and are more content [...]—so that wealth maximization may be the most direct route to a variety of moral ends.*

Esse novo Posner defende que os economistas não podem reivindicar a competência para fazer julgamentos de valor definitivos. Eles devem iluminar os efeitos das políticas públicas sobre a eficiência no seu sentido econômico, entretanto, jamais devem dizer quanto peso atribuir a eficiência, embora possam orientar sobre a viabilidade de alcançar outros objetivos, como uma distribuição de renda mais igualitária, porquanto, em que pese não sendo um valor universal, a maximização da riqueza talvez seja a rota mais direta para uma variedade de fins morais¹⁶⁶.

Assim sendo, de uma forma mais holística, o trabalho de Posner nunca teve como objetivo debater o conceito em abstrato de justo, mas sim de criar um suporte teórico para a prolação de decisões judiciais melhores com o propósito de gerar mais credibilidade as instituições e com isso fomentar o desenvolvimento econômico-social. E foi exatamente isso que fez durante as quatro fases de sua carreira, com a pequena diferença de que esse “novo” Posner, apensar de continuar acreditando na eficiência, agora está aberto a novas investigações e vê nas teorias econômicas apenas uma ferramenta disposta a auxiliar o ser humano a controlar o ambiente físico e social no qual está inserido.

1.6 Justiça como função jurisdicional eficiente

Como citado inicialmente, não se pretende neste trabalho conceituar justiça pelo seu valor moral, como um dia, inclusive, se aventurou Posner. O objetivo aqui é outro, consiste em se chegar a um conceito dogmático-jurídico preciso que mais se encaixe ao termo “acesso à justiça efetivo”.

O fato é que que ambos os termos – acesso efetivo e Justiça eficiente – são faces da mesma moeda. Melhor dizendo, constituem conjuntamente um círculo virtuoso por meio do qual justiça eficiente garante acesso efetivo e acesso efetivo atende aos padrões de uma Justiça eficiente.

¹⁶⁶ MATHIS, Klaus, **Efficiency insted of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Switzerland: Springer, 2009.

Justamente por essa razão que a primeira atitude foi romper com as teorias subjetivas ou emotivas nas quais “todos os juízos morais não passam de expressões de preferência, expressões de sentimento ou atitudes, na medida que são de caráter moral ou valorativo”¹⁶⁷.

Assim sendo, a justiça que se pretende garantir não está na Filosofia, uma vez que, como já explicado, a batalha para se chegar a um conceito de justiça moral vem sendo travada durante séculos pelos mais respeitados filósofos sem, entretanto, qualquer possibilidade, mesmo que aparente, de sucesso.

Por óbvio que isso não se deve pelas limitações dos seus autores, mas sim pela insolubilidade do próprio problema. A questão do “dever ser” da justiça na qual se debruçam os filósofos há séculos, possui um grau tamanho de subjetividade que permite várias combinações e com elas justaposições, contradições e distorções.

Para Alasdair Macintyre¹⁶⁸, não existe na sociedade um meio racional de garantir concordância moral. Em suas palavras, “a característica mais marcante da expressão moral contemporânea é ser muito utilizada para expressar discordâncias; e a característica mais marcante dos debates que expressam essas discordâncias é seu caráter interminável”.

Ademais, essa forma de interpretar a justiça, emotiva, subjetiva e altruísta é incapaz de conceder um conceito consensual no âmbito jurídico. Assim sendo, pela perspectiva do presente estudo, se entende que para combater a morosidade do Poder Judiciário, a premissa de “justiça” que se pretende seguir não está em Bentham, Dworkin, Rawls e Sen.

Estaria, de outro lado, na objetividade de Posner? Nesse ponto, em que pese a teoria do norte-americano, consubstanciada na eficiência e alicerçada na análise objetiva de custo-benefício ser, ainda assim, uma justiça da moral, sua contribuição para o presente trabalho é salutar.

Isso porque, consoante as ideias de lá extraídas, se pode concluir que em termos de justiça não há qualquer justificativa moral ou ética para a implementação de uma política pública de acesso de forma a gerar desperdícios.

Com efeito, de toda a teoria de Posner, levar-se-á adiante o seu valor eficientista. E a esse valor somar-se-á o conceito de justiça ao qual se pretende garantir acesso, não filosófico, tampouco subjetivo, mas sim o de uma atividade exercida pelo Estado (Poder Judiciário) e

¹⁶⁷ MACINTYRE, Alasdair. **Depois da Virtude**. Tradução de Jussara Simões: revisão de Helder Bueno Aires de Carvalho. Bauru, SP: EDUSC, 2001, p. 30.

¹⁶⁸ MACINTYRE, Alasdair. **Depois da Virtude**. Tradução de Jussara Simões: revisão de Helder Bueno Aires de Carvalho. Bauru, SP: EDUSC, 2001, p.21.

vocacionada à composição da lide em um prazo razoável, sempre sopesando a gestão dos processos passados, presentes e futuros. Nas palavras de Caponi, “um serviço público destinado à composição das controvérsias segundo a Justiça”¹⁶⁹.

Na mesma direção se posicionam Márcia Carla e Rogério Rudiniki Neto¹⁷⁰:

Entende-se que o serviço jurisdicional deve ser visto como um serviço público, cuja prestação o Estado reservou para si em função de sua natureza e importância. Sendo um serviço público, exsurge o dever constitucional de prestação com eficiência (que deve ser entendida como a busca dos melhores resultados com o menor dispêndio possível de recursos).

Neste ponto, frisa-se a existência de entendimento o qual enquadra a jurisdição, assim como a legislação, dentro do conceito de função pública¹⁷¹ e não no de serviço público.

De qualquer sorte, a existência dessa sutil diferença conceitual nada reflete no raciocínio traçado no presente trabalho, de que a prestação do acesso à justiça, seja como serviço público, seja como função pública, deve obediência ao princípio constitucional da eficiência, isso porque, é certo que o Estado não está obrigado a atuar com eficiência apenas ao administrar, mas sim em todas as suas demais atividades.

Para Folloni “a Constituição impõe a necessidade de que o Estado se conduza com eficiência, também, ao exercer suas outras funções: ao levar a efeito a jurisdição, ao legislar e na persecução dos fins que pressupõem atividades por estas não abrangidas”¹⁷².

Pode-se concluir, então, que o princípio da eficiência administrativa possui uma conotação mais abrangente, significando, na verdade, nada menos do que uma “eficiência de Estado”. Logo, não há como acreditar que o Estado deva ser eficiente apenas ao administrar.

¹⁶⁹ CAPONI, Remo. **O princípio da proporcionalidade na justiça civil**: primeiras notas sistemáticas. Revista de Processo. v. 192, 2011, p. 398-399.

¹⁷⁰ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e RUDINIKI NETO, Rogério. **Uma análise da eficiência do Poder Judiciário com base no pensamento de Douglas North**. Quaestio Iuris: vol. 09, nº. 04, Rio de Janeiro, 2016. pp. 2025-2040, DOI: 10.12957/rqi.2016.22692, p. 2037.

¹⁷¹ Chegamos aqui ao terceiro Poder do Estado atribuído à União no Estado Federal brasileiro – o Poder Judiciário – que a Constituição organiza nos artigos 92 a 126. De passagem, já dissemos que os órgãos do Poder Judiciário têm por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto. Isso é o que se chama de função jurisdicional ou simplesmente jurisdição (SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 33ª edição, 2010, p. 553).

¹⁷² FOLLONI, André. YASBEK, Cristiano Lisboa. **Eficiência Tributária do Estado e Retorno de Bem-estar à Sociedade**, R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 11, n. 15, p.26-39, jan./dez. 2013, p. 33.

“São, portanto, passíveis de submissão ao ideal de eficiência também as funções judiciárias e legislativas”¹⁷³.

Assim sendo, fica evidente que a aplicabilidade desse valor constitucional efficientista à Justiça independe da divergência conceitual do termo, porquanto, qualquer que seja o quadrante ao qual a justiça é colocada, seja no de serviço público, seja no de função pública, deverá ser atendida.

É preciso construir o significado e a aplicabilidade desse novo princípio constitucional, o qual, para falar a verdade, não é imposto unicamente ao administrador público, mas de um modo geral a todo o sistema jurídico e aos seus operadores. E, muito apropriadamente, sustenta-se que a eficiência do sistema jurídico - aqui englobada também a eficiência da administração pública - há de ser conjugada a valores e ocupada de questões éticas e sociais, notadamente de caráter (re)distributivo da riqueza produzida no país¹⁷⁴.

Logo, a partir do momento em que a palavra justiça deixa de ser lida sob um viés valorativo filosófico e passa a ser interpretada dentro do acesso à justiça efetivo, se percebe que estar-se-á, em verdade, tratando da conjugação normativa entre dois princípios constitucionais, o da inafastabilidade¹⁷⁵ do Poder Judiciário e o da razoável duração no processo¹⁷⁶.

Assim sendo, toda vez que se falar aqui sobre acesso à justiça, leia-se “justiça” como sendo uma função estatal, uma atividade jurisdicional exercida exclusivamente pelo Estado para a satisfação de um interesse coletivo. Uma atividade reclamada pelo Estado a si, realizada de forma direta, e que pela sua natureza essencial e coletiva, se sujeita, obrigatoriamente, ao princípio da eficiência.

¹⁷³ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 18-19.

¹⁷⁴ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 258.

¹⁷⁵ Artigo 5º, XXXV, CF, A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

¹⁷⁶ Artigo 5º, LXXVIII, CF. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Como citado, a eficiência é hoje um princípio jurídico constitucional¹⁷⁷ que impõe à administração pública atuar de acordo com os seus preceitos, a fim de garantir uma boa prestação de serviços, de forma simples, rápida e econômica.

A importância deste princípio na implementação de políticas públicas pela Administração é tratada por Leonel Pires Ohlweiler¹⁷⁸:

As principais instâncias estratégicas dos governos, responsáveis pela elaboração das políticas públicas, vale mencionar, são preenchidas ao alvedrio dos administradores públicos, resultado de alianças partidárias e olvidando a questão da eficiência. Portanto, há um alto grau de interesses espúrios a alimentar a tomada de decisões, sequer articulando-se uma espécie de unidade de sentido administrativo para a elaboração dos planos de governo. Tal estado de coisas somente poderá ser superado com a construção de uma cultura de planificação, uma concepção na qual as ações administrativas sejam fruto do planejamento ponderado, bem como dotadas de força normativa.

Nesse passo, para que a jurisdição seja exercida de forma eficiente, Caponi aponta três fatores essenciais, o legislativo, o gerencial e o cultural. De acordo com o autor, primeiro fator se relaciona com a criação e aplicação da norma jurídica por meio da interdisciplinaridade e sob a ótica consequencialista. O segundo, vincula-se a gestão dos recursos financeiros e humanos do Poder Judiciário de forma a aloca-los de maneira eficiente. Por fim, o cultural, seria moldado a partir da atuação incisiva dos dois primeiros fatores na forma de incentivos¹⁷⁹.

Esses três fatores operando conjuntamente garantiriam, portanto, uma Justiça eficiente. E um Poder Judiciário eficiente e célere, teria credibilidade social, uma vez que atuaria em favor do crescimento econômico, transmitindo maior segurança ao mercado, previsibilidade, promovendo a competição, melhorando a alocação dos recursos e fomentando o desenvolvimento. Segundo Gico Jr., “a morosidade é um problema, que diminui a eficácia do judiciário enquanto mecanismo fomentador de cooperação e de desenvolvimento”¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Art. 37, CF. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

¹⁷⁸ OHLWEILER, Leonel Pires. **Políticas públicas e controle jurisdicional**: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Bennet. (orgs.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 335

¹⁷⁹ CAPONI, Remo. **O princípio da proporcionalidade na justiça civil**: primeiras notas sistemáticas. Revista de Processo. v. 192, 2011.

¹⁸⁰ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, DF, 2012, p.1.

Com efeito, o círculo virtuoso formado entre um acesso à justiça efetivo e uma justiça eficiente, passam a transmitir maior confiabilidade e previsibilidade ao mercado e, juntamente com isso, fomentam o desenvolvimento econômico-social.

Em sentido oposto, uma justiça ineficiente atuaria em prol dos litigantes inautênticos que encontram na morosidade do Poder Judiciário um aliado. Novamente nas palavras de Gico Jr., “A morosidade judicial desincentiva detentores de direitos a litigar e incentiva agentes interessados em postergar suas obrigações a utilizar o judiciário, o que é um problema de seleção adversa, ainda mais trágico que a simples morosidade”¹⁸¹.

E, portanto, chega-se ao conceito de justiça do presente trabalho e que se pretende garantir acesso: uma função do Estado, uma atividade jurisdicional e que por essa razão deve, obrigatoriamente, ser prestado de forma eficiente. Logo, toda vez que aqui se ler justiça, leia-se prestação de serviços judiciais, termo que se desprende da justiça subjetiva cuja única preocupação é com o resultado final e qualitativo da prestação jurisdicional e se liga, muito mais, com o meio pelo qual essa atividade será prestada.

1.7 Justiça eficiente, instituições e desenvolvimento

Seguindo a linha de raciocínio construída no tópico anterior, dar-se-á atenção, agora, aos fatores legislativo, gerencial e cultural, entendidos como facilitadores da eficiência da justiça enquanto função jurisdicional do Estado.

Quando se fala em legislação, gestão do Poder Judiciário e tendências culturais, estar-se-á, na verdade, falando em instituições. Conforme ensina Douglass North, um dos fundadores¹⁸² da economia institucional¹⁸³, as instituições são as regras do jogo responsáveis por ditar a vida em sociedade.

¹⁸¹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, DF, 2012, p.3.

¹⁸² Juntamente com Ronald Coase.

¹⁸³ Corrente que se concentra na compreensão dos efeitos das instituições no comportamento econômico. Enquanto a Escola de Chicago, encabeçada por Posner, parte do paradigma neoclássico de que o comportamento humano é norteado pela escolha racional, a Escola Institucional entende que a conduta humana é norteada pelas instituições.

Em suas palavras¹⁸⁴:

As instituições são as regras do jogo em uma sociedade ou, mais formalmente, são as restrições humanamente concebidas que moldam a interação humana. Em consequência, eles estruturam os incentivos no intercâmbio humano, seja político, social ou econômico. A mudança institucional molda a forma como as sociedades evoluem através do tempo e, portanto, é a chave para a compreensão da mudança histórica¹⁸⁵.

De acordo com North, o comportamento humano é moldado pelas instituições, composições políticas, sociais ou jurídicas, humanamente projetadas, que formam as estruturas de incentivos de uma sociedade e que, por essa natureza, determinam o seu desenvolvimento. São, portanto, formas de restrições ou de incentivos humanamente constituídos que atuam diretamente na vontade dos indivíduos. Podem ser classificadas em formais, criadas pela ação direta do homem, como a legislação, ou informais, que evoluem ao longo do tempo, como os códigos culturais de comportamento¹⁸⁶.

Para os institucionalistas, as mudanças institucionais durante a história são responsáveis por forjar as próprias sociedades. Logo, as instituições constituem a chave mestra para entender os seus êxitos e fracassos durante o tempo. De acordo com essa corrente, desde que o homem começou a se organizar em grupos, o sucesso das mais diversas sociedades tem sido essencialmente medido pela capacidade de organização, melhor dizendo, pela capacidade de criar e impor arranjos institucionais a grande maioria dos seus membros¹⁸⁷. Isso porque, desde as sociedades pré-agrícolas¹⁸⁸ até a moderna, o homem não

¹⁸⁴ NORTH, Douglas C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p.3.

¹⁸⁵ *Institutions are the rules of the game in a society or, more formally, are the humanly devised constraints that shape human interaction. In consequence they structure incentives in human exchange, whether political, social, or economic. Institutional change shapes the way societies evolve through time and hence is the key to understanding historical change.*

¹⁸⁶ GONÇALVES, Oksandro Osdival e MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro. **Análise econômica do controle judicial dos contratos de concessão e sua importância para o desenvolvimento**, 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p73.pdf>. Acesso em: em 23 de dezembro de 2017.

¹⁸⁷ NORTH, Douglas C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

¹⁸⁸ O punhado de milênios separando a Revolução Agrícola do surgimento de cidades, reinos e impérios não foi tempo suficiente para possibilitar o desenvolvimento de um instinto de cooperação em massa. Apesar da ausência de tais instintos biológicos, durante a era dos caçadores-coletores centenas de estranhos foram capazes de operar graças a seus mitos partilhados. No entanto, essa cooperação era frouxa e limitada. Todos os bandos de sapiens continuavam a tocar a vida de maneira independente e a satisfazer a maior parte de suas próprias necessidades. Um sociólogo arcaico vivendo há 20 mil anos, sem conhecimento o do que aconteceria após a Revolução Agrícola, poderia muito bem ter concluído que a mitologia tem um escopo um tanto limitado.

parou de criar e desenvolver formas de facilitar a vida em coletividade, ou seja, formas de fazer com que a sociedade progrida e desenvolva. E tais formas se encontram, justamente, nas instituições.

Nas palavras de North¹⁸⁹:

Conforme definido aqui, elas são, portanto, o quadro dentro do qual a interação humana ocorre. Elas são perfeitamente análogas às regras do jogo em um esporte de equipe competitivo. Ou seja, elas consistem em regras escritas formais, bem como códigos de conduta tipicamente não escritos que subjazem e complementam regras formais, como não ferir deliberadamente um jogador-chave na equipe adversária. E, como essa analogia implicaria, as regras e os códigos informais às vezes são violados e a punição é decretada. Portanto, uma parte essencial do funcionamento das instituições é o custo de verificar as violações e a gravidade da punição¹⁹⁰.

Com efeito, o papel essencial das instituições se resume na redução das incertezas a partir da criação e do monitoramento das regras em prol do desenvolvimento da sociedade na qual estão inseridas, atingindo, conseqüentemente, a eficiência dos arranjos sociais.

Entretanto, importante destacar que nem sempre elas são exitosas. Segundo Márcia Carla e Rudiniki Neto, “o baixo desenvolvimento econômico de determinado país pode ser explicado pela persistência de um quadro institucional que gera a ineficiência”¹⁹¹, e instituições ineficientes podem causar o declínio de uma sociedade inteira, posto que tendem a não fornecer a segurança necessária para que interações econômicas ocorram, razão pela qual precisam ser combatidas e modificadas.

Histórias sobre espíritos ancestrais e totens tribais tinham influência suficiente para fazer com que 500 pessoas usassem conchas como moeda, celebrassem uma festividade ocasional e unissem forças para exterminar um bando de neandertais – mas não mais do que isso. A mitologia, o antigo sociólogo teria pensado, não teria como convencer milhões de estranhos a cooperarem diariamente. Mas isso se mostrou um engano. Os mitos, como se veio a saber, são mais influentes do que qualquer um poderia ter imaginado. Quando a Revolução Agrícola criou oportunidades para a criação de cidades populosas e impérios poderosos, as pessoas inventaram histórias sobre grande deuses, pátrias-mães e empresas de capital aberto para fornecer os elos sociais necessários. Enquanto a evolução humana estava rastejando no seu usual ritmo de tartaruga, a imaginação humana estava construindo redes impressionantes de cooperação em massa, diferentes de qualquer outra já vista (HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**, uma breve história da humanidade. Rio de Janeiro: L&PM Editores, 2017, p.111-112).

¹⁸⁹ NORTH, Douglas C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p.4.

¹⁹⁰ *As defined here, they therefore are the framework within which human interaction takes place. They are perfectly analogous to the rules of the game in a competitive team sport. That is, they consist of formal written rules as well as typically unwritten codes of conduct that underlie and supplement formal rules, such as not deliberately injuring a key player on the opposing team. And as this analogy would imply, the rules and informal codes are sometimes violated and punishment is enacted. Therefore, an essential part of the functioning of institutions is the costliness of ascertaining violations and the severity of punishment.*

¹⁹¹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e RUDINIKI NETO, Rogério. Uma análise da eficiência do Poder Judiciário com base no pensamento de Douglas North. *Quaestio Iuris*: vol. 09, nº. 04, Rio de Janeiro, 2016. pp. 2025-2040 DOI: 10.12957/rqi.2016.22692, p. 2037, p. 2033.

Assim sendo, a partir da ideia de que a função precípua das instituições é a de fornecer previsibilidade, definindo claramente as regras do jogo e os benefícios e punições aos que atuarem dentro ou fora do que foi previamente estabelecido, elas não só podem, como devem ser aprimoradas com o propósito de alavancar o desenvolvimento¹⁹².

As mudanças na margem podem ser tão lentas e de caráter glacial que devemos voltar como historiadores para percebê-las, embora vivamos em um mundo onde a rapidez da mudança institucional é muito aparente. A mudança institucional é um processo complicado porque as mudanças na margem podem ser consequência das mudanças nas regras, nas restrições informais e nos tipos e eficácia da execução. Além disso, as instituições geralmente mudam de forma incremental e não de forma descontínua. Como e por que eles mudam de forma incremental e porque, mesmo as mudanças descontínuas (como a revolução e a conquista) nunca são completamente descontínuas, são resultado da imbricação de restrições informais nas sociedades. Embora as regras formais possam mudar durante a noite como resultado de decisões políticas ou judiciais, as restrições informais incorporadas em costumes, tradições e códigos de conduta são muito mais impermeáveis a políticas deliberadas. Essas restrições culturais não só conectam o passado com o presente e o futuro, mas nos fornecem uma chave para explicar o caminho da mudança histórica.^{193 194}

Aqui se pode extrair um ponto fundamental no qual se sustenta a teoria de North. Diferentemente dos autores neoclássicos¹⁹⁵, que partem da interação entre escolha racional dos agentes econômicos, da escassez dos recursos e da livre concorrência como fonte geradora de eficiência ao mercado¹⁹⁶, para os institucionalistas, como North, o modelo

¹⁹² GONÇALVES, Oksandro Osdival e SCHMIDT, Albano Francisco. **Os Gastos do Governo Federal na Área da Educação entre 2009-2014: uma análise econômica**, Anais do Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea da UNISC. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13085> Acesso em: 21/01/18 às 12:00

¹⁹³ *The changes at the margin may be so slow and glacial in character that we have to stand back as historians to perceive them, although we live in a world where the rapidity of institutional change is very apparent. Institutional change is a complicated process because the changes at the margin can be a consequence of changes in rules, in informal constraints, and in kinds and effectiveness of enforcement. Moreover, institutions typically change incrementally rather than in discontinuous fashion. How and why they change incrementally and why even discontinuous changes (such as revolution and conquest) are never completely discontinuous are a result of the imbedded ness of informal constraints in societies. Although formal rules may change overnight as the result of political or judicial decisions, informal constraints embodied in customs, traditions, and codes of conduct are much more impervious to deliberate policies. These cultural constraints not only connect the past with the present and future, but provide us with a key to explaining the path of historical change..*

¹⁹⁴ NORTH, Douglas C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 6.

¹⁹⁵ Importante frisar que o presente estudo não será desenvolvido unicamente a partir das premissas da escola institucional em detrimento da escola neoclássica. Ambas as teorias serão levadas em consideração dependendo do objeto a ser estudado, porquanto se entende que não são exclusivas. Conforme se verá adiante, a litigância será estudada sob a ótica da escola neoclássica.

¹⁹⁶ A presença de escassez geraria concorrência; esta, a seu turno, premiaria as instituições eficientes e eliminaria, no longo prazo, instituições incapazes de satisfazer plenamente as necessidades humanas. A racionalidade dos agentes econômicos, selecionados pela concorrência, cumulada com forte retorno (feedback) informacional e a arbitragem nos mercados competitivos, seriam suficientes para corrigir eventuais

neoclássico é incompleto uma vez que desconsidera totalmente o papel das instituições, formais e informais, como uma variável dessa interação e que, por isso, não consegue explicar satisfatoriamente a realidade, sobretudo, em sociedades ainda em desenvolvimento.

Os institucionalistas não rejeitam a eficiência como um parâmetro a ser considerado. Todavia, afastam a sua adoção como único. A justificativa para essa postura parte da percepção de que a atividade econômica não pode ser compreendida como um fenômeno natural, mas sim como uma estrutura que emerge de direitos já existentes na sociedade. Assim, como a eficiência alocativa é fruto dessa particular estrutura já pré-estabelecida, afirmar que esse é o critério que deva determinar os direitos torna esse raciocínio circular e inconsistente¹⁹⁷.

Assim sendo, para os institucionalistas, apenas as premissas da escolha racional, escassez e concorrência não são responsáveis por eliminar as ineficiências do mercado¹⁹⁸. De acordo com essa corrente, impossível olvidar também o papel das instituições como fonte modeladora do comportamento dos agentes econômicos. Com efeito, para North, são as instituições eficientes que ao logo da história elevam o desenvolvimento de um país, termo esse compreendido dentro do seu conceito mais amplo, qual seja, de um processo dinâmico de mudanças, capaz de conduzir a ruptura de uma estrutura social a outra mais elevada.

Essa ruptura desenvolvimentista, segundo North, ocorreria na passagem de uma ordem social de acesso limitado, para uma ordem de acesso aberto, cujas diferenças cruciais estariam na competição, na existência de livres interações e no aumento dos intercâmbios mercadológicas¹⁹⁹.

comportamentos desviantes (ineficientes) e superar atritos (GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, DF, 2012, p.7).

¹⁹⁷ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira, AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. **Economia Institucional e Nova Economia**. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius (Cordenadores). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 129.

¹⁹⁸ Em *Estrutura e Mudança na História Econômica* (North, 1981) abandonei a visão de eficiência das instituições. Os governantes criaram direitos de propriedade em seus próprios interesses e os custos de transação resultaram em direitos de propriedade tipicamente ineficientes prevalentes. Como resultado, foi possível explicar a existência generalizada de direitos de propriedade ao longo da história e no presente que não produziu crescimento econômico. Nesse estudo, levantei a questão colocada pelo argumento evolutivo de Alehian, mas não tive resposta. Foi possível explicar a existência de instituições ineficientes, mas por que as pressões competitivas não levariam a sua eliminação? Os empresários políticos nas economias estagnadas não poderiam imitar rapidamente as políticas dos mais bem-sucedidos? Como podemos explicar o desempenho radicalmente diferenciado das economias em longos períodos de tempo? (NORTH, Douglas C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p.6. Tradução livre).

¹⁹⁹ NORTH, Douglas. **Limited Access Orders in the Developing World**: A New Approach to the Problems of Development. The World Bank Independent Evaluation Group Country Relations Division September 2007.

Nessa toada, cotejando a teoria de North com o conceito de justiça cunhado neste trabalho, se conclui que a eficiência do Poder Judiciário está diretamente ligada aos bons arranjos institucionais legislativos, gerenciais e culturais.

Isso porque, leis criadas, interpretadas e aplicadas de forma interdisciplinar e norteadas pelos vieses pragmático e consequencialista da Economia, atuam ativamente dentro desse cenário de judicialização excessiva em prol da eficiência do Poder Judiciário.

Nesses casos, as cortes influenciam diretamente a atividade econômica. Desse modo, seria aparentemente desejável que as cortes tivessem os deveres de compreender as consequências econômicas de suas decisões e, na medida em que isso fosse possível sem que se criasse muita incerteza acerca do próprio comando da ordem jurídica, de levar em conta tais consequências ao exercerem sua competência decisória. Ainda quando se faz possível alterar a delimitação legal de direitos através das transações no mercado, é obviamente desejável reduzir a necessidade de tais transações e, assim, reduzir o emprego de recursos em sua realização²⁰⁰.

Além disso, o gerenciamento correto dos recursos humanos e financeiros por parte da instituição Poder Judiciário, de forma a obter a maior produção possível com o menor uso dos recursos disponíveis, igualmente colocaria a Justiça nos trilhos da eficiência.

Por fim, uma mudança cultural também se faz necessária. Retomando as palavras de Teori Zavascki²⁰¹, não basta haver leis no Brasil, “é preciso que haja também uma mudança de cultura, uma séria tomada de consciência, inclusive pelos representantes judiciais das partes – defensores públicos, advogados públicos e privados, ministério público” no sentido de que a universalização do acesso antes de garantir justiça, contribuirá ainda mais para a inviabilização do sistema de Justiça.

Como já citado, as instituições formais são muito mais maleáveis, porquanto podem ser alteradas de forma abrupta por meio da promulgação de uma lei ou implementação de uma política pública, por exemplo. De outro lado, as transformações das instituições informais, como é o caso da cultura de determinada sociedade, tendem a ser lentas e, até certa medida, imprevisíveis.

Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/906591468315558892/pdf/WPS4359.pdf>>. Acesso em: 29 de abril de 2018.

²⁰⁰ COASE. Ronald H., **O Problema do Custo Social**, *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, Vol. 3, Article 9, 2008 e MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Switzerland: Springer, 2009, p. 5.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 729.870**. Rio de Janeiro. Relator Ministro Teori Zavascki. 08/10/2013.

E, portanto, a mudança da cultura da litigiosidade no Brasil poderia ser repelida paulatinamente por meio da atuação ativa das instituições formais²⁰², a partir da aplicação de incentivos e punições aptos a moldar, mesmo que lentamente, o comportamento da sociedade.

Como bem ponderam os institucionalistas, a ineficiência do Poder Judiciário não traduz apenas injustiças contra os que dependem diretamente do sistema, mas também reflete o baixo desenvolvimento do país.

Sobre o tema, o Banco Mundial ao abordar os problemas do Poder Judiciário da América Latina e do Caribe concluiu que:

A economia de mercado demanda um sistema jurídico eficaz para governos e o setor privado, visando solver os conflitos e organizar as relações sociais. Ao passo que os mercados se tornam mais abertos e abrangentes, e as transações mais complexas as instituições jurídicas formais e imparciais são de fundamental importância. Sem estas instituições, o desenvolvimento no setor privado e modernização do setor público não será completo. Similarmente, estas instituições contribuem com a eficiência econômica e promove o crescimento econômico, que por sua vez, diminui a pobreza. A reforma do judiciário deve especialmente ser considerada em conjunto quando contempla qualquer reforma legal, uma vez que sem um judiciário funcional, as leis não podem ser garantidas de forma eficaz. Com resultado, uma reforma racional do Judiciário pode ter um tremendo impacto no processo de modernização do Estado dando uma importante contribuição ao desenvolvimento global²⁰³.

Portanto, dentro do cenário atual, de crise e superutilização do Poder Judiciário, no qual a justiça tardia é responsável por provocar injustiças diárias e, muitas das vezes, irreversíveis, se conclui que a promoção da eficiência na criação e aplicação da norma, conjuntamente com a gestão adequada dos recursos do Poder Judiciário e uma mudança cultural, são fatores essenciais para que se consiga chegar a eficiência da Justiça no Brasil e, conseqüentemente, à efetividade do acesso à justiça.

²⁰² Neste ponto, destaca-se a Lei Brasileira Antifumo 12.546/11, que proíbe, por exemplo, fumar em locais totalmente ou parcialmente fechados e que lentamente vem mudando os hábitos dos brasileiros. No período entre 1990 e 2015, a porcentagem de fumantes diários no País caiu de 29% para 12% entre homens e de 19% para 8% entre mulheres. Em que pese o país ainda ocupar o oitavo lugar no ranking de número absoluto de fumantes (7,1 milhões de mulheres e 11,1 milhões de homens), a redução coloca o País entre os campeões de quedas do volume de pessoas que consomem tabaco (Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2017/04/Numero-de-fumantes-no-pais-diminuiu-nos-ultimos-25-anos>>. Acesso em: 28 de janeiro de 2018.

²⁰³ DAKOLIAS, Maria. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe Elementos para Reforma**. Banco Mundial. Washington, D.C. Tradução: Sandro Eduardo Sardá. 1996. Disponível em: <http://www.sitraemg.org.br/post_type_artigo/conheca-o-documento-319-do-banco-mundial/>. Acesso em: 29 de abril de 2018.

1.8 Justiça eficiente: critérios balizadores

Ciente do conceito de acesso e de justiça que se pretende garantir e da importância das instituições para sua consolidação, agora se faz necessário definir os critérios balizadores aptos a mensurar a eficiência da justiça.

Para essa tarefa se entende que o método *Data Envelopment Analysis* (DEA) seja o mais adequado. Originalmente concebido por Charnes, Cooper e Banker²⁰⁴, ele se propõe aferir a capacidade de uma determinada unidade transformar recursos em produtos e por essa razão consegue calcular a eficiência de unidades de produção.

De acordo com Martins Botelho²⁰⁵, a metodologia *Data Envelopment Analysis* consiste no “conjunto teórico não-paramétrico que busca construir as fronteiras de eficiência por meio da base teórica algébrica da programação linear, sendo desnecessária a especificação de relações em forma de função matemática, entre as variáveis insumo e produto utilizados”.

Os modelos DEA clássicos são o CCR (CHARNES, COOPER e RHODES, 1978) e o BCC (BANKER, CHARNES e COOPER, 1984). O modelo CCR, apresentado originalmente por Charnes et al. (1978), constrói uma superfície linear por partes não paramétrica, envolvendo os dados e trabalhando com retornos constantes de escala, isto é, qualquer variação nas entradas (inputs) produz variação proporcional nas saídas (outputs). Esse modelo também é conhecido por Constant Returns to Scale (CRS). O modelo BCC, apresentado por Banker et al. (1984), considera retornos variáveis de escala, isto é, substitui o axioma da proporcionalidade entre inputs e outputs pelo axioma da convexidade. Por isso, esse modelo também é conhecido como Variable Returns to Scale (VRS). Ao tratar a fronteira de produção de forma convexa, o modelo BCC permite que as unidades que operam com baixos valores de inputs tenham retornos crescentes de escala, enquanto as que operam com altos valores de inputs tenham retornos decrescentes de escala²⁰⁶.

²⁰⁴ Ver mais em: CHARNES, Abraham; COOPER, William W.; RHODES, Edwardo L. **Measuring the efficiency of decision-making units**, European Journal of Operational Research, 1978, v. 2, p. 429-444.

²⁰⁵ BOTELHO, Martinho Martins. **A eficiência judicial da justiça comum estadual no Brasil: uma análise jurimétrica pelo método DEA**. Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, e-ISSN:2525-9814|Brasília|v.2|n.1|p.92-110|Jan/Jun. 2016, p.99.

²⁰⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2017.

Yeung e Azevedo²⁰⁷, ponderam que esse método “apresenta muitas vantagens em relação a outros métodos tradicionais em economia. Primeiro, há pouca confiança em que podemos modelar com precisão a função de produção em alguns setores, como o Judiciário.”²⁰⁸ Além disso:

A DEA difere da maioria dos modelos paramétricos de forma significativa, uma vez que não assume conhecimento direto a priori da função de produção. No entanto, é consistente com os princípios da teoria microeconômica da empresa, uma vez que inclui a maioria dos seus elementos²⁰⁹.

Assim, o DEA se diferencia de outras ferramentas também porque possibilita a inclusão de múltiplos fatores de produção, chamados de *inputs*, tais quais os recursos financeiros e humanos, bem como múltiplos produtos, chamados de *outputs*, para se chegar a um único critério de eficiência²¹⁰.

Não à toa, o CNJ já vem se valendo há algum tempo deste método²¹¹ para analisar a eficiência dos tribunais brasileiros e se chegar ao Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus). O processo parte da categorização de *inputs* exógenas, não controláveis, relativas a própria demanda judicial e endógenas, controláveis, como os recursos humanos e financeiros. Já, quanto ao *output*, considera a variável total de processos baixados, ou seja, fluxo de saída dos processos do Judiciário sob a perspectiva do jurisdicionado que aguarda a resolução do conflito²¹².

Esse método permite comparações entre tribunais do mesmo ramo de Justiça, independentemente do porte, pois considera o que foi produzido a partir dos recursos ou insumos disponíveis para cada tribunal. A respeito dos insumos, o índice agrega informações de litigiosidade, como, por exemplo, o número de processos que

²⁰⁷ YEUNG, Luciana Luk-Tai; AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Beyond conventional wisdom and anecdotal evidence: measuring efficiency of brazilian courts.** In: ANNUAL CONFERENCE OF THE INTERNATIONAL SOCIETY FOR NEW INSTITUTIONAL ECONOMICS, 13, 2009, p. 16, Berkeley. Papers. Berkeley: University of California, 2009. Disponível em: <https://extranet.sioe.org/uploads/isnie2009/yeung_azevedo.pdf>. Acesso em: 27 de janeiro de 2018.

²⁰⁸ *Presents many advantages over other traditional methods in economics. First, there is little confidence that we can accurately model the production function in some sectors, such as the Judiciary.*

²⁰⁹ *DEA differs to most parametric models in a significant manner, since it does not assume direct a priori knowledge of the production function. Yet, it is consistent with the principles of microeconomic theory of the firm, since it includes most of its elements.*

²¹⁰ BOTELHO, Martinho Martins. **A eficiência judicial da justiça comum estadual no Brasil: uma análise jurimétrica pelo método DEA.** Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, e-ISSN:2525-9814|Brasília|v.2|n.1|p.92-110|Jan/Jun. 2016.

²¹¹ DEA-CRR

²¹² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números.** 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2017.

tramitaram no período, bem como de recursos humanos (magistrados, servidores efetivos, comissionados e ingressados por meio de requisição ou cessão) e de recursos financeiros (despesa total da Justiça excluídas as despesas com inativos e com projetos de construção e obras).

Como produto, o índice avalia a quantidade de processos baixados. A aplicação do modelo DEA tem por resultado um percentual que varia de 0 (zero) a 100%, sendo essa a medida de eficiência do tribunal, denominada por IPC-Jus. Quanto maior seu valor, melhor o desempenho da unidade, significando que ela foi capaz de produzir mais, com menos recursos disponíveis. Os tribunais com melhor resultado, considerados eficientes, se tornam a referência do ramo de Justiça. Os outros tribunais, por sua vez, são comparados aos mais semelhantes a eles, de forma ponderada. Portanto, o IPC-Jus do tribunal será a razão entre seu desempenho e o quanto ele deveria ter produzido para atingir 100% de eficiência²¹³.

Com efeito, o IPC-Jus, índice responsável por medir a eficiência da Justiça brasileira, é construído a partir do método DEA e do tratamento de 810 variáveis (*inputs* e *outputs*) ajustadas e posteriormente transformadas em indicadores. O método analisa o que foi de fato produzido *output* levando em consideração os recursos disponíveis *inputs* de cada tribunal. Assim se chega a um percentual que varia de 0 a 100%, revelando que quanto maior o valor, mais eficiente foi o tribunal, porquanto conseguiu produzir mais (em baixa de processo) com menos (de pessoal, processo e despesas), regra basilar da eficiência econômica.

Nesse processo, a baixa ideal de um tribunal não sinaliza a sua eficiência completa, mas sim que foi capaz de baixar mais processos quando comparado com os demais levando em consideração os recursos disponíveis. Em outras palavras, os tribunais com melhor resultado são colocados na linha de fronteira e, por consequência, passam a ser considerados eficientes e a espelhar os demais que, por sua vez, são comparados com os paradigmas mais semelhantes de forma ponderada. E, portanto, O IPC-Jus do tribunal é simplesmente a proporção do que ele conseguiu produzir em relação à proporção do que ele deveria ter produzido para atingir 100% de eficiência²¹⁴.

Apesar do índice deixar de lado ainda critérios importantes, tal qual a qualidade das decisões judiciais, sem sombra de dúvidas representa a melhor ferramenta disponível hoje para aferir a eficiência da Justiça no Brasil.

²¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. 2017, p. 142. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2017.

²¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2017.

1.9 Considerações finais

O primeiro capítulo se ocupou em discorrer acerca da importância da mudança de paradigma do acesso à justiça, especialmente diante do cenário atual no qual a baixa efetividade do Poder Judiciário é colocada em pauta e o fenômeno da litigância inautêntica, fruto da elevação desse direito a uma garantia fundamental e universal, começa a ser analisado como uma das fontes causadoras dessa crise, ponto que toca a efetividade do acesso e a eficiência da Justiça.

A partir da interdisciplinaridade e do diálogo entre os valores do Direito e o pragmatismo da Economia, se concluiu que o estudo do acesso à justiça na atualidade exige a superação da visão tradicional de acesso aos tribunais e a compreensão de que o efetivo acesso à justiça passa, também, pelo tempo no qual a prestação jurisdicional é concedida.

Nesse ponto, se reconheceu que as facilidades com que se chega ao Poder Judiciário hoje dão azo a comportamentos oportunistas, que retroalimentam um sistema de ineficiência formado pela universalização do direito de acesso, abuso do direito de ação e superutilização da Justiça.

Sem embargo, se espera ter ficado claro que o presente estudo tem ciência de que o fenômeno da universalização do acesso à justiça também contribuiu para o desenvolvimento social e não pode ser visto unicamente pelo viés negativo. Se espera ter ficado claro, também, que o presente estudo tem ciência de que existem outros fatores que contribuem para a inefetividade do acesso e ineficiência da Justiça que apenas o abuso do direito de ação, mas que pela delimitação do tema não se pode ou não se foi necessário adentrar.

Ocorre, entretanto, que apesar de não ser o único problema e talvez nem o maior deles, não há como descartá-lo, sobretudo diante do cenário atual no qual o Poder Judiciário se encontra, que como já destacado, sinaliza uma Justiça pouco eficiente, morosa, ineficaz e pouco efetiva.

E, portanto, ciente do problema (morosidade do Poder Judiciário), de uma de suas causas (superutilização do sistema por demandas inautênticas) e dos benefícios decorrentes da sua reversão (resgate do respeito da sociedade, segurança jurídica, desenvolvimento etc.), bem



como consciente das limitações de recursos do Poder Judiciário, que o presente capítulo conclui que somente a partir da restrição do acesso à justiça é que se conseguirá garantir um acesso efetivo e que, por isso, justo.



2 LITIGÂNCIA DESNECESSÁRIA E FRÍVOLA

Uma vez justificada a restrição, o segundo capítulo se concentrará nas condutas e comportamentos dos litigantes que serão alvos de limitações. Para tanto, buscar-se-á apoio na Economia, sobretudo na ferramenta da Análise Econômica do Direito, justamente com o propósito de compreender os comportamentos abusivos dos queixosos, cujas ações inautênticas serão a partir de agora separadas entre desnecessárias e frívolas.

De qualquer sorte, convém deixar claro que não se defenderá uma limitação infundada ou que atue na contramão do direito fundamental do acesso à justiça, pelo contrário, o que será proposto é uma restrição que potencialize esse direito e que lhe garanta efetividade. Melhor dizendo, que o acesso à justiça seja garantido àqueles que de fato necessitam da intervenção do Poder Judiciário e que as suas restrições sejam aplicadas aos que, ao contrário, não necessitam.

Nesse passo, como afirmado no capítulo anterior, as ondas renovatórias concebidas a partir do trabalho de Cappelletti e Garth²¹⁵ foram responsáveis por derrubar as barreiras existentes entre os jurisdicionados e a Justiça.

Ocorre que essa derrocada, especialmente no que concerne ao acesso à porta de entrada do Poder Judiciário, impulsionou não somente a propositura de demandas legítimas, mas também de ações inautênticas: desnecessárias ou frívolas.

Por essa razão que se entende que o presente estudo é salutar. Isso porque, uma melhor compreensão da litigância inautêntica tão pouco estudada pelos operadores do Direito pode conduzir ao equacionamento da ineficiência da justiça e inefetividade do acesso.

E a compreensão desse fenômeno será realizada por meio da Análise Econômica do Direito (AED). Mister, porém, introduzir antes a sua metodologia.

2.1 Análise econômica do direito

²¹⁵ Ver mais em: CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

O Direito não está mais sozinho. O tradicional modelo jurídico fechado, projetado sob a premissa do ideal iluminista da racionalidade científica, que depositou no Direito a expectativa de obter respostas para todos os problemas sociais de forma universal e autossuficiente, foi incapaz de atender aos anseios de uma sociedade cada vez mais complexa. Isso porque, esse método de especialização e direcionamento do conhecimento, estritamente reducionista e conceitual, na verdade, acabou por distanciar o Direito da sociedade²¹⁶.

Nas palavras de Posner²¹⁷, no final do século dezanove, a ideia que se tinha sobre o Direito era estritamente formalista, “pensava-se que o Direito, como a matemática, referia-se a relação entre conceitos, e não relação entre este e a realidade”, criando uma postura xenofóbica e hermética responsável por eliminar qualquer diálogo entre o Direito e as outras ciências²¹⁸, o que justifica, inclusive, as palavras do economista George Stigler²¹⁹:

Se a eficiência é o problema fundamental dos economistas, a justiça é o farol de professores de direito. [...] A diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, todo o comportamento racional) e uma disciplina que busca alcançar a justiça na regulação de todos os aspectos do comportamento humano é profunda. Esta diferença significa que, basicamente, o economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam línguas diferente²²⁰.

É notória também a aversão que Keynes, um dos mais renomados economistas britânicos, tinha por advogados. Certa vez, inclusive, chegou a afirmar que os advogados seriam os únicos na face da Terra que transformavam a poesia em prosa e a prosa em jargão²²¹.

Segundo a professora argentina Viviana Kluger²²², parte desse divórcio se justificava “porque do campo jurídico a economia geralmente é vista como desconfiança, uma vez que essas relações são percebidas como assimétricas, nas quais a lei está subordinada à

²¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

²¹⁷ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 1.

²¹⁸ GICO JR, Ivo in TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo. Editora Atlas, 2014.

²¹⁹ Stigler, George, J. **Law or economics?** *The Journal of Law and Economics*, vol. 35, no. 2, p. 455-468, October 1992, p. 463.

²²⁰ *If efficiency is the fundamental problem of economists, justice is the guiding beacon of law professors.[...] The difference between a discipline that seeks to explain economic life (and, indeed, all rational behavior) and a discipline that seeks to achieve justice in regulating all aspects of human behavior is profound. This difference means that, basically, the economist and the lawyer live in different worlds and speak different languages..*

²²¹ SADDI, Jairo e PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

²²² KLUGER, Viviana. **Análisis Económico del Derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 2006, p. 7.

economia”²²³, e justamente em razão dessa desconfiança apontada acima que os juristas têm dificuldade, até os dias de hoje, de implementar um instrumento analítico robusto capaz de descrever a realidade na qual estão inseridos, bem como de prever as consequências da implementação de determinada norma jurídica²²⁴.

Ocorre que diante da hipercomplexidade das novas relações sociais, o Direito se viu obrigado a ir para além do Direito, com o propósito de atender, de forma satisfatória, aos anseios oriundos dessa sociedade cada vez mais complexa. Por consequência, este começou a buscar respostas na Sociologia, Antropologia, Economia, Ciência Política, Psicologia etc.

E, em que pese as disciplinas Direito e Economia terem objetivos e objetos de estudos distintos, uma vez que a primeira está focada na justiça e se ocupa em regular a conduta humana do ponto de vista do que é proibido, permitido e obrigatório e a segunda está preocupada com a eficiência e se ocupa das atividades de troca de valores ou coisas, ambas se conectam pelo simples fato de que o homem em boa parte de suas ações se vê dividido entre os deveres jurídicos e as necessidades materiais²²⁵.

Com efeito, diante da necessidade do Direito dar respostas para além do Direito, o diálogo com a Economia, antes incipiente, começa a produzir os mais variados frutos, dentre os quais se sobressai a Análise Econômica do Direito (AED) ou *Law and Economics*, ferramenta interdisciplinar que se vale de preceitos do Direito e da Economia para auxiliar na compreensão de fenômenos sociais, contribuindo, conseqüentemente, para o alcance de soluções mais eficientes para os problemas de um mundo cada vez mais complexo.

O movimento mais importante e responsável por consolidar o Direito e Economia como disciplina autônoma iniciou na Universidade de Chicago, com a criação em 1958 da revista *Journal of Law and Economics*, até culminar no grande marco dessa incursão com a publicação, dois anos depois, do trabalho de Ronald Coase (1910-2013), *The Problem of Social Cost*²²⁶ (1961). O Trabalho de Coase, que lhe valeu o prêmio Nobel em 1991, sobre o custo de transação, conjuntamente com o *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of*

²²³ "Porque desde el campo jurídico suele verse a la Economía com desconfianza, debido a que se perciben estas relaciones como assimétricas, en las que el Derecho está subordinado a la Economía".

²²⁴ GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. **Análise Econômica e Direito Comparado**. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, p. 1-33, 2014.

²²⁵ GONÇALVES, Oksandro Osdival e MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro. **Análise econômica do controle judicial dos contratos de concessão e sua importância para o desenvolvimento**, 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p73.pdf>. Acesso em: 23 de dezembro de 2017.

²²⁶ COASE. Ronald H. **The Problem of Social Cost**. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960.

*Torts*²²⁷ (1961), de Guido Calabresi (1932), publicado no *Yale Law Journal*, são considerados a gênese do movimento *Law and Economic*.

Enquanto Coase despontou nos Estados Unidos falando sobre externalidades e a dicotomia entre custo social e privado (Teorema de Coase²²⁸), Calabresi, por sua vez, se destacou na Europa se valendo da Economia como método de examinar e investigar a norma, em especial, como forma de analisar as alocações de riscos em leis de delitos contrários ao princípio legal da culpa²²⁹.

Com isso, a AED ganha corpo e repercussão para além dos Estados Unidos. A real percepção ocorreu em 1972, com o trabalho *Economic Analysis of Law*²³⁰ do autor que vai dominar o movimento até os dias de hoje, Richard A. Posner (1939).

A saber, Richard Posner é, sem sobra de dúvidas, o maior expoente da AED. Tido como um crítico contumaz da prática e do ensino do Direito e estigmatizado pelo seu pensamento radical e contra majoritário, se tornou o juiz mais respeitado, influente e citado pelas cortes judiciais americanas²³¹.

Mas no que consiste, de fato, a AED? Trata-se, em suma, da conjugação do Direito, que de “uma perspectiva mais objetiva, é a arte de regular o comportamento humano”²³², com a Economia, que “por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se

²²⁷ CALABRESI, Guido. “Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts”, (1961) 70 *Yale Law Journal* 499-553.

²²⁸ A principal importância do teorema está em voltar a atenção dos economistas a uma faceta esquecida, mas muito importante, do sistema econômico, a saber, os custos de transação do mercado. Sob a forma de hipótese (se os custos de transação são baixos, a atribuição de direitos e responsabilidades pela lei provavelmente não afeta significativamente a alocação de recursos), o Teorema de Coase serviu de orientação para importantes pesquisas empíricas, como, por exemplo, sobre os efeitos do divórcio sem culpa, o qual, confirmando o teorema, não aumentou o índice de divórcios (POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009, p. 429-430). O teorema consiste em duas reivindicações, a hipótese de invariância e a hipótese de eficiência. A hipótese de invariância propõe que a dotação inicial de direitos de propriedade não tenha influência na eventual alocação de recursos. As transações de mercado asseguram que os direitos de propriedade acabem no lugar “certo”, se não estivessem lá para começar. Além disso, de acordo com a hipótese de eficiência, o resultado final será sempre uma solução ótima de Pareto. A implicação do teorema de Coase é que os custos privados serão iguais aos custos sociais, uma vez que todas as externalidades são internalizadas por meio de acordos privados (MATHIS, Klaus. **Efficiency insted of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Switzerland: Springer, 2009, p. 53).

²²⁹ MARCELLINO JR. Júlio Cesar. **Análise Econômica do Acesso à Justiça**: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016 e MATHIS, Klaus. **Efficiency insted of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Switzerland: Springer, 2009.

²³⁰ POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**, 1st edn., Boston et al., 1972.

²³¹ DOMNARSKI, Willian. **Richard Posner**. New York: Oxford University Press 2016.

²³² GICO JR, Ivo in TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo. Editora Atlas, 2014, p.1.

comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências”²³³. Para Klaus Mathis²³⁴, “A AED é uma tentativa interessante e desafiadora de empregar os conceitos e métodos de raciocínio da teoria econômica moderna, a fim de obter uma compreensão mais profunda dos problemas legais e trazer uma maior racionalidade para a argumentação legal”²³⁵.

Nas palavras de Gico Jr.²³⁶:

A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito.

Portanto, a AED, em sua versão mais atual e difundida, busca oferecer um padrão “sistemático e analítico de reflexão sobre as normas jurídicas, as expectativas racionais de adoção daquilo que as normas impõem e a busca por soluções jurídicas realmente eficientes”²³⁷ e por isso rejeita a interpretação do Direito de forma autônoma frente às realidades sociais, bem como busca desconstruir a pensamento legal clássico por meio do qual se interpreta a norma como fato se apropriando dos instrumentos analíticos e empíricos da Economia para compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento. Logo, a eficiência e suas múltiplas formas de aferição, tanto debatida no primeiro capítulo, pode ser entendida como a questão central da AED.

No Brasil, o uso dessa ferramenta empírica começou a se difundir após a Emenda Constitucional nº 45/04²³⁸, que tornou obrigatório o uso de estatísticas²³⁹ pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

²³³ GICO JR, Ivo in TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo. Editora Atlas, 2014, p.1.

²³⁴ MATHIS, Klaus. **Efficiency insted of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Switzerland: Springer, 2009, p.1.

²³⁵ “*Economic analysis of law is an interesting and challenging attempt to employ the concepts and reasoning methods of modern economic theory in order to gain a deeper understanding of legal problems, and to bring greater rationality to legal argumentation*”.

²³⁶ GICO JR, Ivo in TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo. Editora Atlas, 2014, p.14.

²³⁷ DIAS, Jean Carlos. **Análise econômica do processo civil brasileiro**. São Paulo: Método, 2009, p. 20.

²³⁸ Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo; VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar

Antes, pouco se falava sobre estudos empíricos envolvendo dados do Poder Judiciário brasileiro. Após a Emenda, foi criado o Relatório Justiça em Números, já citado no presente trabalho, que vem sendo aperfeiçoado desde então. Nele, os dados orçamentários, de pessoal e sobre a litigiosidade são analisados anualmente pelos mais variados indicadores que permitem uma visão cada vez mais profunda e fidedigna do acesso à justiça, da produtividade, eficiência, efetividade e celeridade do Judiciário.

Conforme explica Nathaly Campitelli Roque²⁴⁰:

Tais relatórios se voltam a uma pesquisa gerencial do Poder Judiciário, os quais objetivam o levantamento de dados como os custos e gastos do Poder Judiciário, sua arrecadação pelas taxas judiciárias, a quantificação dos processos por juiz e por serventuário da justiça, dentre outros dados que nos permitem comparar, ano por ano, a velocidade do aumento do acervo e sua diminuição, o que permite verificar quais políticas, treinamentos e demais investimentos devem ser realizados.

Contudo, a junção entre Economia e Direito não está livre de críticas. Para Dworkin, por exemplo, ferrenho opositor da AED e do utilitarismo, o cerne da Teoria Geral do Direito não pode ser reduzido a eficiência (maximização de riqueza). Já Habermas, defende uma racionalidade comunicativa em detrimento da racionalidade estratégica da AED, porquanto entende que o posicionamento tecnocrata econômico é fonte deslegitimadora da democracia²⁴¹.

Entretanto, de acordo com o professor Fernando Araújo:

necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

²³⁹ Um dos principais desafios enfrentados pelo Conselho nestes dez anos foi criar uma base de dados estatísticos confiáveis, que permitissem a instituição de um planejamento estratégico e o monitoramento de ações voltadas à melhoria da prestação jurisdicional. Com esse objetivo, foi criado o Relatório Justiça em Números, uma publicação anual do CNJ que traz uma espécie de radiografia do Poder Judiciário, com os principais dados relativos à litigiosidade (números de processos iniciados, julgados e baixados), pessoal (número de magistrados e de servidores) e despesas orçamentárias (Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79627-em-10-anos-cnj-consolida-sua-atuacao-como-orgao-de-controle-do-judiciario>>. Acesso em: 25 de dezembro de 2017.

²⁴⁰ ROQUE, Nathaly Capitelli. **Acesso à justiça no pós Segunda Guerra Mundial**. NÚCLEO DE ESTUDOS LUSO-BRASILEIRO (NELB). II Congresso Luso-Brasileiro de Direito. Os 70 anos do fim da Segunda Guerra Mundial: Transformações Judiciais. Matheus Passos Silva (coord.), Ruth Maria Pereira dos Santos (org.), Caroline Costa Bernardo (org.). Brasília: Vestnik, 2015, p. 201.

²⁴¹ GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. **Crítica e Possibilidades da Análise Econômica do Direito**. IV Colóquio Internacional de Espistemologia e Sociologia da Ciência da Administração. Florianópolis, 2014. Disponível em: <<http://coloquioepistemologia.com.br/site/wp-content/uploads/2014/03/ADE103.pdf>>. Acesso em: 29 de abril de 2018.

A crítica afigura-se injusta, em especial quando dessa asserção não-comprovada se extrapola para a conclusão de que, passado o auge de um entusiasmo inicial, algures nos anos 80, toda essa nova orientação teórica estaria decadente, senão mesmo arrastada num plano inclinado em direção à aridez niilista²⁴².

Destarte, com o devido respeito aos que se posicionam de forma contrária, fato é que toda vertente metodológica possuiu suas limitações e suas qualidades, e que, para se chegar aos melhores resultados, imperioso a ciência saber confrontar de forma interdisciplinar os diferentes métodos existentes.

Como muito bem pontuou Calabresi, assim como Monet se propôs a pintar a Catedral de Rouen por várias perspectivas e mais de trinta vezes, a Análise Econômica do Direito seria para a ciência, apenas uma das telas de Monet, não a melhor, não a mais bela, mas tão somente uma nova visão da catedral²⁴³.

Para Oksandro Gonçalves e Guilherme Cassi²⁴⁴:

A análise econômica do direito não é - e, modernamente, nem tem a pretensão de ser - um método isolado de estudo e interpretação do direito. Ademais, mesmo aos críticos da teoria, sempre se apresenta como uma ferramenta poderosa de auxílio ao jurista na construção de uma ciência jurídica mais adequado aos propósitos e às necessidades da sociedade.

Assim reluz a importância da aplicação da Economia ao Direito, ao passo que essa literatura permite uma abordagem diferente, especialmente ao problema da morosidade do Poder Judiciário, uma vez que concentra o foco na racionalidade dos agentes que utilizam e atuam dentro do sistema. E, portanto, justamente a partir do manejo correto dessa ferramenta pragmática que se procurará propor os incentivos corretos capazes de atuar em prol da efetividade do acesso à justiça²⁴⁵.

²⁴² ARAÚJO, Fernando. **Análise Econômica do Direito**. Programa e Guia de Estudo. Lisboa: Almedina, 2008, p. 27-28.

²⁴³ CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One view of the Cathedral*. *Harvard Law Review*, April 1972, Volume 85, Number 6. p. 1089-1128.

²⁴⁴ CASSI, Guilherme. GONÇALVES, Oksandro. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. Revista Direito Empresarial: RDEmp. – ano 15, n.1. (jan/abr 2018). Belo Horizonte, 2018.

²⁴⁵ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil**. Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. 2011, p. 194. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2018.

2.2 Análise normativa e positiva

É comum destacar duas dimensões²⁴⁶, ou dois níveis epistemológicos, da disciplina de Direito e Economia: a dimensão positiva (ou descritiva) e a dimensão normativa (ou prescritiva). A primeira se ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos e a segunda em estudar se, e como, noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar²⁴⁷.

Isso porque, em suma, os juristas estão preocupados com duas questões básicas: quais as consequências de uma determinada norma jurídica? E a outra, qual regra jurídica deveria ser aplicada?²⁴⁸ A primeira questão encontra-se na esfera positiva (ciência descritiva), na qual a Economia leva em consideração *o que é*, por isso analisa o comportamento dos agentes que gozam de alguma liberdade, mas subjacente às restrições que lhes são impostas pela natureza e pelas instituições. Com isso, investiga as consequências de tal comportamento individual para o estado de coisas que é realizado na comunidade. Já, a segunda, encontra-se na esfera normativa (ciência prescritiva), uma vez que leva em consideração *o que deve ser*, razão pela qual investiga a melhor maneira de organizar a produção, distribuição e consumo²⁴⁹.

Segundo Klaus Mathis²⁵⁰, a explicação de Richard Posner sobre o assunto é salutar, lembrando que o autor americano, em sua versão inicial²⁵¹, foi um exímio operador da análise

²⁴⁶ A ideia aqui é que há uma diferença entre o mundo dos fatos, que pode ser investigado e averiguado por métodos científicos e cujos resultados são passíveis de falsificação - que chamamos de análise positiva -, e o mundo dos valores, que não é passível de investigação empírica, de prova ou de falsificação e, portanto, não é científico, que chamamos de análise normativa. Nesse sentido, quando um juiz investiga se A matou B, ele está realizando uma análise positiva (investiga um fato). Por outro lado, quando o legislador se pergunta se naquelas circunstâncias aquela conduta deveria ou não ser punida, ele está realizando uma análise normativa (investiga um valor), ainda que fatos sejam relevantes para a decisão (GICO JR, Ivo in TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo. Editora Atlas, 2014, p. 15). HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. Tradução de Débora Danowiski. Livro III, Parte I, Seção II. São Paulo, Editora UNESP, 2000.

²⁴⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** Cadernos de Direito GV, v.5, n.2, Cadernos de Direito GV, v.5, n.2, 2009, p. 6. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2017.

²⁴⁸ GICO JR, Ivo in TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo. Editora Atlas, 2014.

²⁴⁹ MALINVAUD E. *Lectures on Microeconomic Theory*. Elsevier Science Publishers b.v., 1991.

²⁵⁰ MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Switzerland: Springer, 2009, p.3.

²⁵¹ Ver mais em: POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**, 1st edn., Boston et al., 1972.

normativa, sobretudo quando defendia a maximização de riqueza social (eficiência) como único critério normativo (valor) a ser aplicado ao Direito:

Posner distingue entre aspectos positivos e normativos dessa abordagem analítica. O aspecto positivo da análise econômica do direito é a afirmação de que o "direito comum" pode ser melhor explicado como um sistema para aumentar a eficiência econômica. Em contrapartida, o "direito estatutário" faz pouco para encorajar a eficiência, embora também seja influenciado por princípios econômicos. O aspecto normativo é a exigência de que o sistema jurídico deve incentivar a eficiência econômica. Este segundo aspecto normativo é de interesse central para nós. De acordo com a Posner, o papel da lei é incentivar a concorrência no mercado e, quando o mercado não funciona, porque os custos de transação são muito altos, para simular o resultado de mercados competitivos. Isso maximiza a eficiência econômica e a riqueza da sociedade - o que, em última análise, significa uma e a mesma coisa, de acordo com Posner²⁵².

Em suma, enquanto a AED positiva aborda o tema de forma descritiva, e auxilia na compreensão da racionalidade da norma jurídica e as possíveis consequências da sua adoção, a AED normativa é, até certa medida, valorativa, porquanto auxilia na escolha, entre as alternativas possíveis, a que detenha o melhor arranjo institucional eficiente²⁵³.

Por fim, se pode dizer que a importância da análise positiva reside na sua capacidade de revelar os efeitos econômicos desconhecidos da implementação de determinada norma, bem como as consequências contrárias a finalidade da sua criação. De outro lado, se pode dizer que a relevância da análise normativa consiste na sua abordagem teleológica, ou seja, na sua capacidade de orientar a implementação da norma mais adequada e eficiente para determinado fim social.

E justamente por essas características que ambas as dimensões são imprescindíveis para o presente trabalho, isso porque, enquanto a análise positiva auxiliará no exame crítico dos filtros já existentes na legislação, a análise normativa, por seu turno, será capaz de mostrar os caminhos mais eficientes para a criação de normas ou instituições de modo a torná-las melhores (mais eficientes). Com efeito, elas revelarão ao jurista a coerência do Direito e,

²⁵² Posner distinguishes between positive and normative aspects of this analytical approach. The positive aspect of economic analysis of law is the claim that the 'common law' can best be explained as a system for increasing economic efficiency. In contrast, 'statutory law' does less to encourage efficiency although it, too, is influenced by economic principles. The normative aspect is the demand that the legal system ought to encourage economic efficiency. This second, normative aspect, is of central interest to us. According to Posner it is the role of the law to encourage market competition and, where the market fails to work because transaction costs are too high, to simulate the result of competitive markets. This maximizes economic efficiency and the wealth of society – which ultimately mean one and the same thing, according to Posner.

²⁵³ GICO JR., Ivo. **Introdução ao Direito e Economia. Análise Econômica e Direito Comparado**. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, p. 1-33, 2014.

longe de querer discutir a contradição entre Justiça e eficiência, permitirão, ao revés, aprofundar a compreensão da primeira fazendo sua ligação estreita com a segunda²⁵⁴.

2.3 Microeconomia

A definição de Economia moderna parte do conceito cunhado por Lionel Robbins²⁵⁵, para quem, “a economia é a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que têm usos alternativos”²⁵⁶.

Em razão da sua instrumentalidade, a Economia se apresenta como uma poderosa ferramenta analítica dos fenômenos sociais, podendo ser subdividida em macroeconomia e microeconomia, dependendo do enfoque aplicado.

De acordo com o economista francês Edmond Malinvaud²⁵⁷:

É chamado de microeconômico porque, em suas formulações abstratas, respeita a individualidade de cada bem e de cada agente. Isso parece uma condição necessária *a priori* para uma investigação lógica dos fenômenos em questão. Em contrapartida, o resto da teoria econômica é na maioria dos casos macroeconômica, diretamente com base em agregados de bens e agentes²⁵⁸.

Destarte, enquanto a macroeconomia se preocupa em estudar questões relacionadas a taxas de juros e câmbios, aos efeitos da política fiscal, ao produto interno bruto, desemprego e inflação, por exemplo, a microeconomia, ao seu turno, se ocupa com comportamento individual do agente e as consequências de suas escolhas.

Interessante destacar, também, o papel do Direito nesses cenários. Isso porque, sob a perspectiva jurídica, o papel do Direito na macroeconomia está muito mais relacionado com a

²⁵⁴ MACKAAY, Ejan, ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

²⁵⁵ ROBBINS, Lionel, 1932. **Essay on the Nature and Significance of Economic Science**, Macmillan, London, 1945, p. 16.

²⁵⁶ “Economics is the science which studies human behaviour as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses”.

²⁵⁷ MALINVAUD, Edmond. **Lectures on Microeconomic Theory**. Amsterdam: North-Holland, 1991.

²⁵⁸ *It is called microeconomic because, in its abstract formulations, it respects the individuality of each good and each agent. This seems a necessary condition a priori for a logical investigation of the phenomena in question. By contrast, the rest of economic theory is in most cases macroeconomic, directly on the basis of aggregates of goods and agents*

defesa das liberdades públicas e os direitos individuais, enquanto na esfera microeconômica a situação se inverte, e os economistas passam a cobrar o respeito às leis, aos contratos e aos direitos de propriedade²⁵⁹.

Fato é que a microeconomia, que também pode ser definida como a teoria dos preços e da alocação de recursos, vem ganhando cada vez mais espaço como método de averiguação do comportamento humano, porquanto detém um nível de rigor bastante elevado, no sentido de que suas seções principais são construídas a partir de um conjunto consistente de conceitos abstratos, que proporcionam uma representação formal da sociedade em estudo²⁶⁰.

E essa ferramenta se opõe ao modelo macroeconômico na medida em que este tem como ponto de partida as inter-relações entre macrovariáveis, tais quais, taxas de juros e investimentos, taxas de desemprego e inflação, bem como despesas públicas e o crescimento econômico, enquanto a microeconomia, basilar da AED, tem como ponto de partida os comportamentos individuais dos agentes econômicos. Neste passo, enquanto os economistas no campo da macroeconomia diferem em muitas questões, a teoria microeconômica "neoclássica" é a ferramenta reconhecida de todo economista. A abordagem microeconômica baseia-se no paradigma econômico da escolha racional²⁶¹.

Assim sendo, a importância da microeconomia para o presente estudo consiste, justamente, na forma por meio da qual ela simplifica a realidade, se valendo da premissa de que os agentes reagem a incentivos e tomam suas decisões de forma racional. E para compreender o comportamento humano na tentativa de prever a conduta do agente se faz necessário ao Direito importar os seus postulados que serão abordados de forma mais específica nos tópicos a seguir.

2.4 Escolha racional: uma visão de mercado, escassez, custo e benefício e incentivos

²⁵⁹ SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

²⁶⁰ MALINVAUD, Edmond. **Lectures on Microeconomic Theory**. Amsterdam: North-Holland.

²⁶¹ MATHIS, Klaus. **Efficiency insted of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Switzerland: Springer, 2009.

A Economia, cujo assunto mais fundamental não é o dinheiro mas sim as implicações da escolha racional dos agentes, se apresenta como uma ferramenta essencial para o Direito entender os efeitos e consequências do fenômeno da litigância²⁶².

Enquanto no tópico dedicado a análise da Justiça o presente trabalho se valeu da escola institucional econômica para explicar a importância dos arranjos institucionais e os seus reflexos no desenvolvimento social, o estudo da litigância será desenvolvido a partir da teoria neoclássica, oriunda da Escola de Chicago, na qual as escolhas são guiadas pela racionalidade e na maximização da utilidade.

A escolha racional²⁶³ é, portanto, o ponto de partida para essa análise e, para compreendê-la, se faz necessário entender, antes de tudo, quadro outros instrumentos da microeconomia, sendo eles, mercado, escassez, custo benefício e incentivos.

Mercado²⁶⁴ é um conceito em abstrato que está diretamente relacionado ao ato de troca. Se refere aos arranjos nos quais pessoas detentoras de bens ou serviços pretendem apresentá-los, de forma livre, a outras dispostas a adquiri-los. Nas palavras de Mitchell e

²⁶² FRIEDMAN, David D. **Law's Order**. What economics has to do with law and why it matters. Princeton University Press, 2000.

²⁶³ Partindo-se da concepção de que a Economia é a ciência das escolhas, o paradigma predominante na teoria econômica, denominado de neoclássico, compreende que essas são guiadas pela racionalidade, a qual é pautada pelo auto interesse e pela maximização da utilidade. Essas premissas orientam a Análise Econômica do Direito proposta pela linha de pensamento conhecida como Escola de Chicago. Já para a Economia Institucional e para a Nova Economia Institucional, a racionalidade do comportamento humano e suas escolhas são influenciadas pelas instituições. A pesquisa desenvolvida pela Nova Economia Institucional no âmbito da Análise Econômica do Direito tem se destacado de forma relevante nas três últimas décadas (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira, AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. **Economia Institucional e Nova Economia**. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius (Coordenadores) **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 127-128).

²⁶⁴ Mercados coordenam a atividade humana ao tirarem proveito do interesse pessoal, como Adam Smith ([I 776 J 1981] primeiramente destacou. No leva-e-traz (ou na barganha) do mercado, uma pessoa é "levada por uma mão invisível a promover um fim, o qual não faz parte de sua intenção" (p. 456). Em uma das passagens mais famosas de Smith, ele afirmou: "Não é a partir da bondade do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas de sua preocupação com seu próprio interesse. Nós nos dirigimos não à sua humanidade, mas ao seu amor-próprio, e nunca falamos com eles de nossas necessidades, mas de suas vantagens" (pp. 26 - 27). Repare que o exemplo de Adam Smith mostra como os mercados usam o interesse próprio para fazer com que as pessoas ajam como se elas se preocupassem com os outros. Consumidores conseguem o que querem de açougueiros, cervejeiros e padeiros ao torná-los mais prósperos. No sentido inverso, açougueiros, cervejeiros e padeiros aumentam sua própria riqueza ao tornarem a vida dos consumidores melhor, e eles procuram agir dessa forma não porque necessariamente gostem dos consumidores (apesar de o amor fraternal não estar excluído), mas porque eles vão "bem" nos mercados ao fazer o "bem" aos outros (MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p. 35-36).

Simmons, “mercados podem ser tão formais e bem-organizados quanto o mercado de ações e tão informais e desorganizados quanto vendas na calçada de objetos usados”²⁶⁵.

O mercado remonta ao início da história da sociedade humana e, desde então, o seu modelo vem evoluindo ao longo dos séculos, mas nem por isso perdeu a sua característica principal acima descrita. Além disso, a pedra de toque do mercado reside na máxima de que essas transações voluntárias garantem que todos os recursos sejam alocados de forma eficiente, ou seja, onde são mais valorizados em termos econômicos e, portanto, irão para aqueles consumidores que estão dispostos a pagar o maior valor agregado por eles.

Ocorre que a manutenção desse sistema demanda respeito recíproco à propriedade, ou seja, as partes precisam se sentir seguras para efetuarem as trocas e esse é o papel precípua do Direito. Entretanto, não raras vezes, esses requisitos apresentam falhas²⁶⁶, causando imperfeições de mercado, que podem se manifestar, por exemplo, na forma de monopólios, externalidades, bem como na figura de bens públicos e comuns²⁶⁷.

Em um mundo idealizado de perfeita divisibilidade, de escala constante, de ausência de incertezas e de conhecimento perfeito entre os agentes, o livre mercado atingiria, facilmente, a sua eficiência. Entretanto, como citado, existem vários fatores que atuam na contramão dessas variáveis. Logo, o conceito clássico de mercado perfeito é fantasioso.

Com efeito, diante da comprovação da existência de falhas no sistema, Mitchell e Simmons explicam que:

²⁶⁵ MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p. 35.

²⁶⁶ Os economistas mais ativos em desenvolver teorias das falhas de mercado são os economistas do bem-estar social. Um dos primeiros economistas do bem-estar social foi A. C. Pigou. Em 1920, ele mostrou que o desempenho dos mercados em prover amenidades sociais é provavelmente insatisfatório. Em 1952, os argumentos foram suficientemente bem desenvolvidos para William Baumol reuni-los em seu livro *Welfare Economics and the Theory of the State*. O trabalho de Baumol se tornou o padrão da profissão de economia para o estudo das falhas de mercado e forneceu a base intelectual para as propostas de programas do governo projetados para melhorar os mercados. O trabalho de Baumol sobre a teoria das falhas de mercado foi levado adiante por vários outros economistas de ponta do seu tempo. Uma contribuição notável foi feita por Francis Bator ([1958] I 988), cujo ensaio sobre "A Anatomia do Fracasso do Mercado" resumiu o que estava se tornando um grande corpo de literatura, assim como representou um consenso analítico. Bator e outros identificaram um conjunto de falhas de mercado que acabaram se tornando centrais para a análise econômica moderna. Especificamente, eles tornaram claras as características de "bens públicos" e as razões pelas quais se espera que os mercados não atendam à procura dos mesmos. Explicaram a natureza e as razões para a superprodução de externalidades negativas. Identificaram o poder do mercado, a falta de informação e as instabilidades do mercado como tendo efeitos desastrosos sobre a operação eficiente da economia privada (MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p. 39-40).

²⁶⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

Mercados funcionam melhor dentro de uma estrutura legal estável contendo uma série de direitos bem-definidos. Esses direitos incluem a liberdade para contratar uns com os outros, o direito à propriedade e o direito de ter os contratos cumpridos. O policiamento dos direitos e contratos contra a fraude, a trapaça, a destruição e o roubo é uma parte necessária de tal estrutura legal. Sem essas mínimas atividades por parte do governo, os mercados poderiam existir apenas com grande dificuldade. Thomas Hobbes, por exemplo, argumentou que um poder teria de ser erguido para se fazer cumprir os contratos, pois "compromissos sem a espada são apenas palavras e sem força alguma para dar segurança a um homem ... se não é erguido um poder, ou sem poder suficiente para nossa segurança; todo homem se apoiará, e poderá se apoiar, em sua própria força e arte, para se precaver contra outros homens" (Hobbes[1650] 1977, 129)²⁶⁸.

A falha de mercado ocorre, portanto, quando as suas condições ideais (transações voluntárias e alocação eficiente) por alguma razão não se fazem presentes. Adiante será analisado de forma mais detalhada as minúcias das falhas de mercado, sobretudo das externalidades e dos bens públicos e comuns.

A escassez, por sua vez, se refere à disparidade entre a totalidade dos bens, tangíveis ou intangíveis, que as pessoas têm à sua disposição e a totalidade dos bens que seriam necessários para satisfazer completamente todas as suas necessidades. Isso porque, a Economia parte da regra geral de que os recursos dispostos no mercado e de interesse do homem são escassos, ou seja, de que não há quantidade suficiente para atender toda a demanda.

Se assim não fosse, não haveria problema econômico, uma vez que todos conseguiriam satisfazer suas necessidades. Nessa toada, se pode supor, também, que o Direito seria praticamente inútil, porquanto em um mundo sem escassez, não haveria conflito.

Portanto, dentro do pensamento econômico, os recursos são escassos, enquanto os desejos dos indivíduos não. Logo, os agentes interessados em obtê-los terão de fazer escolhas e, uma vez que os meios à disposição das pessoas não são infinitos, então as escolhas para satisfazer as necessidades devem ser feitas de forma racional, em outras palavras, "O "esforço econômico" denota assim a gestão prudente de recursos escassos"^{269 270}.

²⁶⁸ MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia.** Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p. 35-36.

²⁶⁹ MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Switzerland: Springer, 2009, p. 8.

²⁷⁰ "Economic endeavour' thus denotes the prudent management of scarce resources".

Conforme explica Salama²⁷¹, “a noção de escassez traz uma série de implicações para o estudioso, o profissional, e o pesquisador em Direito. Uma delas – talvez a mais dramática – diz respeito ao fato de que a proteção de direitos consome recursos”.

Em continuação, a escassez implica em fazer escolhas, e escolher demanda dos agentes uma ponderação de custos e benefícios das suas opções, ou seja, “diante de várias possíveis opções de ação, os indivíduos ponderam o custo e benefício de cada uma, optando pela que lhes fornece o maior benefício líquido”²⁷².

Logo, toda escolha pressupõe um custo de oportunidade ou *trade off*²⁷³, que seria a segunda alocação factível, mas que foi preterida após a análise maximizadora de custo e benefício do agente.

Esse comportamento maximizador está presente nas mais variadas decisões, e vai desde a escolha de qual bem se consumir, até a decisão de ajuizar ou não uma demanda. E dentro desse cenário de escolhas, a medida em que se modifica uma situação original com a introdução de incentivos, o que pode acontecer pela criação de uma lei, por exemplo, os agentes podem reajustar as suas decisões anteriores de modo a tirar o maior proveito possível.

E é justamente essa a maior implicação desse postulado, isso porque, ciente de que o agente é um maximizador de bem-estar, “então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá a levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha. Em resumo, pessoas respondem a incentivos”²⁷⁴. Caso contrário, a própria estrutura do Direito não se sustentaria, uma vez que todos continuariam a se comportar a seu bel prazer e as leis seriam inócuas.

²⁷¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** Cadernos de Direito GV, v.5, n.2, 2009, p. 6. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2017.

²⁷² ARAÚJO JR., Ari Francisco, SHIKIDA, Cláudio Djissey. **Microeconomia**. Organizador: TIMM, Luciano Benetti. Direito e Economia no Brasil. São Paulo. Editora Atlas, 2012, p. 34.

²⁷³ Assim, por exemplo, se decidimos comprar caças para fortalecer nossa Aeronáutica, abdicamos de outra alocação que estes recursos poderiam ter (e. g., contruir escolas). Se você opta por ler esse capítulo, deixa de realizar outras atividades, como estar com seus filhos, passear com sua namorada ou assistir à televisão. A utilidade que cada um gozaria com uma dessas atividades é o seu custo de oportunidade (GICO JR, Ivo. **Introdução ao Direito e a Economia**. In TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo. Editora Atlas, 2014, p. 19).

²⁷⁴ GICO JR, Ivo. **Introdução ao Direito e a Economia**, in TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo. Editora Atlas, 2014, p. 20.

Como explicam Mackaay e Rousseau²⁷⁵ “os incentivos emanam das possibilidades de melhorar a fortuna ou evitar uma desvantagem por ocasião dos contatos com a natureza ou terceiros”.

Com efeito, a linha de raciocínio traçada até aqui, a qual interliga o mercado, a escassez dos recursos, a ponderação dos custos e benefícios e a reação aos incentivos, finda na escolha racional do agente.

Racionalidade para a AED é um conceito técnico que pode ser expresso de três formas diversas e complementares entre si. A primeira parte da concepção de que cada pessoa possuiu suas preferências (completas, transitivas e estáveis). Completa porque o agente se mostra sempre apto a tomar uma decisão, transitiva porque guarda uma relação de coerência entre as escolhas, ou seja, que a preferência por uma, implica, necessariamente, na renúncia da outra e estáveis, porque as escolhas apenas se alterarão se alguma mudança alheia a vontade do agente acontecer, por exemplo, mudança nos incentivos. A segunda está diretamente relacionada com a ofelividade, ou seja, entre duas escolhas possíveis, o agente escolherá a que lhe trouxer maior utilidade. Por fim, a terceira se pauta na ideia de que uma pessoa será racional quando continuar desenvolvendo determinada atividade enquanto estiver ganhando com isso²⁷⁶.

Logo, o corolário da escolha racional permite a Economia, e agora ao Direito, generalizarem o comportamento humano, uma vez que atribui aos agentes uma linha de conduta previsível, supondo que eles escolherão (livremente), entre as opções (escassas) disponíveis no mercado, aquela que lhes ofereça a maior satisfação (após ponderação dos custos e benefícios e dos reflexos dos incentivos), ficando subentendido, desde já, que tanto as satisfações não monetárias quanto as monetárias entram nesse cálculo de maximização e que as decisões, para serem racionais, não precisam ser pensadas no nível de maior consciência.

E para que os resultados dessa generalização comportamental humana sejam produtivos, sobretudo ao Direito, a AED se vale do individualismo metodológico²⁷⁷, que para

²⁷⁵ MACKAAY, Ejan, ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p.31.

²⁷⁶ GICO JR, Ivo. **Introdução ao Direito e a Economia**, in TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo. Editora Atlas, 2014.

²⁷⁷ Para explicar o comportamento dos agentes e, assim, ser capaz de realizar juízo de prognose, a economia adota uma utilidade básica de análise a escolha individual de cada agente ou de pequenos grupos envolvidos no problema. Essa postura é o que se convencionou chamar de individualismo metodológico. Segundo essa metodologia, para se explicarem e compreenderem comportamentos coletivos, primeiro devem-se compreender os comportamentos individuais dos agentes que compõe a coletividade estudada (seja ela o Judiciário, a

explicar o comportamento coletivo, parte da compreensão da dinâmica dos comportamentos individuais frutos das escolhas racionais dos agentes que compõe determinada coletividade (seja ela o Judiciário, a sociedade ou o Estado)²⁷⁸.

Para a microeconomia, o padrão de comportamento humano começa pelo estudo do indivíduo. Conseqüentemente, as decisões coletivas ocorrem através da agregação de decisões tomadas por indivíduos, em vez de qualquer ação autônoma por parte dos coletivos, visto do ponto de vista das teorias holísticas²⁷⁹.

Nesse passo, de acordo com Viviane Kluger²⁸⁰:

A premissa desta análise é que os indivíduos são agentes racionais que escolhem suas ações para maximizar seus lucros individuais com base em uma ordem coerente de preferências transitivas, o que permite preceder seu comportamento ou razão em relação às previsões ou mudanças da Ordem jurídica. O conjunto de preferências dos agentes econômicos é estável e as escolhas são orientadas para a busca pela eficiência na alocação de recursos.²⁸¹

Como já citado, todo agente ao se deparar com mais de uma conduta possível de atuação levará em consideração a relação custo-benefício, optando, sempre, pela que melhor atende aos seus interesses²⁸². Importante destacar, entretanto, que essa abordagem não requer que se suponha “que os indivíduos sejam egoístas, gananciosos ou motivados apenas por ganhos materiais, tão somente assume-se que os agentes são racionais maximizadores de sua utilidade, seja lá o que isso significa para eles”²⁸³, tampouco que “internamente cada agente

sociedade ou o Estado) e que, em última análise, serão responsáveis pelo resultado macro que desejamos compreender. Nota-se que a análise do comportamento individual deve considerar a dinâmica da interação entre agentes e não apenas a conduta isolada de um agente (GICO JR, Ivo in TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo. Editora Atlas, 2014, p. 22).

²⁷⁸ GICO JR, Ivo in TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo. Editora Atlas, 2014.

²⁷⁹ MATHIS, Klaus. **Efficiency insted of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Switzerland: Springer, 2009.

²⁸⁰ KLUGER, Viviana. **Análisis Económico del Derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 2006, p. 9.

²⁸¹ *La premissa de la que parte este análisis es que los individuos son agentes racionales que eligen sus acciones para maximizar sus utilidades individuales sobre la base de un orden coherente de preferencias transitivas, lo que permite precedir su comportamiento o racción respecto de las previsiones o câmbios del ordenamiento jurídico. El conjunto de preferenciais de los agentes económicos es estable y las eleccioneis están orientadas a la búsqueda de la eficiencia en la asignación de los recursos.*

²⁸² BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. **Princípio da Eficiência**. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius (Coordenadores). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

²⁸³ GICO JR, Ivo in TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo. Editora Atlas, 2014, p. 23.

esteja conscientemente realizando contas o tempo todo e ponderando custos e benefícios de cada ato de suas vidas, apenas que na média eles se comportam como se estivessem”²⁸⁴.

Como bem explica Mathis²⁸⁵ “na teoria econômica moderna, a ideia de racionalidade não implica mais que o indivíduo seja como um computador ambulante, que conheça e esteja sempre calculando a velocidade da luz, qual de todas as opções disponíveis é o melhor”²⁸⁶.

A racionalidade é, portanto, um instrumento para formular hipótese e construir teorias com o fito de auxiliar na compreensão e previsão da conduta humana, sobretudo em razão da sua característica simplificadora, já que o comportamento racional é geralmente previsível, enquanto que o comportamento irracional é geralmente aleatório.

Entretanto, por certo que essa ferramenta possui suas limitações, já que nem sempre haverá uma hiper-racionalidade, seja por uma falha no processamento dessas informações ou seja pela ausência delas²⁸⁷. Em outras palavras, o grau de pureza da racionalidade depende de vários fatores que transcendem o âmbito específico deste estudo. De qualquer sorte, não há

²⁸⁴ GICO JR, Ivo in TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo. Editora Atlas, 2014, p. 26.

²⁸⁵ MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Switzerland: Springer, 2009, p. 12.

²⁸⁶ “In modern economic theory, the idea of rationality no longer implies that the individual is like a walking computer, all-knowing and always calculating at lightning speed which of all the available options is the best”.

²⁸⁷O modelo da escolha racional foi criticado, há tempo, por Herbert Simon, prêmio Nobel, pesquisador em ciência da administração, psicologia cognitiva, informática e economia. Ao longo de sua carreira de mais de meio século, tentou explicitar e modelar (no computador) as decisões humanas de todo o tipo. A crítica de Simon ficou ainda mais convincente, pois ele partiu do modelo da escolha racional. Para Simon, o modelo da escolha racional é irrealista como descrição de decisões humanas, de vez que se apoia muito sobre o tratamento da informação. Os seres humanos que decidem raramente dispõem, para problemas de média complexidade, da informação necessária para inventariar e valorizar corretamente todas as opções existentes. Mais grave, ainda, mesmo que toda a informação pertinente estivesse disponível, o tomador da decisão não teria como saber disso para chegar à decisão. O espírito humano não pode fazer mais do que determinado número de coisas ao mesmo tempo, ou por vez. Deve usar esquemas simplificadores para delimitar as informações a serem consideradas na decisão. Se a informação não for levada em conta, de forma seletiva, na decisão, é preciso resignar-se com uma “aproximação que substitua a exatidão na tomada da decisão”. Simon propõe que essa concepção seja denominada de “racionalidade limitada” (bounded rationality). As pesquisas de Simon visam a determinar como se dá tal aproximação.

(...)

O que se deseja mostrar no exemplo é que, em decisões complexas, os seres humanos limitam sua atenção a certo número restrito de aspectos e que buscam uma solução que atenda, sob cada um deles, um nível de “satisfação”. Esses níveis, ou *aspiration levels*, são adrede fixados (eventualmente ensinados, transmitidos de professor a aluno) e adaptados conforme a experiência de vida. Simon propõe para esse procedimento de decisão o termo *satisficing*. Estima que a maior parte das decisões importantes, na vida cotidiana e nos negócios, seja tomada dessa forma.

Teoricamente, é possível escolher os aspectos considerados e fixar os níveis de aspiração de forma que a decisão por *satisficing* seja ótima. Na prática, ela, sem dúvida, raramente o será. Bem entendido, não é possível pensar que as adaptações ocorrerão se as decisões forem, manifestamente, más. (MACKAAY, Ejan, ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p.32-33)

como discordar que os agentes sempre serão vistos como intencionalmente racionais ainda que limitados por aptidões cognitivas²⁸⁸.

Portanto, a despeito de suas limitações, esse corolário tem se mostrado muito eficaz para Economia, razão pela qual será utilizado pelo presente estudo como instrumento balizador do estudo da litigância.

2.5 Externalidades

A imperfeição do mercado no momento de maximizar a eficiência pode se manifestar de várias formas e, uma delas, é justamente na externalidade.

Sempre que uma ação gerar efeitos a um sujeito não interveniente na transação originária, estaremos diante de uma externalidade²⁸⁹. Esses efeitos podem aparecer tanto de forma positiva quanto negativa, na medida em que geram prejuízos ou benefícios a terceiros.

²⁸⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** Cadernos de Direito GV, v.5, n.2, 2009, p. 6. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2017.

²⁸⁹ Exemplo clássico de externalidade é o benefício que alguém auferir de serviços de vigilância contratada por vizinhos, sem contribuir para seu pagamento. É, no caso, externalidade positiva porque a pessoa tem o imóvel vigiado sem, entretanto, ter de suportar qualquer parcela do preço desse serviço; auferir o benefício sem custo. Nesse sentido são externalidades os serviços de segurança prestados pelo Estado a todos os cidadãos, contribuintes, ou não. Note-se que, quando alguém recebe serviços públicos de concessionárias sem ter de pagar por eles, notadamente quando fruto de decisões judiciais, o prestador acabará por transferir o custo resultante da decisão, aos demais consumidores na medida em que, ou aumenta o preço unitário do serviço, ou haverá perda de qualidade. Em qualquer hipótese transfere-se para os demais consumidores o ônus de arcar com essa benesse. Outro exemplo de externalidade tem que ver com a emissão de poluentes. O agente emissor, em geral exercente de atividade empresária, embora outros agentes possam ser causadores de efeitos poluentes, não tem, ordinariamente, incentivos para promover o tratamento de resíduos uma vez que fazê-lo implica aumento do custo de produção (claro que há casos em que os resíduos, como subprodutos, servem para produzir outras utilidades, hipótese em que seu aproveitamento é efetivo). Entretanto, quem reside nas proximidades do local em que a atividade é exercida ou em que os poluentes são lançados sofre os efeitos danosos decorrentes do exercício daquela atividade, a par de ser onerado pelas despesas impostas por cuidados para evitar os efeitos (sejam eles pessoais ou materiais) causados pela emissão dos poluentes. Dado que o benefício (não suportar custos com a prevenção e tratamento de efeitos causadores de poluição ambiental) é apropriado pelo exercente da atividade e a coletividade sofre com os eventuais efeitos da poluição, suporta as despesas daí derivadas, tem-se uma externalidade negativa. (SZTAJN, Rachel. **Externalidades e Custo de Transação**: a redistribuição de direitos no Novo Código Civil. Revista de Direito Privado | vol. 22 | p. 250 - 276 | Abr - Jun / 2005, p. 250.)

Conforme explicam Rosa e Linhares, “ainda que possa parecer banal a simples compra de uma Coca-Cola, toda a gama de implicações desta escolha silenciosa se pode fazer sentir²⁹⁰.

Portanto, quando uma ação gerar um custo para terceiro, estar-se-á diante de uma externalidade negativa. Já, quando uma ação gerar um acréscimo para terceiro, estar-se-á diante de uma externalidade positiva²⁹¹.

Especificamente no caso da externalidade negativa, considere uma transação simples de mercado na qual um comprador aceita pagar até R\$ 30.000,00 por um carro usado e o garagista aceita vendê-lo por até R\$ 20.000,00. Neste exemplo, se o negócio for fechado em R\$25.000,00, haverá maximização de riqueza, logo, eficiência, porquanto ambos se beneficiaram de R\$ 5.000,00, o comprador em economia e o vendedor em lucro. Entretanto, caso o garagista tivesse pintado o veículo dias antes da venda e depositado todos os resíduos tóxicos no terreno do seu vizinho, estar-se-ia diante de uma externalidade negativa não contabilizada no custo do bem vendido. Com efeito, se o vizinho demandasse antes da venda uma indenização de R\$10.000,00 pelos danos sofridos e o valor fosse incluído no veículo, muito provavelmente o negócio não se concretizaria. Logo, a ausência do custo decorrente de uma externalidade negativa no produto colocado em circulação no mercado faz com que o seu valor não reflita, necessariamente, o seu custo, causando, por conseguinte, a ineficiência ao mercado.

Um problema semelhante é representado por efeitos externos (externalidades). Estes podem ocorrer tanto na produção quanto no consumo de bens. Quando os efeitos externos entram em jogo, os custos privados e econômicos (ou utilidade) não coincidem totalmente, o que resulta em uma má alocação de recursos. Os motoristas, por exemplo, apenas carregam o peso de seus próprios custos de veículos e combustíveis. Enquanto isso, os custos ambientais causados pelos gases de escape e o ruído são um fardo para toda a comunidade. Analisados dessa forma, os custos privados de automobilismo são muito baixos e, conseqüentemente, os volumes de tráfego são maiores que o nível econômico ótimo a um custo verdadeiro. Os preços têm uma função de incentivo e direção em uma economia de mercado. Quando as externalidades estão presentes, os preços enviam sinais imprecisos. O estado tem a

²⁹⁰ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 74.

²⁹¹ As externalidades podem ser positivas ou negativas. Como um exemplo de externalidade positiva, podemos citar a proximidade de um produtor de maçãs e um produtor de mel; é fácil verificar que a "florada das maçãs" exerce efeito positivo sobre a produção de mel. Neste trabalho, os esforços estão concentrados nas externalidades negativas. O exemplo mais facilmente encontrado de externalidade negativa é a poluição do ar, muito embora, além dos resíduos gasosos, existam outras formas de externalidades, como os resíduos sólidos e os resíduos líquidos (SOARES, Emília Salgado. **Externalidades negativas e seus impactos no mercado**. São Paulo: EAESP/ FGV, 1999. 90 p. Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação da EAESP/ FGV, Área de Concentração: Planejamento e Finanças Públicas, p. 12-13).

opção de usar impostos ou subsídios para corrigir esse tipo de falha no mercado. Na legislação ambiental, por exemplo, o princípio do "poluidor-pagador" está sendo imposto sob a forma de impostos ambientais. Quando os custos externos são cobrados para aqueles que realmente os causam, eles são internalizados. 40 Finalmente, é quase inevitável que as intervenções do Estado irão sempre errar de tempos em tempos; Em tais casos, a contrapartida da falha do mercado é conhecida como falha do estado^{292 293}.

Ocorre que existem situações ainda mais drásticas quando a externalidade é sentida não apenas por um terceiro, mas por toda uma coletividade. Neste caso, as consequências são absorvidas na forma de transbordamento, que ocorre quando uma ação privada cria custos para a sociedade sem a sua permissão e/ou consentimento. Isso porque, enquanto o custo privado é pago pelo agente que promove a ação, o custo de transbordamento é absorvido por toda uma coletividade em decorrência da ação de um agente privado²⁹⁴.

E o exemplo clássico da externalidade absorvida na forma de transbordamento é o da poluição decorrente da utilização por parte de um particular de um automóvel cuja manutenção periódica esteja atrasada. Assim, o carro passa a emitir muito mais gases poluentes do que o legalmente aceito e o socialmente tolerável. Perceba que a negligência do proprietário poderia até lhe causar um dano privado, ou seja, levar o veículo a sofrer uma pane no motor. Entretanto, no momento em que isso não ocorre e o carro passa a poluir demasiadamente o meio ambiente, a vantagem privada de não custear a manutenção por parte de um único indivíduo é absorvida na forma de transbordamento por toda sociedade, porquanto passa a sofrer com a poluição excessiva produzida pelo veículo. Neste caso, o agente sopesa o benefício individual com o custo social e se mostra indiferente a este.

²⁹² MATHIS, Klaus. **Efficiency insted of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Switzerland: Springer, 2009, p.18-19.

²⁹³ *A similar problem is posed by external effects (externalities). These can occur both in the production and the consumption of goods. When external effects come into play, private and economic costs (or utility) do not fully coincide, which results in a misallocation of resources. Motorists, for example, only bear the burden of their own vehicle and fuel costs. Meanwhile the environmental costs caused by exhaust fumes and noise are a burden on the whole community. Analysed in that way, the private costs of motoring are too low, and consequently traffic volumes are higher than the economic optimum level at true cost. Prices have an incentive and steering function in a market economy. When externalities are present, prices send out inaccurate signals. The state has the option of using taxes or subsidies to correct this kind of market failure. In environmental legislation, for instance, the 'polluter pays principle' is being imposed in the form of environmental levies. When external costs are charged to those who actually cause them, they are internalized. 40 Finally, it is almost inevitable that even state interventions will go wrong from time to time; in such instances, the counterpart of market failure is known as state failure.*

²⁹⁴ MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política:** mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

Para Mitchel e Simmons²⁹⁵:

Pessoas geralmente levam adiante somente aquelas atividades para as quais se antecipam custos pessoais adicionais que sejam menores do que os custos adicionais a terceiros. Quando não há custos criados para os outros, uma pessoa que compara custos e benefícios evitará o desperdício e procurará pela eficiência. Mas se alguns dos custos da ação transbordam para terceiros, enquanto o indivíduo captura os benefícios, então comparar custos e benefícios privados levará a ações que são caras para a sociedade.

Ciente dessa falha de mercado, surgiram várias teorias dispostas a corrigi-la, dentre as quais se destacam o “imposto pigouviano” e o “teorema de coase”.

De acordo com a proposta de Arthur Pigou²⁹⁶, uma forma de combater as externalidades negativas seria pela internalização por parte do particular envolvido, ou seja, impor ao agente particular um custo contrário compatível ao sofrido por terceiros. Logo, a sugestão de Pigou foi pela criação de uma taxa aplicada a atividade geradora da externalidade.

Sob essa ótica, retomando o exemplo da poluição acima citado, a cobrança do imposto causaria, de acordo com Pigou, um desestímulo de certas produções, trazendo o dano para um nível socialmente ótimo²⁹⁷.

Pigou concebeu, assim, pela primeira vez a ideia de internalização das externalidades:

Pigou e seus seguidores entendem que o problema da poluição ambiental se origina de uma falha do sistema de preços, não refletindo de maneira correta os danos causados a terceiros e ao meio ambiente, quer na instalação de uma planta fabril, quer no aumento da quantidade produzida. Para a resolução deste problema seria necessária a introdução de uma taxa. A taxa pigouviana é, na realidade, um imposto que deve restabelecer o equilíbrio, uma vez que ocorreria uma queda no nível de oferta do produto e, conseqüentemente, uma queda nos níveis de poluição atmosférica²⁹⁸.

Portanto, como identificou o autor, o valor final do produto cuja externalidade não é contabilizada reflete um custo menor do que o custo real uma vez que a verdade dos preços não é respeitada. Conseqüentemente, os agentes econômicos orientam mal suas escolhas de

²⁹⁵ MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p.41.

²⁹⁶ Ver mais em: PIGOU, A. C. **The Economics of Welfare**. London, Macmillan, 1920.

²⁹⁷ ARAÚJO JR., Ari Francisco, SHIKIDA, Cláudio Djissey. **Microeconomia**. Organizador: TIMM, Luciano Benetti. Direito e Economia no Brasil. São Paulo. Editora Atlas, 2012.

²⁹⁸ SOARES, Emília Salgado. **Externalidades negativas e seus impactos no mercado**. São Paulo: EAESP/FGV, 1999. 90 p. Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação da EAESP/ FGV, Área de Concentração: Planejamento e Finanças Públicas.

produção e de consumo. Por essa razão que para restabelecer a verdade dos preços Pigou defendeu uma intervenção mais direta do Estado por meio dos impostos “pigouvianos”. Essa conclusão constituiu a ortodoxia dos economistas até 1960²⁹⁹.

Isso porque, em 1960, Ronald Coase apresentou outra alternativa para o controle das externalidades decorrentes das relações de mercado. Como já mencionado, a obra fundamental e criadora do termo “custo de transação” foi *The Problem of Social Cost*³⁰⁰ de Ronald Coase. Desde então, o termo se tornou conceito-chave para a AED.

O objetivo principal do trabalho de Coase era o de investigar as ações privadas que acarretam efeitos prejudiciais a terceiros³⁰¹. A expressão acabou ganhando força, e passou a representar todo e qualquer custo de aquisição de informações, negociação, execução, verificação e aplicação de contratos.

Coase detectou, assim como Pigou, que o mercado não atuava conforme supunha a teoria econômica neoclássica, pelo contrário, a grande maioria das transações realizadas livremente geravam custos, em suas palavras, *transaction costs*. Esses custos poderiam se manifestar em vários momentos, desde a colheita das informações, passando pela negociação, até chegar no monitoramento do contrato³⁰².

Nesse sentido, na concepção de Coase, para realizar transações de mercado, se faz necessário descobrir quem é aquele que deseja lidar, informar as pessoas com quem deseja negociar e em que termos, conduzir negociações, elaborar o contrato, bem como inspecioná-

²⁹⁹ MACKAAY, Ejan, ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

³⁰⁰ COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost**. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960.

³⁰¹ O exemplo clássico é o da fábrica cuja fumaça gera efeitos prejudiciais aos ocupantes de propriedade vizinhas. A análise econômica de uma situação como essa é desenvolvida, geralmente, com base na divergência entre o produto privado e o social da fábrica, numa abordagem na qual os economistas têm, largamente, seguido a proposta de Pigou em *The Economics of Welfare*. As conclusões a que esse tipo de análise parece ter levado a maioria dos economistas são as de que seria desejável fazer com que o dono da fábrica fosse responsabilizável pelos prejuízos causados àqueles atingidos pela fumaça ou, alternativamente, estabelecer um tributo a ser pago pelo dono da fábrica, que variasse de acordo com a quantidade de fumaça produzida e fosse equivalente – financeiramente – ao prejuízo causado, ou, ainda, remover a fábrica das áreas residenciais (e presumivelmente, de outras áreas em que a emissão de fumaça teria efeitos nocivos para terceiros). A posição que sustento é a de que os aludidos cursos de ação são inapropriados, uma vez que conduzem a resultados que não são sempre, ou mesmo geralmente, desejáveis (COASE, Ronald H., **O Problema do Custo Social**, *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, Vol. 3, Article 9, 2008, p.1).

³⁰² CAVELLI, Cássio. **O Direito e a Economia**, in TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo. Editora Atlas, 2014.

lo³⁰³. Logo, “custos de transação são aqueles custos em que se incorre, que de alguma forma oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação”³⁰⁴.

Nas palavras de Mackaay e Rousseau:

Os “custos de transação” aparecem todas as vezes que uma operação que parece lucrativa não ocorre em virtude das constringências que impedem os atores do mercado de concluí-la. A redução dos “custos de transação” produz ganhos reais para todos os participantes e não lucros para alguns deles auferidos com as perdas dos outros. A troca é um jogo de soma positiva. Os ganhos não são planejados por ninguém. Eles se perfazem “no mercado”, de forma que cada participante, ofertante tanto quanto comprador, busca seu interesse na troca. Quanto mais ofertantes e adquirentes se encontrarem num mercado, ou numa feira, mais importantes serão os ganhos. Este, dir-se-á em jargão moderno, é o efeito da concorrência³⁰⁵.

Dentre os vários exemplos trabalhados por Coase, talvez o mais emblemático seja o caso do confeitiro de Londres levado à Suprema Corte da Inglaterra em 1879.

Neste *case*, um confeitiro que fazia uso de dois trituradores e dois pilões há sessenta anos e vinte e seis anos sucessivamente, quando um médico se mudou para a propriedade vizinha. Após a construção do consultório, este percebeu que os ruídos dos maquinários atrapalhavam o desempenho de suas atividades laborais. Ocorre que ambos detinham direito ao exercício da profissão, entretanto, o médico conseguiu uma ordem impedindo a operação dos maquinários.

Para Coase, o Tribunal poderia ter resolvido o caso de forma mais eficiente: o médico poderia renunciar ao seu direito se o confeitiro ressarcisse de forma a compensá-lo pela possível perda de renda diante da queda dos pacientes; ou custear a instalação de proteção acústica; ou uma mudança do local. Ou seja, Coase demonstrou que os particulares poderiam chegar, diante dos efeitos das externalidades, a uma acordo benéfico a ambos diferente do decidido pelo Tribunal, em outras palavras, que as partes poderiam livremente negociar sem

³⁰³ COASE. Ronald H., **O Problema do Custo Social**, *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, Vol. 3, Article 9, 2008 e MATHIS, Klaus. **Efficiency insted of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Switzerland: Springer, 2009.

³⁰⁴ SZTAJN, Rachel. **Externalidades e Custo de Transação**: a redistribuição de direitos no Novo Código Civil. *Revista de Direito Privado* | vol. 22 | p. 250 - 276 | Abr - Jun / 2005, p. 252.

³⁰⁵ MACKAAY, Ejan, ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 93.

custo e em vantagens mútuas de forma a gerar um resultado eficiente sem a intervenção direta do Estado³⁰⁶.

Coase também se vale do exemplo de uma fábrica emissora de poluentes cuja operação afeta a vida dos moradores vizinhos. Para tanto, inicia criticando a concepção de Pigou dominante na época, na qual o Estado deveria agir impondo a taxação da fábrica, tendo em vista que os custos da poluição para a sociedade não estavam sendo inseridos no valor do produto final colocado no mercado. De acordo com Coase, se dono da fábrica e os moradores afetados pudessem negociar livremente e com custos de transação zero o sistema de preços funcionaria e seria obtido um acordo correspondente à solução Pareto eficiente³⁰⁷.

Suponha que uma fábrica emissora de fumaça se instale em um distrito que, antes, estava livre da poluição, vindo a causar danos no valor de \$100 por ano. Imagine que a solução adotada é a tributação da fábrica e que, por ano, o seu dono deve pagar \$100 enquanto a fábrica continuar a emitir fumaça. Assuma, ainda, que seja possível a instalação de um aparelho capaz de eliminar a fumaça ao custo de \$90 por ano. Nestas circunstâncias, tal aparelho deve ser instalado. Um dano de \$100 seria eliminado a um custo de \$90 e, assim, o proprietário da fábrica deixaria de gastar \$10 anualmente. Contudo, a solução adotada pode não ser ótima. Suponha que aqueles que sofrem o dano pela fumaça pudessem evitá-lo mudando-se para outras localidades ou, ainda, precavendo-se de outras formas ao custo de – ou que seja equivalente a uma perda de receita no valor de – \$40 por ano. Então, haveria um ganho no valor da produção de \$50 caso a fábrica continuasse a emitir fumaça e os indivíduos prejudicados se transferissem para outro lugar, ou tomassem qualquer outra medida capaz de evitar o dano. Se ao proprietário da fábrica impõe-se a obrigação de pagar um tributo proporcional ao dano causado, seria claramente desejável instituir uma dupla tributação, fazendo com que os residentes do distrito pagassem um montante igual ao custo adicional incorrido pelo proprietário da fábrica (ou pelos consumidores de seus produtos), de modo a evitar a causação do dano. Nessas condições, os indivíduos afetados pela fumaça ou não permaneceriam no distrito, ou adotariam outras medidas com o condão de evitar a ocorrência do dano, tendo em vista que o custo para tanto seria menor do que o custo em que incorreria o dono da fábrica para reduzir o dano (claro, sendo o objetivo do fabricante reduzir mais o montante de tributo a ser pago do que o nível de fumaça emitida). Um sistema tributário que fosse limitado à imposição do tributo ao fabricante causador do dano seria fonte de custos excessivamente elevados para prevenir a ocorrência de danos. Por certo, isso poderia ser evitado caso a base de cálculo do imposto fosse não o dano causado, mas a redução do valor da produção (neste sentido mais amplo) resultante da emissão de fumaça. Contudo, para tanto, seria necessário um conhecimento detalhado das preferências individuais, e não sou capaz de imaginar como o banco de dados para um sistema tributário desse tipo poderia ser elaborado. Com efeito, as propostas de solução do problema da poluição causada pela fumaça, bem como outros problemas similares, através da tributação se sustenta com dificuldades: os problemas relativos ao cálculo; a diferença entre dano

³⁰⁶ COASE, Ronald H., **O Problema do Custo Social**, *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, Vol. 3, Article 9, 2008.

³⁰⁷ KLEIN, Vinicius. **Teorema de Coase**. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius (Coordenadores). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

médio e dano marginal; as inter-relações entre os danos causados a diversas propriedades etc. Mas é desnecessário examinar tais problemas aqui. Basta, para os meus propósitos, demonstrar que, ainda que o tributo equivalêsse, exatamente, ao dano que as propriedades vizinhas viessem a sofrer como resultado de cada lufada adicional de fumaça, o tributo não seria capaz de, necessariamente, proporcionar condições ótimas. Um aumento no número de pessoas morando ou de comerciantes operando nos arredores da fábrica emissora de fumaça aumentará a quantidade de dano causado por uma dada emissão de fumaça. O tributo previsto, da mesma forma, aumentaria quanto maior fosse o número de indivíduos na vizinhança. Tal situação tenderá a levar a uma diminuição do valor da produção de fatores empregados pela fábrica, tanto porque a redução na produção, devido ao tributo, fará com que fatores fossem usados em outras atividades para as quais são menos valiosos, quanto pelo fato de que fatores serão desviados para a produzir meios de reduzir o nível de fumaça emitida. Contudo, as pessoas decididas a se estabelecer nas proximidades da fábrica não levarão em conta essa redução do valor da produção resultante de sua presença no local. O equívoco de não se considerar o custo que é imposto a outros indivíduos é comparável à ação do proprietário da fábrica em não atentar para o dano resultante da fumaça que emite. Sem a imposição do tributo, pode haver fumaça em demasia e pessoas nas proximidades da fábrica em número insuficiente; mas, com o tributo, poderá haver muito pouca fumaça e pessoas, nas proximidades da fábrica, em demasia. Não há razão para supor que um desses resultados é necessariamente preferível ao outro.

Não preciso utilizar muito espaço para discutir o erro semelhante oriundo da proposta segundo a qual as fábricas emissoras de fumaça deveriam, por meio de uma regulação urbanística, ser removidas dos distritos em que a fumaça emitida causa efeitos prejudiciais. Quando a mudança na localização da fábrica resulta em redução da produção, tal fato deve ser, obviamente, levado em conta, sendo sopesado com o dano que seria causado caso a fábrica permanecesse no mesmo local. O objetivo de uma regulação desse tipo não deve ser eliminar a poluição causada pela fumaça, mas, antes, assegurar que o nível ótimo de poluição por fumaça, sendo este caracterizado pela quantidade que irá maximizar o valor da produção³⁰⁸.

Coase então concluiu que a regra da responsabilidade corretiva criada por Pigou não conseguia, de fato, cumprir o seu papel de fazer respeitar a veracidade dos preços, porquanto, segundo Coase, “o mecanismo de preços no mercado existe para fazer prevalecer o uso mais valorizado, qualquer que seja a configuração dos direitos”³⁰⁹.

Nesse passo, *The problem of the social cost* resultou no conhecido Teorema de Coase que, curiosamente, não foi cunhado pelo autor, mas sim por George Stigler, para representar justamente o oposto do objetivo inicial de Coase, de que em uma situação de custo zero na qual há informação perfeita e acessível, bem como um direito de propriedade completo e bem definido, a alocação final do bem, oriunda da livre barganha entre particulares, será sempre eficiente, independentemente da configuração legal acerca da propriedade deste bem. O

³⁰⁸ COASE. Ronald H., **O Problema do Custo Social**. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, Vol. 3, Article 9, 2008, p. 34-35.

³⁰⁹ MACKAAY, Ejan, ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 203.

teorema fez o artigo inaugural de Coase ser um dos trabalhos mais citados tanto no Direito quanto na Economia³¹⁰.

Portanto, enquanto a teoria de Pigou se vale da aplicação de políticas de comando e controle para combater as externalidades negativas, a de Coase parte da premissa de que a existência de um direito de propriedade bem definido seria suficiente para guiar um resultado eficiente entre os particulares de forma a combater, independente do poder coercitivo do Estado, as externalidades.

2.6 Litigância desnecessária e frívola: uma análise econômica

Feitas as devidas considerações acerca dos predicados da AED relevantes ao presente trabalho, o passo seguinte será o de estudar, por esse viés, o fenômeno da litigância abusiva, aqui representado pelas ações desnecessárias, cujas causas de pedir não contenham relevância ao Poder Judiciário para efeito de processamento, e, pelas frívolas, cujas sustentações carecem de base jurídica ou de mérito legal.

Importante destacar, desde logo, que a abusividade não se limita a propositura de ações, sejam elas desnecessárias ou frívolas, mas também atinge a manutenção dessas demandas em juízo a partir de atos que procrastinam indevidamente a preclusão, como a interposição de recursos ou manejos de atos protelatórios, por exemplo.

Imperioso destacar, também, que o comportamento abusivo é um fenômeno que não se limita ao queixoso, mas também pode se estender ao réu na forma de habitualidade.

O acesso à justiça não é pleno e efetivo por várias razões. No entanto, existem duas causas dessa problemática que se destacam e que merecem estudo mais aprofundado para melhor compreender a dificuldade pela qual passa o Poder Judiciário, a fim de oferecer aos jurisdicionados respostas céleres e eficazes. Refere-se aos fenômenos da litigância frívola e da existência dos litigantes habituais³¹¹.

³¹⁰ KLEIN, Vinicius. **Teorema de Coase**. In RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius (Coordenadores). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

³¹¹ MARCELLINO JR. Júlio Cesar. **Análise Econômica do Acesso à Justiça: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 186.

A habitualidade³¹², outro fenômeno bastante recorrente e igualmente danoso ao acesso à justiça, é assim denominada porquanto qualifica o réu que possui maior expertise jurídica diante do fato de participar de um número considerável de processos³¹³. Essa expertise garante uma vantagem processualmente reprovável ao litigante que a partir de uma análise custo-benefício opta, estrategicamente, pela inércia, uma vez que, a violação jurídica se mostra economicamente mais vantajosa, sobretudo quando estão diante de um judiciário superutilizado.

Sobre a litigância habitual Boaventura de Sousa Santos pondera³¹⁴:

Já o litigante frequente programa e estrutura as suas relações contratuais de forma a garantir a sua defesa em caso de eventual conflito, sendo muitas vezes ele próprio a escrever o contrato; tem um acesso fácil a especialistas; beneficia de economias de escala, sendo baixo o investimento inicial para cada litígio; tem oportunidades para estabelecer relações informais com os responsáveis das instituições nos diferentes níveis hierárquicos; tem uma reputação como litigante que se esforça por manter como meio para tornar mais credíveis as suas posições; pode arriscar-se a litigar em ações onde não são claros seus direitos, na medida em que o facto de litigar com frequência o leva a calcular as suas vantagens relativamente a um conjunto de situações, minimizando os altos riscos que possam existir num caso ou noutro; pode e tem interesse em influenciar, não só o próprio conteúdo das leis, substantivas ou processuais, mas também a interpretação, para que ambas lhe sejam favoráveis, visto ser repetidamente afetados por elas.

A habitualidade, mormente concentrada nas mãos da Fazenda Pública e das grandes corporações (telefonias, bancos, seguradoras e financeiras), torna-se uma conduta cômoda e financeiramente vantajosa, isso porque, na prática, apenas uma parcela das falhas oriundas dos serviços são, de fato, judicializadas.

³¹² As vantagens dos “habituais”, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os individuais (CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988, p.25-26).

³¹³ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; REIS, Lucas Silvani Veiga; MOREIRA, Luiza Berlini Dornas Ribeiro. **Os Juizados Especiais Cíveis no Século XXI: dificuldades, promessas e expectativas para a efetividade do acesso à Justiça enquanto Política Pública no território brasileiro**, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/9d1e2ed6a0d7859f7684c715ea2526e8.pdf>>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

³¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Da microeconomia à microsociologia da tutela judicial**. Justiça e democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996, p. 78-79.

Além disso, há o benefício do fator tempo decorrente da leniência da Justiça. Logo, tais fatos dispensam um maior investimento em recursos materiais e humanos, na organização, gestão, logística e administração, bem como em serviços de atendimento ao cliente.

Ocorre que tanto a abusividade por parte do autor, quanto por parte do réu, vem demandando cada vez mais atenção dos estudiosos do Direito, principalmente em razão dos reflexos negativos que acarretam ao Poder Judiciário e a efetividade do acesso à justiça. Entretanto, no que concerne ao presente trabalho, este se limitará a estudar a abusividade tão somente sob a perspectiva daquele, sem olvidar a existência da abusividade deste.

Isso porque, apesar da habitualidade corresponder, quantitativamente, por um número maior de processos³¹⁵, a abusividade do queixoso ainda é um tema pouco estudado no Direito, razão pela qual se optou seguir por esse caminho. E, portanto, um estudo mais analítico acerca deste fenômeno, sobretudo na diferenciação entre demandas desnecessárias e frívolas se faz salutar.

A partir de uma análise mais criteriosa, se pode dizer que no campo das ações desnecessárias se encontram as demandas que não contenham, em razão de alguma circunstância ou característica, relevância ao Poder Judiciário para efeito de processamento.

São aquelas ações que poderiam ser resolvidas de forma administrativa, ou a partir do diálogo entre as partes, ou com o conhecimento prévio das leis. Também se enquadram aqui aquelas ações cujo valor do bem da vida tutelado se mostra ínfimamente inferior ao seu custo de processamento. Entretanto, em razão do fato de serem ínfimos os custos e riscos do litígio, o queixoso opta pela distribuição da ação a adotar qualquer outra providência.

Para ilustrar o raciocínio, imaginemos a situação hipotética de um consumidor que compra um produto defeituoso, reclama com a loja e com o fabricante, mas não consegue solucionar o problema. Se este produto for uma lanterna de pilha de R\$ 10,00, dificilmente este consumidor irá à Justiça em busca de seus direitos, mesmo estando coberto de razão. Já se o produto for um automóvel zero quilômetro, é quase certo que a controvérsia será levada aos tribunais. Agora imaginemos que o Poder Judiciário funcionasse com custo praticamente zero para o potencial autor; que, para propor uma ação judicial, bastasse ao consumidor dar um telefonema, mandar um e-mail ou ir pessoalmente ao juízo e expor na hora o caso. Além disso, suponhamos que a resposta fosse extremamente célere, isto é, que no dia seguinte houvesse o

³¹⁵ A habitualidade correspondeu, em 2011, por 35% de todos os processos em tramite na justiça brasileira. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 Maiores Litigantes**. 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2017).

juízo e o demandante recebesse o valor pleiteado. Nessas circunstâncias, percebe-se intuitivamente que a probabilidade de o comprador da lanterna defeituosa recorrer ao Judiciário seria considerável. Generalizando, também não é difícil perceber que, quanto menores para o autor os custos de ajuizamento das ações, maior será a quantidade de pleitos levada à apreciação do Poder Judiciário³¹⁶.

Na prática, quem vai rotular uma ação como desnecessária não é a parte adversa em sua pretensão resistida, tampouco o juiz ao apreciar o pleito, uma vez que essa qualidade não impede ou obsta o direito constitucional de ação, mas sim o próprio autor em potencial. Isso porque, uma vez corrigidos e equacionados os custos e riscos do litígio, o autor em sua análise custo-benefício preliminar ao ajuizamento da ação, identificará se de fato está disposto a assumi-los. Se, ao final e ao cabo, deixar de propor ou buscar outras formas para solucioná-la, estar-se-ia diante de uma ação desnecessária.

Do contrário, estar-se-ia diante de uma ação com pertinência. Isso porque, mesmo uma ação de baixo valor econômico na qual o autor se dispõe a assumir os seus riscos e custos devidamente equacionados, deixaria de ser desnecessária.

Deste modo, todas as ações não propostas em razão da superação dos contras aos prós, apesar do autor estar convicto do seu direito, serão consideradas desnecessárias e deixarão de movimentar a máquina do Poder Judiciário.

Em outras palavras, a melhor atribuição desse adjetivo ocorre pelo caminho inverso e de forma negativa, ou seja, pelas ações que não serão ajuizadas e que, justamente por isso, nunca existirão no plano material e passarão a ser representadas apenas na forma de estatísticas, ou seja, pela redução de distribuição de ações, por exemplo.

Nesse passo, como alhures mencionado, a partir do momento em que os custos forem devidamente equalizados deixando de ser ínfimos, como na atualidade, essas serão entendidas pelas ações não propostas, uma vez que são fúteis e, justamente por isso, foram barradas pelo juízo subjetivo do próprio queixoso em potencial.

Entretanto, enquanto os custos não forem devidamente equacionados, elas se farão cada vez mais presentes no dia-a-dia da Justiça brasileira, seja na forma de pedido de indenização em razão do vazamento de uma bisnaga de *catchup*, seja na forma de indenização em razão da aquisição de um pão de queijo mofado, ou, até mesmo, por uma simples discussão na internet.

³¹⁶ TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça**. Brasília: Revista CEJ, Ano XV, n. 52, jan./mar. 2011, p. 24-25. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1487/1453>>. Acesso em: 05 de fevereiro 2017.

Para exemplificar ainda mais a recorrência deste fenômeno, outros exemplos foram selecionados: ação de dano moral ajuizada contra companhia aérea, cujos fatos relatam que a autora, uma criança de nove meses, devidamente representada pelo seu genitor, não pode dormir em seu horário habitual em virtude de um pequeno atraso do voo no qual estava presente, o que lhe causou grande frustração, identificada no seu choro; ou ação indenizatória na qual uma senhora demandou oitocentos mil reais de uma fabricante de brinquedos pelo fato de ter sido atingida por uma “fadinha mágica”, manipulada por um criança, montante esse cinco vezes maior do que qualquer indenização por lucros cessantes em casos de incapacidade laborativa total calculada com base na idade da parte autora³¹⁷; ou, também, em ação de dano moral ajuizada em face de uma instituição bancária em razão do travamento da porta giratória, destravada, segundos depois pelo agente de segurança, logo após a entrega dos objetos metálicos, sem qualquer comprovação de conduta excessiva do preposto³¹⁸.

De qualquer sorte, não se olvida que o problema em questão é delicado, sobretudo diante do fato de que a solução não reside na criação de custos demasiados ao ponto de impedir o acesso à justiça. Como já debatido exhaustivamente no capítulo anterior, a efetividade do acesso à justiça compreende tanto o acesso à porta de entrada quanto o de saída do Poder Judiciário, logo, a grande questão reside na implementação de custos que ao mesmo tempo permitam o ajuizamento de demandas autênticas e repilam as ações desnecessárias.

E, portanto, o ponto fundamental nessa questão é a quantificação de um custo que concomitantemente afaste os litigantes inautênticos e não prejudique ou onere os litigantes autênticos.

Ocorre que, como citado, além das demandas desnecessárias, se pode incluir dentro do conceito de inautenticidade as ações frívolas, aquelas com baixíssima probabilidade de êxito, carentes de base jurídica ou de mérito legal. Nas palavras de Patrício, “a litigância frívola pode ser definida como a litigância com baixa probabilidade de êxito provocada pelo queixoso”³¹⁹.

³¹⁷ SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. Dano Moral Imoral. **O abuso à luz da doutrina e jurisprudência**. Florianópolis: Editora Modelo, 2012, p. 67-69.

³¹⁸ RONDÔNIA. Tribunal de Justiça de Rondônia. **Apelação Cível 100.001.2001.015979-6**, Rel. Desembargador Péricles Moreira Chagas.

³¹⁹ PATRÍCIO, Miguel Carolos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Rio de Janeiro: Almedina, 2005, p.61.

O conceito de demandas frívolas parte do que aduz o *Black's Law Dictionary*³²⁰, fonte dos conceitos jurídico mais utilizado nos EUA, que aduz ser a ação com "falta de base jurídica ou de mérito legal; que não é séria ou não razoavelmente proposital"³²¹.

Logo, os termos não se confundem. Enquanto a frivolidade remete a algo frágil, arditoso e estratégico, a desnecessidade é associada a algo inútil, fútil ou supérfluo. Melhor dizendo, a frivolidade se diferencia da desnecessidade, sobretudo pelo fato de que enquanto neste exemplo o queixoso tem um direito legítimo, mesmo que fútil, naquele outro, por uma estratégia processual consciente, o queixoso, mesmo não tendo um direito legítimo, se arrisca a litigar ou a postergar o processo.

Exemplo clássico e bastante recorrente³²² no Judiciário, refere-se à ação declaratória de inexistência de relação jurídica cuja assinatura, após perícia, mostra-se comprovadamente realizada pelo autor³²³. Nesses casos, os autores, sob a tutela da gratuidade, se aventuraram em juízo basicamente em razão de dois fatores, custo zero e possível sucesso circunstancial decorrente da falha do juízo ou do *ex adverso*.

De acordo com Patrício³²⁴, a frivolidade pode, a princípio, até parecer um fenômeno ilógico e irracional, entretanto, o demandante frívolo conta com ao menos quatro variáveis a seu favor:

Certas pistas para a explicação deste paradoxo têm sido delineadas: 1) uma prende-se com a assimetria informativa; 2) outra prende-se com o facto de o queixoso (frívolo) iniciar litigância com um custo reduzido e saber que irá 'ganhar' algo em acordo, a não ser que o 'infrator' realize um esforço assinalável para a sua defesa; 3) outra prende-se com as diversas percepções das partes quanto ao resultado em julgamento, o que poderá beneficiar o litigante frívolo; 4) outra ainda prende-se com a possibilidade de ocorrência de erros judiciais de tipo (erro na condenação).

Quanto à assimetria informativa, primeiro ponto levantado por Patrício, Fábio Ávila de Castro explica que, algumas vezes, os agentes ao promover o ajuizamento de uma ação

³²⁰ Black's Law Dictionary. Editor in Chief Bryan A. Garner (8th ed., 2004), p. 692.

³²¹ "Lacking a legal basis or legal merit; not serious or not reasonably purposeful".

³²² Tal fato tem-se mostrado rotineiro nesta Comarca, com o ajuizamento de inúmeras ações versando sobre supostos contratos fraudulentos, as quais, em grande escala, tem sido julgadas improcedentes pela apresentação do instrumento contratual que legitima as cobranças contestadas (ALAGOINHAS. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Autos: 0000600-22.2064.8.17.0160 e 0000535-27.8.17.0160)

³²³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo Apelação: **Apelação Cível 0034378-93.2011.8.26.0002.**

³²⁴ PATRÍCIO. Miguel Carolos Teixeira. **Análise econômica da litigância.** Rio de Janeiro: Almedina. 2005, p.63.

esperam que os réus não detenham precisão exata acerca da probabilidade positiva ou nula do seu pedido, o que justifica a frivolidade.

O modelo de assimetria informacional consegue justificar a existência da litigância frívola na medida em que o demandado não consegue distinguir se o caso tem probabilidade positiva ou nula para o proponente, mas tal análise foge ao escopo do presente trabalho. Cooter e Ulen (2012, p. 429) fornecem um exemplo interessante sobre os construtores de Nova Iorque, onde os moradores da vizinhança podem embargar a construção de um prédio decidindo ingressar com uma ação judicial cujo único objetivo seria extrair um acordo por parte da construtora, a qual incorrerá em altos custos caso haja atrasos na obra. De qualquer forma, a litigância frívola é vista como um expediente agressivo e desleal e que pode impor pesados custos de transação à sociedade. Desse modo, a legislação de muitos países contém dispositivos empenhados em evitá-la. (Regra 11 do Código de Processo Civil americano, segundo Miceli)³²⁵.

A teoria da assimetria informacional inicialmente trabalhada por Akerlof, Spence e Stiglitz³²⁶, relativiza a escolha racional, uma vez que pressupõe que em qualquer relação econômica uma das partes detém um conhecimento maior sobre os fatos envolvidos na transação. Neste caso, se a assimetria prejudicar a ré e essa imaginar que não conseguirá dentro do prazo preclusivo processual de comprovar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, tenderá, a realizar acordo.

O autor frívolo, portanto, se vale da assimetria informativa e da superutilização do Poder Judiciário para contar com um possível sucesso circunstancial, isso porque, até mesmo a simples manutenção da ação ajuizada sem uma sentença pode induzir que a outra parte opte, em decorrência da assimetria e dos custos da manutenção do litígio, por celebrar um acordo para encerrar a demanda.

Assim, mesmo não existindo o direito em seu favor, o autor reconhece mediante acordo esse direito para reduzir os custos do processo. Baseia-se assim no conhecido brocardo de que mais vale um mau acordo do que uma boa demanda.

Igualmente fomentador é o segundo ponto levantado por Patrício. Isso porque, o fato do litigante, muitas das vezes, iniciar uma demanda sem custo algum ou com os custos

³²⁵ CASTRO, Fábio Ávila. **Modelos Microeconômicos de Análise da Litigância**. Revista da Receita Federal: estudos tributários e aduaneiros, Brasília-DF, v.3, n.1-2, p. 114-138, jan/dez. 2016, p. 131.

³²⁶Ver mais em: AKERLOF, George A.. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. Oxford University Press, Vol. 84, No. 3 (Aug., 1970), pp. 488-500. SPENCE, Michael. Market Signaling: Informational Transfer in Hiring and Related Screening Processes (Harvard Economic Studies). Harvard University Press; 1st Edition edition (January 1, 1974). STIGLITZ, Joseph; ROTHSCILD, Michael. **Equilibrium in Competitive Insurance Markets**. Na Essay on the Economics of Imperfect Information, 1976. Disponível em: <<https://ssl.uh.edu/~bsorense/Rothschild&Stiglitz.pdf>>. Acesso em: 22 de junho de 2017.

bastante reduzidos, induz ao raciocínio egoísta de que, na pior das hipóteses, caso venha a perder a ação, não terá o seu patrimônio reduzido, ou, na melhor delas, poderá contar com uma falha processual do *ex adverso* ou com um erro do Poder Judiciário (quarto ponto levantado por Patrício), levando-o a ajuizar uma ação frívola.

Justamente por isso, ou seja, em razão do baixo custo ser fator incentivador da frivolidade, que o combate desse fenômeno também passará pelo reequilíbrio dos custos do litígio, como já concluiu o relatório inglês *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, de 2009³²⁷:

Aceitamos que há um custo para executar o sistema judicial e que é apropriado que os litigantes sejam cobrados uma taxa para esse custo, seja apenas para desencorajar litígios frívolos. No entanto, deve ser definido em um nível que permita que haja um acesso adequado à justiça para todos na sociedade³²⁸.

Em continuidade, destacam-se os itens três e quatro suscitados por Patrício, quais sejam, percepções das partes quanto ao resultado em julgamento e erros judiciais, ambos correlacionados com a insegurança jurídica.

Por certo que a segurança jurídica transmite aos litigantes maior previsibilidade nos julgamentos. Essa previsibilidade é responsável por sinalizar ao mercado uma estabilidade e um padrão de conduta do Poder Judiciário, conferindo poderes para barrar aventuras jurídicas ou ações cujas causas de pedir já não mais encontram guarida na Justiça.

Entretanto, se a segurança jurídica atua como camada protetora das ações frívolas, uma vez que aumenta a confiabilidade, cognoscibilidade e calculabilidade da Justiça, a insegurança jurídica, consubstanciada em erros judiciais, má prestação jurisdicional, ausência de fundamentação das decisões ou inobservância de precedentes, por sua vez, altera a percepção que o autor detém do seu direito, criando uma euforia desproporcional, melhor dizendo, um otimismo exagerado frente as suas chances de sair exitoso com determinada ação, mesmo que a sua tese e o seu direito estejam superados.

³²⁷ REVIEW OF CIVIL LITIGATION COSTS: FINAL REPORT, de 2009. Disponível em: <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2018.

³²⁸ *We accept that there is a cost to running the court system and that it is appropriate for litigants to be charged a fee towards that cost, if only to discourage frivolous litigation. However, it must be set at a level which enables there to be proper access to justice for all in society.*

Para Teresa Arruda Alvim³²⁹, a previsibilidade das decisões judiciais leva a uma “progressiva diminuição da carga de trabalho do Judiciário, já que a desuniformidade da jurisprudência e a possibilidade, que existe sempre, de que haja uma virada estimulam não só o ato de recorrer, como também a própria propositura de novas ações”.

E, portanto, outra forma de combater a frivolidade que será levada em consideração consiste, justamente, na segurança jurídica, materializada, em grande medida, nos precedentes judiciais.

Ainda dentro da missão de conceituar frivolidade, outro ponto a se destacar é a sua similaridade com a má-fé processual. Entretanto, apensar desse fato, essa semelhança não permite generalização. Isso porque, nem toda demanda frívola pode ser classificada como litigância de má-fé, bem como nem toda litigância de má-fé pode ser considerada frívola.

Dentre o rol processual da litigância de má-fé³³⁰, se pode facilmente afirmar que a pretensão ou defesa contra fato incontroverso, a alteração da verdade dos fatos, a oposição de resistência injustificada ao andamento do processo, a provocação de incidente manifestamente infundado ou a interposição de recurso protelatório, seriam exemplos nos quais ambos os fenômenos atuariam conjuntamente.

Fato é que a frivolidade não assola apenas a Justiça brasileira. De acordo com estudo realizado Deborah Rhode³³¹ nos Estados Unidos:

Os americanos estão em amplo acordo de que a nação tem muitos litígios frívolos, mas também há amplo desentendimento sobre o que cai naquela categoria

(...)

As queixas sobre litígios frívolos e as disputas sobre como defini-lo e controlá-lo não são um fenômeno recente. Durante mais de três séculos, os americanos têm fulminado contra o *bar* como "Lagostas amaldiçoadas e fome" e pragas de "gafanhotos" atormentando a nação com epidemias de litígios injustificados e "saciando a vitalidade" do sistema de livre empresa. A base para este diagnóstico é largamente anedótica. Baseia-se fortemente em que os comentaristas rotulam

³²⁹ ALVIM, Teresa Arruda. **Reflexões a respeito do tema “precedentes” no Brasil do século 21**. JURIS PLENUM, v. XIV, 2017, p. 80.

³³⁰ Art. 80, CPC. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

³³¹ RHODE, Deborah. **Frivolous Litigation and Civil Justice Reform: Miscasting the Problem, Recasting the Solution** Duke Law Journal, 2004, p. 449-450.

"notícias como *vaudeville*": os aberrantes, divertidos "contos de delitos", como aqueles acima mencionados³³².

A frivolidade também foi objeto de estudo de Douglas R Richmond, Brian Shannon Faughnan, Michael L Matula³³³:

Uma definição confiável do que constitui uma reivindicação ou contenção frívola com uma moeda substancial em todo o país, e que parece se aplicar tão facilmente à avaliação das afirmações factuais subjacentes quanto aos argumentos legais, é encontrada na Atualização (Terceiro) da Lei que regula os advogados. A *Restatement* descreve uma reivindicação ou contenção como frívola quando é uma "que um advogado de competência ordinária reconheceria como tão carente de mérito que não há nenhuma possibilidade substancial de que o tribunal o aceite"³³⁴.

Nos EUA, inclusive, o advogado é proibido de propor demandas frívolas podendo ser punido se assim o fizer³³⁵:

É importante lembrar que a Regra de Modelo 3.1 e seus análogos não só proíbem que os advogados tragam um processo onde isso seja frívolo, mas também proíbem a busca de certas questões dentro de um processo se essas questões não puderem ser legitimamente apoiadas, mesmo que outras reivindicações no mesmo processo são inteiramente válidos. Essas proibições se aplicam naturalmente com a mesma força aos advogados que estão defendendo processos³³⁶.

³³² *Americans are in widespread agreement that the nation has too much frivolous litigation but there is also broad disagreement about what falls into that category (...) Complaints about frivolous litigation, and disputes about how to define and control it, are by no means a recent phenomenon. For over three centuries, Americans have fulminated against the bar as "cursed hungry Caterpillars" and plagues of "locusts" tormenting the nation with epidemics of unwarranted litigation and "sapping the vitality" from the free enterprise system. The basis for this diagnosis is largely anecdotal. It draws heavily on what commentators label "news as vaudeville": the aberrant, amusing "tort tales" like those noted above.*

³³³ RICHMOND, Douglas R., FAUGHNAN, Brian Shannon e MATULA Michael L. **Professional Responsibility in Litigation, Second Edition** – eBook. ISBN: 978-163425-442-7. Prodcy Code: 5190530EBK, 2016, p.3.

³³⁴ *A reliable definition of what constitutes a frivolous claim or contention with substantial currency across the nation, and that seems to apply as readily to evaluating underlying factual assertions as to legal arguments, is found in the Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers. The Restatement describes a claim or contention as being frivolous when it is one "that a lawyer of ordinary competence would recognize as so lacking in merit that there is no substantial possibility that the tribunal will accept it.*

³³⁵ RICHMOND, Douglas R., FAUGHNAN, Brian Shannon e MATULA Michael L. **Professional Responsibility in Litigation, Second Edition** – eBook. ISBN: 978-163425-442-7. Prodcy Code: 5190530EBK, 2016, p.3.

³³⁶ *It is important to remember that Model Rule 3.1 and its analogs not only prohibit lawyers from bringing a proceeding where doing so would be frivolous, but also prohibit the pursuit of certain issues within a proceeding if those issues cannot be legitimately supported, even though other claims in the same proceeding are entirely valid. These prohibitions naturally apply with equal force to lawyers who are defend-ing proceedings.*

Sobre a obrigação dos advogados em se opor ao ajuizamento de demandas frívolas, o tribunal de Wisconsin assim se posicionou³³⁷:

Um advogado pode confiar em seu cliente para a base factual para um pedido quando as declarações do cliente são objetivamente razoáveis, mas isso não significa que um advogado sempre atua razoavelmente ao aceitar as declarações de um cliente. Se é razoável confiar em um cliente depende, em parte, se há outro meio para verificar o que o cliente diz sem descobrir. Uma parte e um advogado não podem confiar em descobertas formais após a apresentação de uma ação para estabelecer a base factual para a causa de ação quando a base factual necessária puder ser estabelecida sem uma descoberta formal. Além disso, ao decidir se deve confiar em um indivíduo para o fundamento factual de um pedido, um advogado deve questionar cuidadosamente o cliente e determinar se o conhecimento do cliente é direto ou ouvi-lo e é plausível; o advogado não pode aceitar a versão do cliente dos fatos apenas com fé. As alegações de um cliente de má conduta grave de outro podem exigir uma investigação mais séria. Embora a investigação não seja necessária para ser razoável e não precisa envolver etapas que não sejam justificadas pelos custos ou que não produza resultados, o signatário deve explorar as vias de inquérito factualmente disponíveis, em vez de simplesmente tomar uma palavra de cliente³³⁸.

Ramiro de Valdivia Cano³³⁹ também se dedicou a estudar o tema. Nas palavras do professor peruano:

Segue-se que uma atitude frívola afeta o Estado Constitucional do Estado e é séria para os interesses de outros litigantes. Mas é oneroso, em geral, para todos os cidadãos, a incerteza gerada por uma demanda ou a promoção dos meios impugnantes; bem como para os interesses daqueles que se mostram seriamente nesta instância. Os casos de frivolidade ou bizantinismo subtraem tempo e esforço dos juízes que intervêm neles e podem distrair a atenção das questões que realmente

³³⁷ WISCONSIN, 676 N.W.2d 580 (Wis. Ct. App. 2004).

³³⁸ *An attorney may rely upon his or her client for the factual basis for a claim when the client's statements are objectively reasonable, but this does not mean that an attorney always acts reasonably in accepting a client's state-ments. Whether it is reasonable to rely on one's client depends in part upon whether there is another means to verify what the client says without discov-ery. A party and attorney may not rely on formal discovery after the filing of a suit to establish the factual basis for the cause of action when the required factual basis could be established without formal discovery. In addition, in deciding whether to rely on one's client for the factual foundation of a claim, an attorney must carefully question the client and determine if the client's knowledge is direct or hearsay and is plausible; the attorney may not accept the client's version of the facts on faith alone. Allegations by a client of serious misconduct of another may require a more serious investigation. While the investigation need not be to the point of certainty to be reasonable and need not involve steps that are not cost-justified or are unlikely to produce results, the signer must explore readily available avenues of factual inquiry rather than simply taking a client's word.*

³³⁹ CANO, Ramiro de Valdivia. La Tutela Judicial Efectiva Y Las Demandas Frívolas.2017, p.13. Disponível em:

<<https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c60c6f8040867828843e9429891cd1ab/TUTELA+JURIDICA+EFECTIVA+PUBLICAR.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c60c6f8040867828843e9429891cd1ab>>. Acesso em: 26 de junho de 2017.

são de transcendência. Mesmo a própria Corte é afetada pelo uso e atrito de elementos humanos e materiais em questões que, obviamente, são insustentáveis³⁴⁰.

Devidamente postos os dogmas de demandas desnecessárias e frívolas que serão adotados no presente estudo, analisar-se-á, agora, o conceito de litigância. E, o termo que será aqui usado transcende a conceituação clássica de Carnelluti, para quem lide seria definida por um conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro³⁴¹.

Aqui a litigância será compreendida também como um fenômeno social, de natureza pré-processual, que não se inicia, necessariamente, com a propositura da ação, mas sim, antes dela³⁴². Melhor dizendo, a litigância terá o seu conceito clássico alargado para abarcar também os motivos que levam um sujeito ajuizar ou contestar uma ação, renunciar ou fazer valer o seu direito de recorrer, realizar ou não um acordo etc. Enfim, considerar-se-á todo o percurso do litígio, desde a ocorrência do suposto dano até a entrega de uma decisão final³⁴³.

Quanto à compreensão do comportamento humano, utilizar-se-á, como citado, um parâmetro econômico, segundo o qual os litigantes são agentes racionais e motivam suas ações com base na análise de custos e benefícios de modo a gerar a maximização do seu bem-estar.

Um indivíduo racional irá tomar sua decisão com base numa análise de custo e benefício em que irá considerar os custos iniciais da ação (contratação de advogado, pagamento de custos administrativos, etc.) e os possíveis ganhos futuros que terá por intermédio de um acordo ou do julgamento favorável da ação judicial³⁴⁴.

³⁴⁰ *De ello se sigue que una actitud frívola afecta el Estado Constitucional de Derecho y resulta grave para los intereses de otros litigantes. Pero es gravoso, en general, para toda la ciudadanía, por la incertidumbre que genera una demanda o la promoción del medio impugnatorio; así como para los intereses de aquellos que sí acuden con seriedad a esta instancia. Los casos de frivolidad o el bizantinismo restan tiempo y esfuerzo a los juzgadores que intervienen en ellos, y pueden distraer la atención de los asuntos que realmente son de trascendencia. Inclusive el propio Tribunal se ve afectado con el uso y desgaste de elementos humanos y materiales en cuestiones que son evidentemente insostenibles*

³⁴¹ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Ed. Lejus, 1999 e CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Ed. Classic Books, 2000.

³⁴² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**, Volume Único. Salvador: JusPodivm, 2017.

³⁴³ CASTRO, Fábio de Ávila. **Modelos Microeconômicos de Análise da Litigância**. Revista da Receita Federal: estudos tributários e aduaneiros, Brasília-DF, v.3, n.1-2, p. 114-138, jan/dez. 2016.

³⁴⁴ CASTRO, Fábio de Ávila. **Modelos Microeconômicos de Análise da Litigância**. Revista da Receita Federal: estudos tributários e aduaneiros, Brasília-DF, v.3, n.1-2, p. 114-138, jan/dez. 2016, p.116.

Com efeito, quando a escolha racional é sobreposta a litigância, se pode afirmar, com razoável segurança, que os motivos pelos quais um agente é levado a colocar a sua causa perante um Tribunal é sempre o resultado de uma avaliação racional, mais ou menos informada, dos custos e benefícios dessa decisão³⁴⁵.

Nos custos, grosso modo, são contabilizados as custas processuais, honorários de advogado, honorários de perito e as despesas sucumbenciais envolvidas, caso a ação seja malsucedida. Nos benefícios são contabilizados não apenas o bem da vida pleiteado, mas os eventuais benefícios extraprocessuais obtíveis, como a satisfação de um desejo de vingança ou uma melhor posição negocial. Essa avaliação é, muitas vezes, intuitiva e sua sofisticação varia com a quantidade de informações disponíveis e com a sofisticação do próprio agente. Dessa forma, a premissa é que a parte que escolhe litigar sopesa os custos e os benefícios esperados de se usar esse mecanismo social de resolução de conflito versus outros mecanismos ou mesmo o abandono do litígio³⁴⁶.

E justamente com o intuito de descobrir esses motivos, o Conselho Nacional de Justiça apresentou, em 2011, um relatório surpreendente, cuja conclusão aferida foi a de que duas das principais razões consistiam nos baixos custos ou baixos riscos e na utilização do sistema como instrumento para postergar responsabilidades.

Os usuários do Judiciário são agentes racionais que têm variadas motivações para litigar: ausência ou baixo nível dos custos, incluindo aqui também o baixo risco; a busca de um ganho; busca do Judiciário como meio, por exemplo, para postergar responsabilidades (uso instrumental); e a percepção de ter sido lesado moral, financeira ou fisicamente. Dentre todas essas motivações, sobressaem-se em muito, na percepção dos diversos grupos de entrevistados, a conjugação de baixos custos com baixa exposição a riscos³⁴⁷.

Esse resultado confirma duas premissas essenciais da Economia presentes na litigância, uma de que os queixosos ponderam os custos e benefícios no momento de ajuizar uma ação se valendo do predicado da escolha racional, outra que eles nem sempre são motivados por um senso de justiça e podem atuar também de forma oportunista, ou seja, que as pessoas litigam em busca dos seus interesses e não de direitos. Ocorre que algumas vezes os interesses e os direitos são convergentes, outras tantas não.

³⁴⁵ PATRÍCIO. Miguel Carolos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Rio de Janeiro: Almedina. 2005.

³⁴⁶ GICO JR, Ivo, ARAKE, Henrique. **De graça até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade da justiça**. EALR, V. 5, nº 1, p. 166-178, Jan-Jun, 2014, p. 168.

³⁴⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira**. 2011, p. 14. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2018.

Quanto à ponderação dos custos e benefícios, a Economia pode, tranquilamente, ao se valer da escolha racional, afirmar ao Direito que o agente ajuizará uma demanda sempre que os benefícios dessa ação se mostrarem maiores do que os seus custos. Já, quanto à ausência do senso de justiça, a Economia pode, de igual modo, elucidar ao Direito que o mercado apresenta falhas, sendo uma delas, o comportamento oportunista.

A pesquisa aponta, também, que é justamente dentro dessa gama de motivações, baixo custo e uso instrumental, que residem as chamadas demandas desnecessárias e frívolas e que, ao contrário do que o senso comum leva a crer, são muito mais recorrentes do que se imagina.

Pode-se dizer que percentual significativo da abusividade na utilização da via judicial no Brasil decorre da esperada racionalidade dos agentes econômicos, já que os custos suportados individualmente pelos litigantes são, na maioria das vezes, irrisórios ou, mesmo, inexistentes em decorrência da gratuidade processual. Por conseguinte, qualquer expectativa de ganho (chance de sucesso), por mínima que seja, faz com que um agente de comportamento racional opte pela propositura de uma ação judicial³⁴⁸.

Nessa toada, é inegável o fato de que a abusividade interfere, drasticamente, no efetivo acesso à justiça, sobretudo no Brasil, que cada vez mais vem sentindo os efeitos negativos dessa enxurrada de demandas inconsequentes.

Na literatura internacional, são muitos os trabalhos que apontam falhas nas regras referentes à distribuição dos custos processuais como causa de utilização excessiva dos serviços do Judiciário, especialmente de litigância frívola (com baixa probabilidade de êxito). O panorama da abusividade no Brasil, porém, é muito mais grave do que o estudado em tais trabalhos. Com efeito, há no País verdadeira pandemia de litigância inconsequente – aquela decorrente da ausência ou do baixo risco do risco de litigar –, sendo que apenas os casos extremos podem, eventualmente, ser enquadrados nas hipóteses de litigância de má-fé.
[...]

Pode-se dizer que percentual significativo da abusividade na utilização da via judicial no Brasil decorre da esperada racionalidade dos agentes econômicos, já que os custos suportados individualmente pelos litigantes são, na maioria das vezes, irrisórios ou, mesmo, inexistentes em decorrência da gratuidade processual. Por conseguinte, qualquer expectativa de ganho (chance de sucesso), por mínima que seja, faz com que um agente de comportamento racional opte pela propositura de uma ação judicial³⁴⁹.

³⁴⁸ TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça**. Brasília: Revista CEJ, Ano XV, n. 52, jan./mar. 2011, p. 24. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1487/1453>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2017.

³⁴⁹ TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça**. Brasília: Revista CEJ, Ano XV, n. 52, jan./mar. 2011, p. 29-30. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1487/1453>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2017.

Diante desse cenário, apesar dos impactos negativos oriundos dessa prática e os esforços do Poder Judiciário em combatê-la, o que se vê é que o Direito, por si só, tem se mostrado insuficiente para compreender a lógica racional dessa conduta, de modo a não conseguir contê-la a contento.

Justamente por essa razão que o presente trabalho busca estudá-la a partir da interdisciplinaridade, mais especificamente, a partir do diálogo entre o Direito e a Economia, com o propósito de encontrar uma lógica para a prática desse fenômeno e, com isso, subsidiar a criação de mecanismos legítimos capaz de mitigá-lo.

2.7 Bens públicos e recursos comuns: falhas de mercado e externalidades da litigância

Não raras vezes a estrutura do livre mercado apresenta falhas que atuam na contramão da eficiência, e, uma dessas falhas reside, justamente, nos chamados bens públicos ou recursos comuns.

Para a Economia, os bens públicos puros e os recursos comuns se diferem dos bens privados porquanto, ao contrário desses, não são exclusivos, ou seja, estão à disposição de toda uma coletividade.

Entretanto, enquanto no caso dos recursos comuns há rivalidade, uma vez que o consumo de um agente normalmente interage com o consumo de outro, os públicos puros estão simultaneamente à disposição de todos sem que isso represente um decréscimo da sua quantidade e qualidade. Em outras palavras, o fato do agente “A” consumir o bem não impede o agente “B” de fazê-lo em sua totalidade³⁵⁰.

Logo, os bens públicos puros são aqueles naturalmente insuscetíveis de exclusão, de difícil demarcação e limitação, que não rivalizam e que, por isso, não congestionam. Com efeito, a utilização por parte de um agente não afeta o consumo por parte outrem. A defesa

³⁵⁰ MUELLER, Charles C. **A teoria dos bens públicos e a economia do bem-esta**. Revista IPE - Instituto de Pesquisas Econômicas, v. 2, n 4, p. 95-112, 1972.

nacional, a iluminação pública e as estradas e pontes públicas não congestionadas são bens que se enquadram nessa conceituação³⁵¹.

Já os bens de uso comum, também chamados de bens públicos impuros e comumente tratados como sinônimos de bens públicos puros, com esses não se confundem. Enquanto os puros não são excludentes, tampouco, apresentam rivalidade, os impuros, apesar de não excludentes, rivalizam, como por exemplo o meio ambiente, os peixes do oceano e as estradas e pontes públicas congestionadas.

Para melhor compreensão dessa categoria fonte habitual de confusão, basta visualizar que nos impuros há um alto nível de rivalidade na utilização do recurso e uma difícil ou impossível exclusão do seu uso.

Caracterizemos novamente, pois, os recursos comuns como aqueles bens que, sendo de acesso livre, ou de acesso dificilmente restringível, geram, entre aqueles que a eles têm acesso, problemas de rivalidade no uso, no sentido de a utilização que é dada por cada um poder conflitar, ao menos a partir de certo nível de intensidade, com a utilização que fica disponível para os demais³⁵².

Assim temos os principais tipos de bens segundo a Economia: os privados, que são excludentes e rivais (casa, carro, cigarro, peça de teatro paga etc.); os públicos, que não são excludentes nem rivais (defesa nacional, iluminação pública, peça de teatro pública e vazia) e; os de uso comum, que não são excludentes, mas são rivais (meio ambiente, uma peça de teatro pública lotada etc.).

Deste modo se percebe que essa classificação não é absoluta, ou seja, pode flutuar dependendo do momento no qual o bem é analisado. Uma estrada pública, por exemplo, nos horários de pico pode ser vista como um bem de uso comum, enquanto, na madrugada, pode ser classificada como um recurso público, dependendo do grau de rivalidade.

De qualquer sorte, ambos os bens compartilham da mesma dificuldade de exclusão eficiente, característica que impacta de forma significativa nas premissas do mercado, embaralhando, consideravelmente, o raciocínio econômico.

³⁵¹ SAMUELSON, P. A. “The Pure Theory of Public Expenditure”, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, (1954), pp. 387-389.

³⁵² ARAÚJO, Fernando. *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios - O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação*. Coimbra: Almedina, 2008, p.70.

Ciente dessas diferenciações, ponto crucial agora é identificar em qual desses quadrantes se encontra a Justiça, bem como quais consequências negativas podem ser observadas em razão dessa classificação.

E a questão aqui é de fácil resolução. Partindo da premissa da inafastabilidade da justiça, bem como o fato de que o sistema vive uma crise decorrente da sua superutilização (rivalidade), estar-se-á diante de um recurso de uso comum.

Com efeito, dentre os principais problemas estudados pela Economia decorrentes dessa categorização, talvez os que mereçam maior atenção e destaque do presente estudo estão na figura dos *free riders*³⁵³ e na tragédia dos comuns³⁵⁴.

2.8 *Free-riders*

Também conhecidos como caronas, os *free-riders* utilizam determinado bem sem arcar com os seus custos de produção, aproveitando o fato de que outros agentes arcarão³⁵⁵.

Partindo do pressuposto de que os recursos comuns não admitem exclusão, o carona evita custeá-lo esperando que outros o façam. Entretanto, se por alguma razão a manutenção dessa utilidade comece a lhe trazer algum ônus, há grandes chances de que esse comportamento não seja perpetuado, seja em sua totalidade, seja em sua parcialidade.

Sob o prisma econômico, o comportamento *free-rider* ocorre quando certos agentes se beneficiam, sem custo, da utilidade de determinado bem, em razão da impossibilidade de individualizar o consumo do bem usufruído. Nessa situação, o carona busca a maximização do seu interesse às custas de outrem³⁵⁶.

Considere um escritório de advocacia que esteja empregando vários de seus funcionários em um caso específico. Em outras palavras, há uma equipe de advogados assessorando um cliente. Uma reunião exigirá uma boa preparação de

³⁵³ MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p.47.

³⁵⁴ ARAÚJO, Fernando. **A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios - O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação**. Coimbra: Almedina, 2008.

³⁵⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

³⁵⁶ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

ESCOLA DE DIREITO
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD

material para orientar o cliente sobre a estratégia adotada. O objetivo final é, claro, vencer no tribunal. Mas será que a equipe de advogados trabalhará arduamente?

Se cada advogado possuiu um impacto muito pequeno sobre o resultado final, sua perspectiva é a de se esforçar pouco, deixando para os outros colegas a tarefa de fazer um bom trabalho. Eis o problema do carona (*free-rider*). Pior ainda, se todos os membros da equipe pensam da mesma forma, a perspectiva de vitória desaparecerá rapidamente. O problema ocorre porque a ação coletiva da equipe resulta das ações individuais de seus membros e, neste caso, os incentivos não são favoráveis a um maior engajamento individual.

Claro que, sabendo disto, os sócios do escritório buscarão criar incentivos que corrijam o problema, preferencialmente antes que o mesmo aconteça. Eventualmente, grupos pequenos sofrem menos com este problema, dada a maior capacidade de monitoramento que seus membros têm entre si. Outro incentivo interessante seria ligar o desempenho individual com o do grupo, criando um ambiente mais propício à colaboração (e também de monitoramento conjunto).

Embora originalmente utilizado para explicar problemas de bens públicos, o problema do carona ocorre em diversas situações da vida social, como demonstrado neste exemplo³⁵⁷.

Um caso muito recorrente no Judiciário brasileiro e que pode até certa medida ser traduzido em um comportamento *free-rider* é a do consumidor que mesmo inadimplente não pode ter a sua luz cortada. Em outras palavras, ele se beneficia da utilização de um recurso sem ônus enquanto outros estão pagando a conta da sua inadimplência em forma de transbordamento.

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE TARIFA. CORTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. É condenável o ato praticado pelo usuário que desvia energia elétrica, sujeitando-se até a responder penalmente. 2. Essa violação, contudo, não resulta em se reconhecer como legítimo ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento de energia. 3. A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável subordinado ao princípio da continuidade da sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção. 4. Os arts. 22 e 42 do Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público. 5. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade. 6. Não há de se prestigiar atuação da justiça privada no Brasil, especialmente quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios da inocência presumida e da ampla defesa. 7. O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar quem deles de utiliza. 8. Recurso improvido³⁵⁸.

³⁵⁷ ARAÚJO JR., Ari Francisco; SHIKIDA, Cláudio Djissey. **Microeconomia**. Organizador: TIMM, Luciano Benetti. Direito e Economia no Brasil. São Paulo. Editora Atlas, 2012, p. 72.

³⁵⁸ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em mandado de segurança n2 8915-MA em 12.11.1998**. Relator o Ministro JOSE DELGADO.

Especificamente no caso do acesso à justiça, essa conduta fica mais evidente quando o litigante é beneficiário da gratuidade da justiça, momento em que lhe é retirado, praticamente, todos os custos do litígio.

Independente da parte fazer jus ou não à gratuidade, sua concessão já reflete um efeito carona no sistema, uma vez que o custo de litigar, seja financeiro, seja de utilidade, é transferido para os que, ao contrário do carona, estão arcando com o Poder Judiciário, afinal, nenhum bem é essencialmente gratuito. Veja que o comportamento carona não existe apenas na abusividade ou ilegalidade, essa entendida quando alguém indevidamente pede e recebe o a gratuidade, mas sim aos que inclusive fazem jus a esse direito.

Por essa razão que o ponto de maior destaque no comportamento carona não é a atuação do agente em si, mas sim estudar as linhas de incentivos que levam a determinado comportamento. Entrar-se-á, mais adiante, na questão específica da gratuidade da justiça que, como mencionado, enseja o comportamento carona do litigante, de qualquer sorte, imperioso mencionar que para combatê-lo ou, pelo menos, mitigá-lo, uma forma seria alterar os incentivos, ou seja, a forma como a gratuidade é concedida por exemplo.

A não ser que mecanismos institucionais sejam desenvolvidos para prevenir que usuários não-autorizados utilizem o recurso, haverá fortes incentivos para que pessoas explorem tal recurso de forma predatória, sem investir nele (o problema do caroneiro, freeriding), o que – por sua vez – levará ao subinvestimento no referido recurso. Por outro lado, os frutos ou o produto do recurso comum são rivais, isto é, o consumo por uma pessoa impede substancialmente que outras pessoas o utilizem. A dificuldade de limitar o acesso combinada com a rivalidade do uso leva aos conhecidos problemas de congestionamento das vias urbanas, da poluição ambiental internacional, da pesca dos cardumes internacionais de atum e baleia além do nível sustentável etc.³⁵⁹.

Com efeito, as consequências desse comportamento são absorvidas pela sociedade na forma de externalidades negativas, ou seja, via transbordamento, porquanto todos acabam sofrendo com as consequências negativas da morosidade decorrente da atuação do carona.

Portanto, enquanto os bens privados são produzidos e distribuídos de forma eficiente, os recursos de uso comum, como é o caso da Justiça, não o são. E é justamente esse atributo

³⁵⁹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário.** Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, DF, 2012, p.101.

que dá ensejo aos comportamentos *free-riders*, nos quais pessoas pegam caronas às custas da sociedade e os custos acabam sendo socializados enquanto os benefícios privatizados³⁶⁰.

2.9 Tragédia dos comuns

Como visto, a Justiça, de acordo com a teoria econômica, é um bem de uso comum cuja característica principal reside na soma entre a dificuldade ou impossibilidade de limitar o seu acesso, com a rivalidade do seu consumo.

Ocorre que é justamente essa a essência da metáfora popularmente conhecida como a Tragédia dos Comuns, originalmente concebida por William Forster Lloyd e popularizada por Garrett Hardin:

Tal teoria foi indicada originariamente por William Forster Lloyd, ao analisar a posse comunal da terra em aldeias medievais. O conceito parte do impasse criado pelo conflito entre interesses individuais e o uso/exploração de bens comuns ou públicos. Isto implica dizer que, sem limitações, a tendência individual é aumentar a demanda – já que sem custos internalizados –, gerando a “superexploração” do recurso comum, não raro, implicando sua extinção ou inutilidade.

Hardin, por sua vez, demonstrou o problema por meio da parábola de um grupo de pastores que tinham seus animais numa terra pública. Cada pastor pensava em adicionar um animal a seu rebanho com o seguinte raciocínio: um animal extra proporcionaria bom lucro adicional e, no geral, a pastagem diminuiria somente um pouco, então parece perfeitamente lógico aos pastores colocarem um animal extra. A tragédia ocorre quando todos os outros pensam da mesma maneira. Quando todos adicionam um animal, a terra se torna superpopulosa e, em breve, não sobrá nenhum pasto ³⁶¹.

O termo é amplo permite uma reflexão variada. Serve tanto para representar as praias no auge do verão, os parques públicos nos fins de semana, a pesca em alto-mar, a degradação do meio ambiente e, também, a Justiça. E o ponto de conversão entre todos esses exemplos reside no fato de que o uso desmedido pode levar a extinção ou inutilidade do bem.

A tragédia se dá, portanto, quando um indivíduo tenta, dolosamente ou não, se aproveitar ao máximo da utilidade de um bem comum pensando que sua conduta,

³⁶⁰ MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

³⁶¹ MARCELLINO JR. Júlio Cesar. **Análise Econômica do Acesso à Justiça: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 157.

isoladamente, não o afetará. Entretanto, o mesmo comportamento é replicado coletivamente, o que pode vir a causar a sua extinção, fato não pretendido por nenhum dos usuários, daí a tragédia.

Também conhecida por Tragédia dos Baldios³⁶², a ideia ilustra bem o tratamento concedido na atualidade pelos litigantes a Justiça, uma vez que os baldios se valem da exploração inconsequente dos bens de acesso livre ou de difícil restrição, causando conflitos entre os sujeitos, no sentido de que a utilização que é dada por cada um pode conflitar, ao menos a partir de certo nível de intensidade, com a utilização que fica disponível para os demais.

Portanto, em sendo o acesso à justiça encarada como um recurso de uso comum e de fácil ingresso pelos agentes particulares, sua efetividade encontrará, novamente, uma forte barreira na conduta individualista dos agentes, sobretudo no fato de que a ausência de qualquer restrição para o uso desse bem em uma sociedade acarreta na sua hipertutilização ou, até mesmo, no seu esgotamento.

De acordo com Marcellino Jr., a questão da exploração desmedida do Poder Judiciário, sobretudo pelos litigantes inautênticos, é salutar.

Usando de recurso metafórico, pode-se dizer que o abuso de direito de ação, especialmente em casos de litigância de baixa probabilidade de êxito e no caso de demandas repetitivas, poderia acarretar uma tragédia do acesso à justiça. Para atender interesses individuais ou de pequenos grupos, pode-se acarretar prejuízo à coletividade em grandes proporções. Os recursos públicos investidos no Poder Judiciário são limitados e finitos. O excesso de demandas judiciais impróprias em relação à forma de propositura acarreta um volume que não pode ser assimilado pela estrutura do Judiciário, o que gera lentidão e inefetividade. Toda a coletividade acaba sendo prejudicada pelas ações individuais ou de pequenos grupos que não podem ser filtradas pelo sistema. Por consequência, prejudica-se o acesso à justiça, e inviabiliza-se sua concretização plena³⁶³.

Portanto, é a tragédia da Justiça que está em jogo. E justamente por isso que se faz necessária uma equalização dos custos do processo com o fito de limitar o seu acesso, sobretudo afastando as demandas desnecessária e frívolas, impedindo que a hipertutilização desse bem leve-o a inutilidade.

³⁶² Ver a respeito em: ARAÚJO, Fernando. **A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios - O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação**. Coimbra: Almedina, 2008.

³⁶³ MARCELLINO JR., Júlio Cesar. **Análise Econômica do Acesso à Justiça: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 161

2.10 Considerações finais

O segundo capítulo se ocupou em analisar o fenômeno da litigância a partir do método da Análise Econômica do Direito, em especial, o fenômeno da litigância inautêntica, desnecessária e frívola, que nasce com a universalização do acesso trabalhada no capítulo anterior e contribui para a inefetividade do acesso e ineficiência da Justiça.

E a justificativa para a aplicação desse instrumento interdisciplinar consiste no fato de que ele permite ao Direito, a partir dos seus predicados, abordar o problema de uma forma diferenciada que não apenas jurídica, sobretudo o comportamento do agente causador desse fenômeno, o litigante.

Para tanto, assuntos como escolha racional, escassez, análise de custo e benefício, incentivos e externalidades foram explicados e correlacionados com a litigância, justamente com o propósito de generalizar o comportamento humano, dizendo como os litigantes se comportarão e quais as consequências dos seus atos.

Assim, a par de toda essa lógica comportamental, o próximo passo será dado na direção de sugerir a aplicação de mecanismos de controle capazes de barrar a litigância inautêntica, ou seja, filtros de controle que ou impeçam o ajuizamento de demandas desnecessárias e frívolas, ou atuem de modo a fazer com que o processamento delas não perdue por tanto tempo no Poder Judiciário, ciente de que isso contribuirá para o equacionamento da crise enfrentada pela Justiça.



3 MECANISMOS DE CONTROLE

Os mecanismos de controle contra o abuso do direito de ação, também chamados de filtros, atuam no sentido de obstar que as demandas desnecessárias ou frívolas sejam ajuizadas ou, caso já tenham sido, reduzam o seu tempo de vida útil no Poder Judiciário. Em outras palavras, podem se dar tanto na forma *ex ante*, quanto *ex post*, e sempre por meio da criação ou modulação de incentivos.

Os incentivos, de acordo com a teoria econômica clássica, partem da máxima de que os agentes, no presente caso, os litigantes, são maximizadores de bem-estar e, portanto, exploram suas opções para adotar aquela que melhore ou, que pelo menos, não piore a sua situação original. Nesse sentido, se as oportunidades forem alteradas, o comportamento dos litigantes também serão³⁶⁴.

Assim sendo, os incentivos certos farão com que litigantes atuem de modo a gerar eficiência ao mercado (Justiça). De outro lado, a existência de incentivos mal equacionados, além de fomentar a aparição de comportamentos oportunistas, farão com que os litigantes gerem desperdícios, causando a ineficiência da Justiça e externalidades negativas a sociedade.

A título de exemplificação, cita-se a recente reforma trabalhista que alterou, sensivelmente, os incentivos presentes no litígio. Dentre as mais de cem alterações, destacam-se a criação de critérios objetivos para a concessão da gratuidade da justiça e a condenação em custas e honorários advocatícios a parte sucumbente.

Essas alterações, de acordo com os números extraídos dos Tribunais Regionais do Trabalho, representaram uma redução de mais de 70% de processos distribuídos nacionalmente já no primeiro mês. O número foi de 84 mil casos em dezembro de 2017, ante 280 mil em novembro do mesmo ano. Mesmo quando comparado com dezembro de 2016 (188,4 mil), a redução é altamente expressiva: 56% das ações³⁶⁵.

De uma forma geral, se pode dizer que tanto a criação, interpretação e aplicação da lei, quanto os precedentes, a jurisprudência, os atos administrativos, o comportamento do *ex*

³⁶⁴ KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

³⁶⁵ Ver mais em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-07/acoes-caem-todos-trts-advogados-apontam-represamento>>. Acesso em: 22 de maio de 2018.

adverso, a cultura de determinada sociedade e o próprio Poder Judiciário, funcionam como incentivos e interferem no comportamento do litigante.

Daí a importância da AED, bem como do conhecimento da teoria institucionalista, isto porque:

A economia moderna se fundamenta basicamente no estudo dos incentivos para as condutas humanas. O direito, por sua vez, pode ser considerado como uma técnica institucional de controle do comportamento humano pelo uso da força estatal (em contraposição ao uso de pressão social ou moral). Sendo assim, a Análise Econômica do direito nada mais é do que a utilização do ferramental teórico econômico para estudar os incentivos gerados pelo ordenamento jurídico. Nas sociedades modernas, o direito constitui um dos mais importantes instrumentos de alteração da estrutura de incentivos dos agentes econômicos, logo, de seu comportamento. A relação entre direito e desempenho econômico, portanto, parece ser óbvia. Não obstante, dois problemas parecem ter evitado que a investigação desse fato se desenvolvesse: a carência de consenso na literatura econômica sobre as variáveis relevantes para o crescimento (Easterly, 2002 [2001]), e.g. capital, educação, investimento, e a falta de atenção da teoria neoclássica ortodoxa, então dominante, para com as instituições formais e informais e sua importância no desenvolvimento econômico das nações (North, 2007 [1990])³⁶⁶.

Com efeito, não há como falar em incentivos sem levar em consideração a teoria institucional que, como já explicado, além de levar em consideração a ideia de que as pessoas reagem a incentivos da escola clássica, a ela soma o poder das instituições, formais ou informais, como fontes geradoras de eficiência.

Deste modo, não se pode olvidar o fato de que um pequeno ajuste na distribuição dos incentivos pelas instituições por meio de um raciocínio jurídico-econômico impactaria, consideravelmente, na mitigação da judicialização excessiva, em especial na redução da propositura de demandas inautênticas fruto do abuso do direito de ação.

Logo, a legitimidade para a criação dessas barreiras consiste justamente na ideia de que essa cultura irresponsável atua como grãos de areia na engrenagem do Poder Judiciário, bem escasso por natureza, que fica sobrecarregado, negando acesso à justiça célere e efetivo as demandas legítimas.

Destarte, apesar de parecer contraditório e até certa medida paradoxal, é certo que, na atualidade, a efetividade do acesso à justiça passa pela limitação do próprio acesso, ou seja, pela criação de barreiras impeditivas aptas a limitar o ingresso das demandas abusivas,

³⁶⁶ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, DF, 2012, p. 6-7.

porquanto, somente com a mitigação desse comportamento oportunista que o Poder Judiciário conseguirá garantir acesso a uma decisão efetiva, célere e que, por isso, justa.

3.1 Revisão do sistema de concessão da gratuidade da justiça

A ausência de custo e, conseqüentemente, de risco ao litigante em potencial atua de sobremaneira na sua análise de propor ou não uma demanda em juízo³⁶⁷, ponto que toca a gratuidade da justiça. Isso porque, de uma forma bem simplista, a gratuidade o isenta, ainda que de forma suspensiva, de arcar com as despesas processuais, periciais e sucumbenciais.

Não há como se opor ao fato de que o instituto da gratuidade vai ao encontro de um direito processual moderno e democrático, uma vez que alinhado com as preocupações outrora pensadas por Cappelletti e Garth, procura evitar as segregações sociais e garantir efetividade a garantia fundamental do acesso à justiça, logo, a sua manutenção deve ser assegurada.

Ocorre, entretanto, que o problema da gratuidade não reside na sua existência no ordenamento jurídico, mas sim na forma como esse direito está consubstanciado, uma vez que permite, facilmente, a sua concessão para agentes oportunistas e não hipossuficientes, razão pela qual necessita ser reformulado.

Nessa mesma direção concluiu o CNJ em relatório que analisou o excesso de litigância no Brasil, “o benefício da assistência judiciária gratuita é correto e deve ser mantido. Entretanto, os critérios definidores dos merecedores da assistência estão, de regra, equivocados quando se analisa a jurisprudência”³⁶⁸.

³⁶⁷ Esse fenômeno foi detectado pelo CNJ em estudo sobre a morosidade da prestação jurisdicional: “Os usuários do Judiciário são agentes racionais que têm variadas motivações para litigar: ausência ou baixo nível dos custos, incluindo aqui também o baixo risco; a busca de um ganho; busca do Judiciário como meio, por exemplo, para postergar responsabilidades (uso instrumental); e a percepção de ter sido lesado moral, financeira ou fisicamente. Dentre todas essas motivações, sobressaem-se em muito, na percepção dos diversos grupos de entrevistados, a conjugação de baixos custos com baixa exposição a riscos” (BRASIL. Conselho Nacional de Jus. **Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira**. Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, Brasília, 2011. Disponível em: <www.cnj.jus.br>.)

³⁶⁸ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil**. Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. 2011, p.194. Disponível em: <http://

Aliás, essa reformulação se mostra ainda mais necessária a partir da mudança de paradigma do acesso à justiça estudada no primeiro capítulo, que transcende as garantias de acesso à porta de entrada do Poder Judiciário, para se estender também a entrega de uma decisão dentro de um prazo razoável e, que por isso, justa.

Logo, as facilidades com que esse direito é concedido gera comportamentos caronas no Poder Judiciário de pessoas que, na realidade, não são hipossuficientes, e, com isso, externalidades negativas: superutilização da Justiça, acesso inefetivo e uma Justiça pouco eficiente.

Assim, apesar de garantir acesso a uma massa de pessoas, hipossuficientes ou não, à porta de entrada da Justiça, compromete-se, de sobremaneira, a porta de saída, com decisões tardias, inefetivas e injustas.

E, portanto, a atenção maior vai para a forma com a qual esse direito é concedido nos dias de hoje. Isto porque, de acordo com a legislação vigente, a mera declaração da pessoa natural tem presunção de veracidade. Assim, sem olvidar a importância desse instituto àqueles que dele necessitam, imperioso se faz evitar com que àqueles outros que, ao contrário, têm condições de arcar com os custos do litígio, se beneficiem indevidamente, uma vez que, caso o leque continue amplo como na atualidade³⁶⁹ muito provavelmente experimentar-se-á a tragédia da Justiça.

Na acepção aqui empregada, configuram abuso determinados comportamentos individuais dos agentes (jurisdicionados) – esperados sob o prisma econômico e formalmente legítimos do ponto de vista jurídico – que, quando tomados em conjunto, levam a resultados muito abaixo do ótimo coletivo. Uma analogia elucidativa seria a situação em que todos os motoristas do Rio de Janeiro tirassem seus carros da garagem ao mesmo tempo num dia chuvoso, ainda que fosse somente para dar um passeio ou efetuar deslocamento de curta distância. Não há irregularidade alguma neste comportamento; entretanto, sob a ótica coletiva, o efeito é um desastre, semelhante à chamada “tragédia do bem comum”, modelo econômico descrito por Hardin (1968).

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2018.

³⁶⁹ Apenas a título de ilustração, em uma pesquisa realizada por amostragem na Justiça Federal do Rio de Janeiro, identificou-se que gratuidade da justiça foi concedida em 62,71% dos casos, retrato de que muito menos da metade dos litigantes se dispuseram a enfrentar o risco do litígio. Já nos casos em que o juiz, por alguma razão, indeferiu a gratuidade, 93% foram extintos sem a apresentação de recurso, ou seja, apenas 7% dos litigantes detinham uma pretensão autêntica, enquanto o restante, muito provavelmente, eram desnecessárias ou frívolas (TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao poder judiciário para ampliar o acesso à justiça**. Brasília: Revista CEJ, Ano XV, n. 52, jan./mar. 2011, p. 26-28. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1487/1453>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2017).

ESCOLA DE DIREITO
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD

Ainda na analogia dos automóveis, pergunta-se: qual seria o efeito de uma lei que permitisse a circulação de veículos, nos dias de chuva, apenas em caso de necessidade, atribuindo ao próprio motorista o poder de decisão quanto à existência ou não da necessidade? Provavelmente, o efeito prático seria desprezível, já que poucos motoristas, querendo utilizar o carro, deixariam de fazê-lo por considerarem desnecessária a utilização. Por outro lado, o resultado poderia ser outro, se fossem estabelecidos alguns critérios objetivos, isto é, se a lei explicitasse o conceito de “necessidade” (distância mínima a ser percorrida, utilização para deslocamento de crianças, enfermos ou idosos, ausência de meios de transportes coletivos nas proximidades etc.). Como se verá adiante, a lei brasileira que disciplina a gratuidade na utilização dos serviços do Poder Judiciário não estabelece critério objetivo algum, deixando o próprio beneficiário em potencial decidir acerca da necessidade ou não de auferir o benefício. Nessas circunstâncias, não é de se estranhar o absurdo número de ações com gratuidade processual, que, na Justiça Federal, considerando os juizados especiais, passa de 80%³⁷⁰.

Soma-se a tudo isso ainda o fato de que a gratuidade tem o seu preço, ou seja, no final alguém acaba pagando a conta. E o problema se intensifica, ainda mais, quando essa conta se torna insustentável, causando, por conseguinte, a inutilização deste recurso.

Conforme ensina Galdino, “é possível afirmar que toda a sociedade paga para um indivíduo “gratuitamente” fruir um direito”³⁷¹.

Assim, a conclusão é lógica: havendo ampliação demasiada da concessão da gratuidade da justiça (leia-se incentivo para o comportamento oportunista), a médio e longo prazo não haverá aportes suficientes para a ampliação e desenvolvimento dos serviços (informatização, treinamento e ampliação do quadro funcional) independente do custeio ser totalmente público (recursos escassos) ou no regime de concessão.

Nesse contexto, a externalidade do regime atual de benefício da assistência judiciária gratuita repercute em dois aspectos econômicos: (i) no caso do custeio público, na extensão dos custos que seriam cobertos pelas taxas cobradas dos querelantes para outros administrados, mediante repasse de verba arrecada por outros tributos para a cobertura do déficit do sistema; (ii) no caso do custeio privado, pela deterioração do serviço e consequências para todo tipo de litigante, pagante, não pagante, razoável ou oportunista³⁷².

³⁷⁰ TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça**. Brasília: Revista CEJ, Ano XV, n. 52, jan./mar. 2011, p. 26. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1487/1453>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2017.

³⁷¹ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 326.

³⁷² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Direito e economia**: uma abordagem sobre a assistência judiciária gratuita. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 2371.

E, portanto, ciente do preço da gratuidade, o presente tópico encarregar-se-á de trabalhar possíveis reajustes de incentivos no sistema. Mister, antes, convém conceituar gratuidade de justiça e diferenciá-la de assistência judiciária e assistência integral e gratuita³⁷³.

A assistência judiciária consiste no patrocínio da causa por advogados, sejam eles componentes do Estado, integrantes de uma entidade com ele conveniada, de entidades privadas ou mesmo particulares atuando *pro bono* [...] sendo contemplado com a liberação dos pagamentos que normalmente o onerariam caso precisasse pagar pela representação. Coerente com a desejada ampliação de acesso à justiça, a Constituição Federal passou a prever, a partir de 1988 no art. 5.º, LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. O dispositivo constitucional aumenta o espectro de ferramentas aos necessitados: a assistência jurídica integral e gratuita implica não só na possibilidade de atuação em juízo, mas também na concessão de consultas para a regularização jurídica do indivíduo e no fornecimento de informações e documentos, dentre outras medidas que se possam revelar necessárias.[...] A justiça gratuita, por sua vez, pode ser compreendida como a isenção do recolhimento de custas e despesas (de ordem processual ou não) que se revelam necessário ao exercício de direitos e faculdades processuais inerentes ao exercício do devido processo legal [...] Assim, em síntese: (i) assistência jurídica é a orientação jurídica ao hipossuficiente, em juízo ou fora dele; (ii) assistência judiciária é o serviço de postulação em juízo (portanto, inserido na assistência jurídica) e (iii) justiça gratuita é a isenção de custas e despesas (seja diante do serviço prestador de assistência jurídica, seja diante do advogado privado)³⁷⁴.

Especificamente no caso da gratuidade da justiça não se discute que a sua constitucionalização foi essencial para a consecução da garantia fundamental do acesso à justiça. Entretanto, se a diferença entre o remédio e o veneno é a dose, a análise da sua concessão de forma desenfreada é salutar, uma vez que favorece a apresentação de demandas inautênticas, desnecessárias e frívolas, e, com elas, externalidades negativas na forma de transbordamento.

Logo, não é a gratuidade de justiça que está sendo colocada em xeque, pelo contrário, o que deve ser de fato coibido é a sua concessão desmedida que estimula o abuso do direito de ação, e, conseqüentemente, impacta diretamente na problemática da inefetividade do acesso e ineficiência da Justiça.

Nas palavras de Tartuce³⁷⁵:

³⁷³ Sobre o tema ver: ZANON, Artemiro. **Da Assistência Jurídica Integral e Gratuita**. Ed. Saraiva, 1990. MARCACINI, Augusto T.R. *Assistência Jurídica e Assistência Judiciária e Justiça Gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

³⁷⁴TARTUCE, Fernanda. DELLORE, Luiz. **Gratuidade da Justiça no Nova CPC**. Revista de Processo | vol. 236/2014 | 2014. DTR\2014\10502, p.3.

³⁷⁵ TARTUCE, Fernanda. DELLORE, Luiz. **Gratuidade da Justiça no Nova CPC**. Revista de Processo | vol. 236/2014 | 2014. DTR\2014\10502, p.3.

Se por um lado ninguém nega que o litigante hipossuficiente merece ter acesso à justiça com isonomia, de outra banda costuma-se desconfiar dos pleitos de gratuidade formulados em juízo, pressupondo-os fruto da má-fé.

O juiz federal Fábio Tenenblat, já citado em outras ocasiões, compara a gratuidade da justiça hoje vigente a um sistema de apostas:

Nessas circunstâncias, ainda que a probabilidade de sucesso fosse reduzida de 20% para perto de zero (0%), qualquer agente racional – independentemente de ser propenso ou avesso ao risco – decidiria pelo ajuizamento da ação. Seria mais ou menos como uma decisão de jogar na Mega-Sena sem ter de pagar pela aposta. Parece absurdo, porém o sistema judicial brasileiro propicia diversas espécies de “apostas gratuitas”³⁷⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro, a gratuidade continua sendo regulada pela Lei 1.060/50, entretanto, com o advento recente do Novo Código de Processo Civil, respectivo instituto ganha nova roupagem em consonância com os princípios e valores constitucionais³⁷⁷.

O novo *codex*, que revogou em parte a antiga lei, inovou ao estabelecer expressamente: i) a possibilidade da sua concessão tanto para pessoa física quanto jurídica; ii) a possibilidade do seu requerimento em várias fases processuais; iii) a impossibilidade do juiz indeferir de plano sua concessão e, iv) a possibilidade da sua concessão parcial ou, até mesmo, o parcelamento das despesas judiciais.

Contudo, o legislador perdeu a oportunidade de criar critérios mais objetivos para o seu deferimento, mantendo inalterada a carga subjetiva com que autoriza a sua concessão, pelo menos no que tange às pessoas físicas³⁷⁸, apenas fazendo menção a uma lacônica insuficiência de recursos.

A lei brasileira que disciplina a gratuidade na utilização dos serviços do Poder Judiciário não estabelece critério objetivo algum, deixando o próprio beneficiário em potencial decidir acerca da necessidade ou não de auferir o benefício. Nessas circunstâncias, não é de se estranhar o absurdo número de ações com gratuidade

³⁷⁶ TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao poder judiciário para ampliar o acesso à justiça**. Brasília: Revista CEJ, Ano XV, n. 52, jan./mar. 2011, p. 28. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1487/1453>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2017.

³⁷⁷ Art. 1º, CPC - O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

³⁷⁸ Art. 99, CPC - §3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

processual, que, na Justiça Federal, considerando os juizados especiais, passa de 80%.

[...]

Eis um recente exemplo de tal prática: em 2010 foi proposta na Justiça Federal do Rio de Janeiro uma ação para a cobrança de cerca de 8 milhões, referentes a títulos da dívida pública emitidos no início do século XX. Segundo a jurisprudência remansosa de nossos tribunais, estes títulos encontram-se há muito prescritos, o que significa que a probabilidade de sucesso do demandante – se é que havia alguma – era extremamente pequena. Foi requerida a gratuidade processual; porém, ao observar que o autor residia numa das ruas mais nobres da cidade, o juiz resolveu verificar a declaração de renda do indivíduo, constatado o auferimento de rendimentos anuais superiores a R\$ 5 milhões. A constatação levou ao indeferimento do pedido de gratuidade e à determinação para que fossem recolhidas custas. Todavia, o autor – certamente conhecendo os riscos da condenação em honorários de sucumbência – não efetuou o recolhimento e, assim, o processo foi arquivado sem citação. Resumidamente, ao ver obstada a possibilidade de ação com risco zero, o demandante não levou adiante sua aventura jurídica (não “pagou para ver”)³⁷⁹.

E partindo da premissa de que todo litigante é um agente racional, o legislador, sabiamente, para equilibrar o outro lado da balança diante da ausência de necessidade de comprovação, estipulou a possibilidade de aplicação de multa ao requerimento de má-fé³⁸⁰.

Ocorre, entretanto, que esse contrapeso, conforme concluíram Gico Jr. e Arake em recente estudo³⁸¹, vem sendo pouco aplicado pela jurisprudência pátria, o que sinaliza para os litigantes e seus procuradores, a inexistência de qualquer risco ao pedido mesmo que infundado desse direito. “Desse modo, como inexiste qualquer consequência para o indeferimento do pedido, é esperado que o autor sempre pleiteie a gratuidade de justiça, pois é racional fazê-lo sempre”³⁸².

Com efeito, a gratuidade continua sendo requerida e deferida de maneira inconsequente na Justiça brasileira. Logo, o sistema sinaliza para o mercado incentivos contraproducentes que, somados a racionalidade dos agentes, funcionam como pólvora e gatilho para o abuso do direito de ação e, com ele, o surgimento de demandas inautênticas, desnecessárias ou frívolas.

³⁷⁹ TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao poder judiciário para ampliar o acesso à justiça**. Brasília: Revista CEJ, Ano XV, n. 52, jan./mar. 2011, p. 26-28. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1487/1453>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2017.

³⁸⁰ Art. 100, Parágrafo único, CPC. Revogado o benefício, a parte arcará com as despesas processuais que tiver deixado de adiantar e pagará, em caso de má-fé, até o décuplo de seu valor a título de multa, que será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal e poderá ser inscrita em dívida ativa

³⁸¹ Ver mais em: GICO JR, Ivo, ARAKE, Henrique. **De graça até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade da justiça**, EALR, V. 5, n° 1, p. 166-178, Jan-Jun, 2014.

³⁸² GICO JR, Ivo, ARAKE, Henrique. **De graça até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade da justiça**, EALR, V. 5, n° 1, p. 166-178, Jan-Jun, 2014, p. 173.

De acordo com Marcellino Jr., há uma correlação direta entre o abuso de direito de ação, a gratuidade e a crise de ineficiência do Poder Judiciário:

É preciso reconhecer que há manifesta abusividade na propositura de uma parcela das demandas judiciais. Em um primeiro olhar, pode até parecer contraditório defender-se ampliação de acesso à justiça por meio de uma limitação de ingresso de ações judiciais. Entretanto, a contradição é só aparente. Basta que se veja a questão a partir de um ângulo diferente para se compreender que o acesso ilimitado ao Poder Judiciário acarreta, em verdade, um “inautêntico acesso”, pois o simples fato de poder ingressar com uma demanda não é garantia de acesso pleno.

Há um gigantesco número de ações judiciais que são propostas, bem sabem os requerentes, com baixíssima ou quase nula chance de obterem êxito. São ações judiciais que tratam de questões já reiteradamente decididas, manejadas por ações individuais quando deveriam e poderiam ser manejadas em ações coletivas, ações propostas com vícios processuais já conhecidos e rechaçados pelo Judiciário, etc. Existe um nítido abuso do direito de ação nesses casos, mas infelizmente os magistrados não dispõem de mecanismo efetivo de controle de ingresso dessas demandas.

[...]

A gratuidade processual, em muitos casos, pode se tornar um estímulo ao interessado em propor uma demanda judicial. Como não irá sucumbir na ação com o pagamento de custas e honorários advocatícios, o proponente pode demandar em juízo mesmo quando suas chances são mínimas de alcançar sucesso em sua pretensão inicial³⁸³.

Assim sendo, a revisão do sistema de gratuidade da justiça civil é medida salutar, seja a partir da mudança legislativa com a criação de critérios mais objetivos para a sua concessão, seja por uma atuação mais atenta e consequencialista do Poder Judiciário brasileiro, tanto na elaboração de critérios mais rigorosos para o seu deferimento a partir da definição do termo “insuficiência de recursos”, quanto, também, na sua revogação com a devida aplicação das sanções já previstas em lei. Nas palavras do professor Teixeira Patrício, “assim, parece poder-se fomentar ou desencorajar a litigância através de uma correcta combinação da sinalização das decisões judiciais e do montante dos custos judiciais de propositura”³⁸⁴.

Quanto à alteração legislativa, o exemplo recente da Justiça do Trabalho merece destaque. A reforma da legislação trabalhista vinculou a sua concessão àqueles que recebem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do

³⁸³ MARCELLINO JR. Júlio Cesar. **Análise Econômica do Acesso à Justiça**: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.171-172.

³⁸⁴ PATRÍCIO. Miguel Carolos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Rio de Janeiro: Almedina. 2005. p. 68.

Regime Geral de Previdência Social, algo em torno de R\$ 2.200,00 (dois mil e duzentos reais)³⁸⁵.

Entretanto, a ausência da alteração legal não impede os Tribunais cíveis de definir o conceito de “insuficiência de recursos”, o que já vem sendo feito, inclusive, em alguns estados da federação, dentre os quais destaca-se o TJ/RS.

Segundo jurisprudência pacífica daquele tribunal, o benefício da gratuidade judiciária pode ser concedido, sem maiores perquirições, aos que tiverem renda mensal de até cinco salários mínimos³⁸⁶.

Já, para o CNJ, a renda para concessão do benefício se assimilaria ao valor da legislação trabalhista:

A AJG só deve ser concedida em casos de renda familiar ao redor de 2 (dois) salários mínimos ou então, optando por um parâmetro mais objetivo, adotando-se o limite de remuneração para efeito de isenção do imposto de renda. Esta mudança pode ser feita por alteração legislativa (inclusão de limite específico na Lei 1.060/50) ou por meio de uma padronização definida pelo CNJ em conjunto com os demais tribunais³⁸⁷.

Por fim, a revogação cumulada com aplicação de multa ao litigante também sinalizaria ao mercado incentivos eficientes capazes de atenuar as externalidades negativas advindas do efeito carona da gratuidade.

Ainda que timidamente utilizado, esse posicionamento vem ganhando guarida em alguns julgados, como por exemplo no processo 5006738-61.2015.4.04.7204³⁸⁸, que tramitou no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em que reconhecida a má-fé no pedido de gratuidade, houve a aplicação de multa no valor do décuplo das custas processuais. Em outro caso similar que tramitou no Tribunal de Justiça de Rondônia sob o número 0024666-

³⁸⁵ Art. 790, § 3º, CLT - É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

³⁸⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação 70075698886; Agravo de Instrumento 70076037183; Agravo de Instrumento 70076614106; Agravo de Instrumento 70076652171 e Agravo de Instrumento 70074807009 RS.**

³⁸⁷ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil.** Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. 2011, p. 194. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2018.

³⁸⁸ SANTA CATARIA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Autos 5006738-61.2015.4.04.7204.**

88.2014.8.22.0001³⁸⁹, em que pese a má-fé não ter sido identificada no pedido da gratuidade em si, mas durante o processamento da lide, o julgador, ao identificar a frivolidade da demanda, revogou a gratuidade e aplicou a sanção de má-fé processual.

Se sabe que as soluções aqui propostas vão na contramão do que é defendido por alguns juristas, dentre os quais se sobressaem a Ministra Carmén Lúcia Antunes Rocha, José Renato Nalini e José Wellington Bezerra da Costa Neto³⁹⁰, que já se manifestaram, mais de uma vez, no sentido de sugerir e defender uma justiça eminentemente gratuita.

De acordo com Carmén Lúcia, “jurisdição paga é jurisdição aristocrática. A jurisdição é um direito-garantia fundamental e o pagamento de seu exercício nega o princípio democrático, que nele se deve conter, e que a isonomia lhe impõe”³⁹¹.

Nas palavras de Nalini³⁹², “os homens não criarão conflitos pelo simples fato de que sua solução será livre de custeio”, concluindo que “da mesma maneira como a imaginária isenção de pagamento por internação hospitalar não é, diretamente ao menos, causa de epidemia”.

Já, para Costa Neto³⁹³:

Tanto Carmén Lúcia Antunes Rocha como José Renato Nalini ressaltam que o montante arrecadado com o exercício da atividade jurisdicional é pífio em termos de receitas públicas, caracterizando-se o sistema como *autofágico*, isto é, o montante arrecadado não seria suficiente sequer para o sustento do próprio aparato.

Entretanto, para a Análise Econômica do Direito, o custo do processo possui outra característica que não apenas auxiliar no custeio do Poder Judiciário, ele serve como filtro à propositura de novas ações, porquanto interfere diretamente na análise prévia dos custos e benefícios realizada pelo proponente antes do ajuizamento da ação, logo, uma forte ferramenta impeditiva de demandas abusivas.

Contra esse pensamento pragmático da AED, Costa Neto³⁹⁴ se posiciona:

³⁸⁹ RONDÔNIA. Tribunal de Justiça de Rondônia. **Autos 0024666-88.2014.8.22.0001**.

³⁹⁰ Ver mais em: COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Assistência Judiciária Gratuita**. Acesso à Justiça e Carência Econômica. Brasília: Gazeta Jurídica, 2009.

³⁹¹ ROCHA in COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Assistência Judiciária Gratuita**. Acesso à Justiça e Carência Econômica. Brasília: Gazeta Jurídica, 2009, p. 70.

³⁹² NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 61.

³⁹³ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Assistência Judiciária Gratuita**. Acesso à Justiça e Carência Econômica. Brasília: Gazeta Jurídica, 2009, p. 71.

³⁹⁴ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Assistência Judiciária Gratuita**. Acesso à Justiça e Carência Econômica. Brasília: Gazeta Jurídica, 2009, p. 73.

Se a litigância irresponsável é um mal necessário para que se agasalhem sob o sistema dezenas de milhares de outros pleitos legítimos, antes excluídos da órbita da solução estatal, arquemos com ela. Aliás, a bem da realidade, aventureiros há tanto nas camadas mais pobres como nas mais abastadas; e a imposição de custas não parece ser um elemento dissuasivo quando a realidade forense nos indica que atualmente os tais aventureiros no mais das vezes albergam sua vertigem sob o manto da gratuidade.

Com o devido respeito ao autor, tal argumento somente se sustenta a partir da concepção equivocada de que a capacidade do Poder Judiciário solucionar essas demandas é infinita. Não é o caso, muito ao contrário, trata-se de bem escasso tanto ao nível econômico orçamentário quanto ao nível dos recursos humanos necessários para fazer frente à vasta gama de demandas ajuizadas.

Diferentemente disso, a realidade impõe outra conduta, uma vez que, na prática, esse excesso de demanda nada mais é do que uma falsa sensação de acesso à justiça, conforme explica Marcellino Jr.:

Pode parecer contraditório tratar de ampliação de acesso à justiça por meio de mecanismos que limitem o acesso à estrutura do Poder Judiciário. Todavia, faz-se mister reconhecer que o acesso à justiça por meio de um processo que demore décadas para ser julgado, ou que ainda que seja julgado em menos tempo não traga mais benefício ao interessado por conta da demora de tramitação, representa aparente acesso à justiça ou acesso à justiça inefetivo.

Há de se considerar que não são somente as ações ajuizadas em seu nascedouro que representam o processo frívolo. O mesmo raciocínio de abusividade serve para os recursos judiciais. Muitos dos recursos são impetrados sem qualquer chance de sucesso, mas mesmo assim são propostos. Em alguns casos, até mesmo para protelar a decisão final.

Não é mais possível conceber o direito de ação como um direito sem limites, ou levar em caráter absoluto o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. O acesso à justiça depende de previsão orçamentária e de recursos, que são finitos. A partir da ideia advinda do modelo clássico de acesso livre a todos os jurisdicionados, a estrutura do Judiciário como acesso pleno possui caráter ilusório.

Cabe revisão em relação aos custos do processo no Brasil, especialmente a partir da revisão do instituto da gratuidade processual. A distribuição dos custos de processos judiciais precisa ser reconhecida e analisada como uma das principais causas do excesso de litigância e da abusividade no manejo do direito de ação. Esse reconhecimento permitirá a constatação de que a litigância processual precisa ser revista a partir de outra perspectiva, qual seja, a perspectiva da efetividade. O objetivo seria amenizar o grande déficit do modelo de “falso” acesso à justiça que prevalece no País³⁹⁵.

³⁹⁵ MARCELLINO JR. Júlio Cesar. **Análise Econômica do Acesso à Justiça**: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 178.

Nessa mesma linha de raciocínio, assevera Tenenblat³⁹⁶:

Tais circunstâncias tornam necessárias alterações na sistemática de concessão do benefício. Ademais, não se pode esquecer que a imposição de condições mais rígidas para a obtenção da gratuidade elevaria os valores arrecadados com custas, aumentando os recursos para a modernização e o aprimoramento dos serviços prestados pelo Poder Judiciário. Entretanto, a mais importante consequência da mudança proposta não guarda qualquer relação com o aumento da arrecadação. De fato, o principal efeito seria a redução do número de ações abusivas, especialmente no que diz respeito aos processos de objeto inconsistente, sem possibilidade alguma de trazer qualquer proveito para a parte autora. Isto porque a gratuidade processual e seu consectário – a ausência de risco de sucumbência – contribuem de modo decisivo para a existência de um grande número de processos inconsistentes.

[...]

Mais um dado revelador da forte correlação existente entre a gratuidade processual e a litigância inconsequente: entre as aproximadamente 2.000 sentenças observadas, há 25 nas quais o pedido de gratuidade de justiça foi indeferido, certamente porque constavam dos autos elementos indicando ter a parte autora condições de arcar com os custos do processo. Pois bem, 23 desses 25 processos foram extintos no momento em que o autor, intimado a recolher as custas, deixou de fazê-lo, preferindo – da mesma forma que o mencionado milionário do endereço nobre – não correr o risco de levar a ação adiante e ter de arcar, ao final, com o ônus da sucumbência.

Ante a todo o exposto, evidenciam-se, pelo menos, três possíveis arranjos *ex ante* aptos a equacionar a relação do abuso de direito de ação com a gratuidade da justiça, um deles, legislativo, a partir da criação de critérios objetivos para a sua concessão, e, os outros dois, jurídico-consequencialista³⁹⁷, seja pela definição objetiva do termo “insuficiente de recursos”, seja pela aplicação de sanções aos litigantes que de má-fé tentam fazer uso desse direito, minimizando, com isso, as externalidades negativas sentidas pelo Poder Judiciário.

³⁹⁶ TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao poder judiciário para ampliar o acesso à justiça**. Brasília: Revista CEJ, Ano XV, n. 52, jan./mar. 2011, p. 29-32. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1487/1453>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2017.

³⁹⁷ Nesse passo, o magistrado atuaria como um controlador das externalidades do mercado. Nas palavras de Posner: Efficiency is maximized by a constitution that confines government to measures to prevent negative externalities and encourage positive externalities and that insists (so far as possible) that, within its circumscribed sphere, government follow cost-minimizing policies. Tradução livre: A eficiência é maximizada por uma constituição que limita o governo a medidas para prevenir externalidades negativas e incentivar externalidades positivas e que insiste (na medida do possível) que, dentro de sua esfera circunscrita, o governo siga políticas de minimização de custos (POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 681)

3.2 Parcelamento das custas processuais: inovação do novo código de processo civil ³⁹⁸

Como citado, a gratuidade da justiça retira os custos privados do processo mitigando os riscos da distribuição e manutenção da ação, fomentando o ajuizamento de demandas abusivas, desnecessárias e frívolas, que, por sua vez, quando distribuídas, afetam toda a sociedade, porquanto usam dos recursos finitos do Poder Judiciário, travando a máquina e impedindo a efetividade do acesso à justiça.

E, apesar do legislador ter perdido a oportunidade de criar critérios mais objetivos para o seu deferimento com o Novo Código de Processo Civil, mantendo inalterada a carga subjetiva com que autoriza a sua concessão, inovou, por outro lado, ao estabelecer expressamente a possibilidade da sua aplicação parcial ou, até mesmo, do seu parcelamento.

Nesse passo, se antes o juízo ficava adstrito a concessão ou não da gratuidade, agora ele poderá aplicar o parcelamento ou a concessão parcial das custas judiciais. De acordo com o § 6º do Art. 98, “a gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento. Ademais, consoante § 6º do mesmo artigo, “conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento”.

Assim sendo, por meio de uma análise consequencialista o juiz poderá, ao invés de conceder a gratuidade integral caso não entenda pela hipossuficiência econômica extrema do litigante, aplicar a modulação da gratuidade da justiça, garantindo, ao mesmo tempo, o acesso ao Poder Judiciário e, incluindo, custos no processo que sopesarão tanto *ex ante* a propositura da ação, quanto *ex post* a partir da conversão do pedido de gratuidade em parcelamento, repelindo, com isso, boa parte das demandas ilegítimas.

³⁹⁸ Capítulo trabalhado no artigo: PIGNANELI, G. C. F.; GONCALVES, O. O. **A Constitucionalização do Novo Código de Processo Civil e a Efetividade do Acesso à Justiça na Sociedade de Consumo**. JURIS PLENUM, v. XIV, p. 41-62, 2017.

3.3 Improcedência liminar: alteração do novo código de processo civil³⁹⁹

A improcedência liminar do pedido consiste na “decisão jurisdicional que, antes da citação do demandado, julga improcedente o pedido formulado pelo demandante. É decisão de mérito, definitiva, apta à coisa julgada e possível objeto de ação rescisória”⁴⁰⁰.

Trata-se, em suma, de técnica de aceleração de julgamento em consonância com o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal⁴⁰¹, por meio da qual o juiz, em razão da imediata constatação da inviabilidade do direito do autor, julga-o improcedente, independentemente da citação do réu, resolvendo o mérito. Em outras palavras, é mecanismo de controle que varre para fora do Poder Judiciários as demandas desnecessárias de forma célere e efetiva.

Não há como olvidar o fato de que a multiplicação de ações com o mesmo fundamento faz parte do cotidiano da justiça. Tal fato expõe a racionalidade do sistema e desacredita o Poder Judiciário, porquanto obriga o juiz a se debruçar sobre situações idênticas e desnecessárias com grande e irracional dispêndio de energia, tempo e dinheiro⁴⁰².

Com efeito, de acordo com Humberto Theodoro Júnior⁴⁰³:

Para evitar que os inúmeros processos sobre casos análogos forcem o percurso inútil de todo o *iter* procedimental, para desaguar, longo tempo mais tarde, num resultado já previsto, com total segurança, pelo juiz da causa, desde a propositura da demanda, o art. 322 muniu o juiz do poder de, antes da citação do réu, proferir a sentença de improcedência *prima facie* do pedido traduzido na inicial.

É bem verdade que tal instituto não se trata de uma inovação legislativa. O antigo Código de Processo Civil (CPC), desde o ano de 2006, já permitia ao juiz julgar o mérito em desfavor do autor antes mesmo da citação.

³⁹⁹ Capítulo trabalhado no artigo: PIGNANELI, G. C. F.; GONCALVES, O. O. **A Constitucionalização do Novo Código de Processo Civil e a Efetividade do Acesso à Justiça na Sociedade de Consumo**. JURIS PLENUM, v. XIV, p. 41-62, 2017.

⁴⁰⁰ DIDIER JR., FREDIE. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Salvador: Editora Jus Podvm. 2016, p. 601.

⁴⁰¹ Art.5º, LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁴⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Teoria do Processo Civil. Volume 1. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

⁴⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 775-776.

De acordo com o artigo 285-A⁴⁰⁴, introduzido no CPC de 73 pela Lei nº. 11.277/06, quando a matéria controvertida fosse unicamente de direito e o juízo já houvesse proferido sentença de total improcedência, poderia, em casos idênticos, dispensar a citação reproduzindo a sentença anteriormente prolatada.

Não obstante a boa intenção do legislador, a redação com a qual foi originalmente concebida carregava consigo uma grande margem de subjetividade, concedendo ao juiz, a seu livre critério, decidir mesmo em dissonância com a jurisprudência dominante dos tribunais. Por essa razão, o que se via, na prática, era mais o retardo das demandas do que sua celeridade, porquanto não raramente as decisões eram cassadas.

Em virtude disso, a improcedência *prima facie*, como ficou popularmente conhecida no CPC de 1973, ganhou uma nova roupagem a partir de 2015, tudo isso em consonância com os princípios e valores democráticos basilares do novo *codex*. Essa nova característica procurou atender tanto o contraditório quanto a celeridade, da mesma forma que deu a devida atenção aos precedentes, a duração razoável do processo e a segurança jurídica.

A partir de agora, o juiz pode se valer desse instituto quando: i) a causa dispensar a fase instrutória e ; ii) houver a incidência de precedente ou jurisprudência contrária ou a ocorrência de decadência de prescrição do direito do autor⁴⁰⁵.

De acordo com Nery Jr. e Rosa Nery⁴⁰⁶, o que está por detrás do artigo é a ideia de que “seria perda de tempo, dinheiro e de atividade jurisdicional insistir-se na citação e na prática dos demais atos do processo, quando o juízo ou mesmo a jurisprudência como um todo já tem posição firmada quanto à pretensão deduzida”.

⁴⁰⁴ Art. 285-A. 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.

⁴⁰⁵ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

⁴⁰⁶ NERY JUNIOR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 909.

Entretanto, em que pese os professores acima citados compreenderem o escopo do dispositivo, discordam totalmente da sua aplicabilidade, ao ponto de considera-lo inconstitucional, porquanto, em suas palavras, não se pode violentar garantia constitucional para diminuir acervo dos autos. Nas palavras dos autores:

O CPC 332, tal qual ocorria com o CPC/1973 285-A, é inconstitucional por ferir as garantias da isonomia (CF 5º, *caput* e I), da legalidade (CF 5º II), do devido processo legal (CF 5º *caput* e LIV), do direito de defesa (CF 5º LV), bem como o princípio dispositivo, entre outros fundamentos, porque o autor tem o direito de ver efetivada a citação do réu, que pode abrir mão de seu direito e submeter-se à pretensão, independentemente do precedente jurídico do tribunal superior ou de qualquer outro tribunal, ou mesmo do próprio juízo. Relativamente ao autor, o contraditório significa o direito de demandar e fazer-se ouvir, inclusive produzindo provas e argumentos jurídicos e não pode ser cerceado nesse direito fundamental. De outro lado, o sistema constitucional não autoriza a existência de “súmula vinculante” do STJ nem dos TJs ou TRFs, menos ainda do juízo de primeiro grau, impeditiva da discussão de mérito de acordo com o *due process*.

A ofensa à garantia a constitucional da legalidade é, ainda, mais gritante quando examina-se o texto normativo ora comentado que estatui ser *imperativo* o comando: “o juiz julgará improcedente”. Como pode o juiz julgar improcedente liminarmente o pedido do autor, com base em “entendimento” jurisprudencial, coarctando o exercício legítimo da garantia constitucional fundamental da ação sem a observância do *due process*? O receio de todos é a instalação da ditadura da jurisprudência, notadamente dos tribunais superiores, como mecanismo de diminuição do acervo de autos de processo que se encontram nos escaninhos do Poder Judiciário. Não se pode violentar garantia constitucional para diminuir acervo dos autos⁴⁰⁷.

Com o devido respeito aos autores, tal argumento não se sustenta, pelo simples fato de que está totalmente na contramão dos novos dogmas e paradigmas do efetivo acesso à justiça.

É certo que sua aplicabilidade não ofende o contraditório como sustentam os professores acima citados, tampouco, o princípio da proibição do pronunciamento de decisões surpresas⁴⁰⁸. “Não há, por isso, qualquer violação ao contraditório, tendo em vista que se trata de um julgamento de improcedência. O demandado não precisa ser ouvido para sair vitorioso”

⁴⁰⁹.

Ademais, quanto o pedido do autor é rejeitado liminarmente diante da proclamação judicial de inexistência do seu direito subjetivo, nenhum prejuízo é suportado pelo

⁴⁰⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 908-909.

⁴⁰⁸ Art. 9º - Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

⁴⁰⁹ DIDIER JR., FREDIE. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Salvador: Editora JusPodvm. 2016, p. 601.

demandado, pelo contrário, somente como vantajosa deve ser vista, para réu, a definitiva declaração de certeza negativa pronunciada contra o autor⁴¹⁰.

Da mesma forma, não há qualquer desrespeito quando olhamos pela perspectiva do demandante, conforme bem pontuam Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁴¹¹:

Alguém poderia imaginar que o julgamento liminar de improcedência não poderia levar em consideração questões sobre as quais o autor não teve a oportunidade de se manifestar (arts. 5º, LV, da CF e 10, CPC). Isso poderia levar à conclusão de que, acaso o autor não tenha se pronunciado sobre a aplicação do precedente, da jurisprudência, da decadência ou da prescrição ao seu caso na petição inicial, teria o juiz de oportunizar que o autor se pronunciasse sobre a aplicação do precedente ou da jurisprudência ao seu caso (viabilizando a demonstração de eventual distinção ainda não realizada que o autor entenda pertinente) ou sobre a decadência do direito ou a prescrição da pretensão.

No entanto, como nesse caso a apelação excepcionalmente viabiliza a retratação do juiz de primeiro grau (art. 322, §3º), pode o contraditório ser exercido eficazmente na apelação, inclusive com a possibilidade de o juiz se retratar e reconhecer que o precedente não é aplicável, que a orientação jurisprudencial não alcança o caso, que não há decadência ou prescrição.

O próprio Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) à época da criação do artigo 285-A, em 2006, ajuizou ADI 3.695-5, também se posicionando pela inconstitucionalidade do instituto, sob a argumentação de que tal dispositivo limitava o direito de ação, princípio constitucional presente no inciso XXXV do artigo 5º. Contudo, o parecer final do STF foi pela improcedência do pedido, sob a fundamentação de que em que pese a existência de conflitos entre princípios constitucionais, a lei atendeu as garantias constitucionais da celeridade e da razoável duração do processo, que, portanto, deveriam prevalecer no caso concreto.

Seguindo essa linha de raciocínio, como bem asseverou Luís Roberto Barroso, não existe hierarquia entre os princípios constitucionais como pressupunham Nery Júnior e Rosa Nery, de tal sorte que o direito de defesa não se sobrepõe sobre o efetivo acesso à justiça, da mesma forma que não há ofensa ao devido processo legal quando se pondera pela duração razoável do processo.

Nas palavras de Barroso⁴¹², para quem a aplicação dos princípios constitucionais deve se dar sempre mediante ponderação, "a colisão de princípios, portanto, não é só possível,

⁴¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

⁴¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Tutela dos Direitos Mediante o Procedimento Comum. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 169-170.

como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade”.

Ademais, o novo texto da lei vai ao encontro do instituto dos precedentes judiciais, um dos aspectos mais importantes do Novo Código de Processo Civil (NCPC), caracterizado pela “decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo poder servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”⁴¹³

Os precedentes serviram de arcabouço para toda a criação do NCPC, “como forma de garantir a segurança jurídica, a igualdade e a duração razoável do processo”⁴¹⁴.

A introdução dos precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil inibe a ocorrência de uma jurisprudência lotérica⁴¹⁵ e coaduna com a expectativa por ele gerado de atender, de fato, a democratização do processo, bem como a efetividade do direito ao acesso à justiça, em especial filtrando as demandas tidas como desnecessárias pelo legislador.

Nesse passo, a importância da aplicação da improcedência liminar do pedido passa, justamente, pela compreensão de que o Poder Judiciário é um bem escasso por natureza, tanto do ponto de vista econômico orçamentário, quanto dos recursos humanos necessários para fazer frente à vasta gama de demandas ajuizadas.

Na visão de Humberto Theodoro Júnior “a justificativa para essa medida drástica liga-se ao princípio da economia processual, bem como o da valorização da jurisprudência, principalmente nos casos de demandas ou recursos repetitivos”⁴¹⁶. Segundo o mesmo autor, justifica-se, também, pela “repulsa, *prima facie*, das demandas insustentáveis no plano da evidência, dada a total ilegitimidade da pretensão de direito material veiculada na petição inicial”⁴¹⁷.

Portanto, por atuar como filtro *ex post* de proliferação e de desenvolvimento de demandas inautênticas antes mesmo da formação da tríade processual, a improcedência

⁴¹² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 355.

⁴¹³ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Teoria da Prova, direito probatório, decisão, precedentes, coisa julgada e tutela provisória**. Salvador: JusPodvm. 2015, p. 441.

⁴¹⁴ DIDIER JR., FREDIE. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Salvador: Editora JusPodvm. 2016, p. 604.

⁴¹⁵ CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência Lotérica**. *Revistas dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 90, V. 786, abr. 2011, p. 111.

⁴¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 775.

⁴¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 775.

liminar do pedido mostra-se uma ferramenta apta a equacionar as externalidades negativas advindas do abuso de direito de ação.

3.4 Sucumbência recursal: inovação do novo código de processo civil ⁴¹⁸

Uma outra forma de equacionar os incentivos em um litígio com o propósito de diminuir o tempo de vida útil de um processo inautêntico no Poder Judiciário pode se dar por meio da majoração dos honorários sucumbenciais.

Os honorários sucumbenciais são aqueles fixados pelo juiz em sentença e que devem ser pagos, ao final, pelo perdedor da demanda. O NCPC inovou ao acrescentar o instituto da sucumbência também na fase recursal. De acordo com Nery Jr. e Rosa Nery⁴¹⁹, “a intenção do legislador ao criar a verba honorária em sede recursal foi a de evitar recursos abusivos”.

Consoante Art. 85 do NCPC, “o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, respeitando o limite estabelecido em lei”. Respectiva regra vale tanto nos recursos interpostos para os Tribunais de Segundo Grau como naqueles endereçados aos Tribunais Superiores.

Nas conclusões do Relatório da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)⁴²⁰:

A realidade mostra que a política de estímulo ao planejamento estratégico e de estabelecimento de metas para os tribunais não vem surtindo os efeitos desejados para melhorar a eficiência e descongestionar o Judiciário. Para José Carlos Kulzer, assessor da presidência da AMB, “segue-se fazendo mais do mesmo, quando é urgente olhar para outra direção. Não basta combater os efeitos do congestionamento dos tribunais”, avalia. Para ele, é necessário redefinir prioridades, a começar pela análise das causas que estão levando ao colapso do Judiciário, como os estímulos e vantagens econômicas à elevada litigiosidade de certos atores da sociedade, como pode ser verificado na análise da presente pesquisa, e o comportamento dos agentes públicos e privados frente às decisões judiciais, com o uso excessivo de recursos.

⁴¹⁸ Capítulo trabalhado no artigo: PIGNANELI, G. C. F.; GONCALVES, O. O. **A Constitucionalização do Novo Código de Processo Civil e a Efetividade do Acesso à Justiça na Sociedade de Consumo**. JURIS PLENUM, v. XIV, p. 41-62, 2017.

⁴¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 437.

⁴²⁰ BRASIL. Associação dos Magistrados Brasileiros. **O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil**. 2015. Disponível em: <<https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/08/O-uso-da-Justi%C3%A7a-e-o-lit%C3%ADgio-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

É certo que o risco de ter os honorários sucumbenciais majorados impacta na decisão de qualquer litigante. Entretanto, sopesará muito mais contra os litigantes ilegítimos, porquanto, nessas demandas a chance de incidência passa a ser provável enquanto a de reversão remota.

A inexistência de qualquer custo adicional na redação do antigo CPC dava azo para a máxima de que, por sorte, todo recurso acabaria por encontrar alguém que o julgasse favorável e, ao final, mesmo que por azar a decisão não fosse revista, o custo do recorrente seria ínfimo, para não dizer inexistente, o que sopesava a favor da sua interposição.

Portanto, em que pese a aplicação da majoração dos honorários advocatícios na seara recursal não impedir a distribuição de uma ação abusiva, reduz, significativamente, o seu tempo de vida útil, porquanto em uma análise recursal *ex ante*, desestimularia a apresentação de recursos ilegítimos, justamente em razão da alta probabilidade de incidência e baixa chances de reversão da decisão.

3.5 Precedentes judiciais: inovação do novo código de processo civil

A necessidade de combater a insegurança jurídica, bem como o fenômeno da judicialização excessiva, fizeram com que o legislador processual introduzisse um novo mecanismo de controle no Novo Código de Processo Civil (NCPC): os precedentes judiciais vinculantes. “A igualdade, a coerência, a isonomia, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais constituem as principais justificativas para a adoção do sistema do *stare decisis* ou em bom português, o sistema da força obrigatória dos precedentes”⁴²¹.

Em resumo, o precedente no NCPC consiste na decisão, ou melhor, na *ratio decidendi*, que deve ser seguido, obedecido e respeitado, em conflito posterior, sob pena de cassação da decisão divergente por meio de reclamação⁴²². Esse instituto, após a renovação legislativa,

⁴²¹ DONIZETTI, Elpídio. **A Força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil**. Revista Direito UNIFACS n. 175 (2015), p. 5.

⁴²² Art., CPC 988 - Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

pode ser observado nos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em recursos extraordinário e especial repetitivos⁴²³, nos acórdão proferidos pelos demais tribunais em incidente de assunção de competência⁴²⁴ e em incidente de resolução de demandas repetitivas⁴²⁵.

Antes da promulgação do NCPC, o CNJ já havia chamado atenção para o tema em pesquisa empírica na qual se propões a diagnosticar as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial, das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. O CNJ concluiu, após entrevistas realizadas com pessoas físicas e jurídicas, com advogados e juízes, que o uso instrumental e estratégico do Judiciário é incrementado, sobremaneira, em razão da existência de diferentes decisões acerca do mesmo tema⁴²⁶.

Isso porque, “sem conseguirem antever com razoável previsão o resultado de sua demanda em potencial (face à baixa previsibilidade fruto da ausência de vinculação de precedentes), dificilmente as partes fazem acordo e/ou deixam de recorrer”⁴²⁷.

Ademais, foi destacado no trabalho que o número de demandas e de recursos crescem na medida em que a ausência de previsibilidade acarreta um otimismo exagerado aos litigantes com o resultado final do seu processo.

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

⁴²³ Art. 1.036, CPC - Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

⁴²⁴ Art. 947, CPC - É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

⁴²⁵ Art. 976, CPC - É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - Efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - Risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

⁴²⁶ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil**. Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2018.

⁴²⁷ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil**. Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. 2011, p. 188. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2018.

E, portanto, após a alteração legislativa, aquele controle anteriormente feito apenas pela jurisprudência e pelas súmulas, sobretudo as vinculantes, ganha, com o NCPC, maior efetividade. Neste ponto, apenas a título de esclarecimento, impõe mencionar que apesar da jurisprudência e das súmulas⁴²⁸ também atuarem como filtros em prol da segurança jurídica e da judicialização excessiva, ambos os institutos não se confundem.

Em tempo: súmulas não são precedentes, é evidente. Mas sua presença constante no NCPC não deixa de ser um sintoma claro da relevância que se deve dar, à luz do novo código, à jurisprudência. As súmulas são uma espécie de resumo da essência da tese aplicada pelo tribunal reiteradamente para resolver casos semelhantes⁴²⁹.

Para Taruffo, enquanto o precedente nasce de um pronunciamento judicial atinente a um caso concreto, a jurisprudência e as súmulas, ao seu turno, surgem da pluralidade de decisões, ou seja, do resultado de um apanhado de decisões judiciais consonantes⁴³⁰.

Essa diferenciação fica ainda mais evidente quando analisada sob uma ordem qualitativa e quantitativa. Se de um lado há uma necessidade de pluralidade de decisões para se constituir uma jurisprudência ou súmula, de outro, somente uma decisão é necessária para a formação de um precedente. E essa distinção quantitativa se reflete na ordem qualitativa, isso porque, uma vez que o precedente é formado por uma única decisão, a sua identificação e aplicação fica facilitada, o que não ocorre com a jurisprudência, ante a sua constituição esparsa e múltipla⁴³¹.

Nesse passo, o caráter vinculante (*stare decisis*) presente nos precedentes, oriundo da miscigenação entre os sistemas da *common law*, anglo-saxão, e da *civil law*, romano-germânica, garante a segurança jurídica necessária para coibir o abuso de direito de ação no Brasil, bem como garantir uma justiça mais eficiente e um acesso mais efetivo.

⁴²⁸ Art. 332, CPC - Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - Enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

(...)

IV - Enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Art. 496, CPC - Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - súmula de tribunal superior;

⁴²⁹ ALVIM, Teresa Arruda. **Reflexões a respeito do tema “precedentes” no Brasil do século 21**. JURIS PLENUM, v. XIV, 2017, p. 83.

⁴³⁰ TARUFFO, M. *Dimensioni del precedente giudiziario*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno XLVIII, n. 2, p. 411- 430, 1994.

⁴³¹ TARUFFO, M. *Dimensioni del precedente giudiziario*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno XLVIII, n. 2, p. 411- 430, 1994.

Isso porque, o ponto forte dos precedentes não reside apenas na sua atuação *ex ante*, quando barra o ajuizamento de demandas abusivas, mas também, *ex post*, quando diminuiu o tempo de vida útil desses processos em juízo, especialmente nas demandas repetitivas.

As causas repetitivas, processos formados por um conjunto considerável de ações com identidade de causa de pedir (em regra geral, direitos individuais homogêneos), contribuem, sobremaneira, para o atraso na prestação jurisdicional.

E essa prática não é algo excepcional na Justiça brasileira, pelo contrário, está cada vez mais presente no seu cotidiano e faz parte do fenômeno da litigância excessiva no Brasil. E, a partir do momento em que esse grande volume de processos se forma ante uma estratégia processual oriunda de falta de segurança jurídica, se pode dizer que há um abuso do direito de ação, cujas consequências serão absorvidas pela sociedade na forma externalidades negativas. Daí reluz a importância *ex post*, ao passo que a aplicação dos precedentes judiciais resolve, de forma célere e isonômica, esse grande volume de demandas judiciais.

Assim sendo, a valorização dos precedentes atende a celeridade processual, a credibilidade da Justiça, bem como permite uma progressiva diminuição da carga de trabalho do Poder Judiciário, tendo em vista que a desuniformidade da jurisprudência e a possibilidade, que existe sempre, de que haja uma reviravolta estimulam não só o ato de recorrer, como também a própria propositura de novas ações⁴³².

Para Patrício, a má prestação jurisdicional pode interferir, consideravelmente, nos mecanismos de sinalização, gerando, em decorrência disso, externalidades negativas, em especial, o surgimento de demandas frívolas. “Os litigantes agem, naturalmente, de acordo com o erro que detectam ou mesmo preveem, podendo até calcular médias daquilo que são os resultados habituais nos Tribunais e agir de acordo com essas observações”⁴³³. Destarte, a aplicação adequada do *stare decisis* pelo Poder Judiciário sinalizaria ao mercado maior segurança aos litigantes, coibindo a busca jurisdicional lotérica.

⁴³² ALVIM, Teresa Arruda. **Reflexões a respeito do tema “precedentes” no Brasil do século 21**. JURIS PLENUM, v. XIV, 2017.

⁴³³ PATRÍCIO. Miguel Carolos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Rio de Janeiro: Almedina. 2005, p. 75.

A teoria da sinalização difundida por Spence⁴³⁴ trabalha, em suma, sob o arquétipo de que a sinalização permite aos agentes aprimorar a qualidade das informações lançadas no mercado, mitigando, com isso, a assimetria informacional.

Assim, aplicando esse raciocínio econômico aos precedentes judiciais, se pode concluir, facilmente, que em razão dos litigantes atuarem racionalmente a partir da análise das informações disponíveis no mercado, esse sistema vinculante equacionaria o abuso do direito de ação, uma vez que diminuiria as chances de decisões divergentes sobre o mesmo tema, filtrando, conseqüentemente, o excesso de otimismo estratégico presente nas demandas abusivas, em especial, nas ações frívolas.

De acordo com a opinião de P. Rubin: 1.a) se ambos os litigantes tiverem interesse em casos futuros (e na presença de regras jurídicas ineficientes), o litigante frívolo será um jogador insistente, tentando chegar ao resultado desejado antes da alteração das regras; 1.b) por outro lado, sempre que as regras são eficientes, não existem incentivos para a sua alteração, pelo que o recurso à Justiça, com o interesse que tinha, deixa de se fazer; 2) se apenas um dos litigantes (frívolo, insistente) se mostrar interessado na resolução de futuros casos (e na presença de regras eficientes/ineficientes), esse litigante recorrerá à Justiça (arrastando o outro, que não tem interesse); 3) se nenhum dos litigantes se mostrar interessado na criação de precedente, a disputa é resolvida por via extra-judicial, demonstrando-se assim que, para eles, as regras, embora eventualmente ineficientes, não os pressionam de forma suficiente a ponto de se sentirem necessidade de recorrer ao Tribunal⁴³⁵.

E, portanto, esse sistema processual *sui generis* se apresenta como um poderoso mecanismo de controle (filtro) apto a coibir o abuso do direito de ação, porquanto sinaliza ao mercado as chances de insucesso das demandas desnecessárias e frívolas, transmitindo maior segurança jurídica ao mercado, modulando, com isso, o excesso de otimismo dos litigantes.

3.6 Ampliação do número de varas especializadas

Assim como os precedentes, que buscam modular o excesso de otimismo presente nos litigantes estratégicos a partir da sinalização adequada, a criação e implementação de varas

⁴³⁴ SPENCE, Michael. *Market Signaling: Informational Transfer in Hiring and Related Screening Processes* (Harvard Economic Studies). Harvard University Press; 1st Edition edition (January 1) 1974.

⁴³⁵ PATRÍCIO. Miguel Carolos Teixeira. *Análise econômica da litigância*. Rio de Janeiro: Almedina. 2005, p. 78.

especializadas reunindo demandas similares e de mesma natureza, especialmente nas maiores comarcas, é medida a ser considerada.

Conforme apontado pela pesquisa empírica da área da Sociologia, um dos motivos que levam os indivíduos a recorrer é a insatisfação com o conteúdo das decisões, que, em determinados casos, podem ser supridos com a correta especialidade da matéria. A especialidade da matéria, portanto, direciona a atenção do magistrado para um determinado ramo do direito e, fazendo desta forma, tende a gerar maior previsibilidade sobre o conteúdo das decisões, uma vez que somente determinados órgãos serão os responsáveis por decidir pela matéria⁴³⁶.

Com efeito, a especialização progressiva das varas no Brasil não só garantiria maior segurança jurídica aos litigantes, como também, maior celeridade nos julgamentos, o que a partir de uma análise econômica alteraria os incentivos presentes no mercado, influenciando a conduta final do agente. Em outras palavras, funcionaria como filtro de controle apto a compelir a ação estratégica e abusiva dos litigantes tanto no momento de propor uma ação, quanto de interpor um recurso.

Além disso, uma maior especialização, tanto dos magistrados, quanto dos servidores do judiciário, garantiria maior eficiência da Justiça, uma vez que potencializaria o desempenho da atividade jurisdicional, atendendo, por conseguinte, os preceitos de uma justiça mais eficiente e de um acesso mais efetivo.

3.7 Controle do mercado de advogados

É totalmente válida a afirmativa de que quanto maior o número de advogados em uma sociedade, proporcionalmente será o de processos judiciais⁴³⁷. O advogado exerce, por natureza, papel precípua no acesso à justiça, porquanto se apresenta como instrumento

⁴³⁶ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil**. Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. 2011, p. 189. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2018.

⁴³⁷ Ver mais em: BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira**. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2018.

materializador do direito de ação – peça indispensável à administração da Justiça e à defesa do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, apensar de ser factível a influência do mercado da advocacia no fenômeno da judicialização, a quantidade de advogados⁴³⁸ não é, pela perspectiva do presente estudo, algo a ser combatido. Isso porque, como já citado, o problema da efetividade não reside no excesso de processos em si, já que o Estado como detentor do monopólio jurisdicional deve atender a todas as demandas legitimamente postas. O problema reside, na verdade, quando esse conjunto processual se constitui, em grande medida, por demandas abusivas, desnecessárias ou frívolas, devidamente patrocinadas. E, portanto, a grande questão não estaria no número de advogados, mas sim na qualidade da sua formação.

No Brasil, esse controle qualitativo é exercício, especialmente, pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)⁴³⁹, uma vez que o exercício da advocacia é condicionado à prévia aprovação no Exame da Ordem, cuja constitucionalidade já foi discutida e afirmada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 603.583⁴⁴⁰.

Nele, OAB aludiu, dentre outros argumentos, a existência de cursos de direito em profusão, notoriamente ineptos, que formam profissionais que nada sabem, e que os bens e a liberdade das pessoas não poderiam ser administrados por tais profissionais, asseverando, ainda, que no campo jurídico, o ensino é falho e generalista, razão pela qual se faz necessário a manutenção do exame específico para quem deseja tornar-se advogado.

Os argumentos contrários a manutenção do exame encontram guarida na desatenção dos princípios e valores constitucionais da igualdade e da presunção da inocência, porquanto os demais cursos não exigem a aferição de aptidão técnica, bem como do valor social do trabalho, da livre iniciativa e do livre exercício da profissão.

Acerca da decisão⁴⁴¹ que garantiu a constitucionalidade do exame destacam-se as palavras do Ministro Luiz Fux, para quem “aferição da qualificação técnica é necessária ao

⁴³⁸ O Brasil atualmente conta com mais de um milhão de inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Ver mais em: <<http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>>. Acesso em: 02 de maio de 2018.

⁴³⁹ O Exame de Ordem entrou em vigor no ano de 1996, com o Provimento nº81, elaborado pelo Conselho Federal da instituição, no qual consta a obrigatoriedade da aprovação dos bacharéis em Direito para a sua inclusão no quadro de advogados. Respectivo Provimento respalda-se na Lei 8.096 de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e sobre a Ordem dos Advogados do Brasil.

⁴⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 603.583**. Rio Grande do Sul. Relator Ministro Marco Aurélio. 25/11/2011.

⁴⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 603.583**. Rio Grande do Sul. Relator Ministro Marco Aurélio. 25/11/2011.

exercício da advocacia em caráter preventivo, com vistas a evitar que a atuação do profissional inepto cause prejuízo à sociedade”, da Ministra Carmem Lúcia, para quem “o provimento foi a fórmula encontrada para que a OAB pudesse, o tempo todo, garantir a atualidade da forma de qualificação a ser exigida”, e do Ministro Ayres Britto, que foi incisivo ao afirmar que a seleção realizada pela OAB representa “uma salvaguarda social”.

Frisa-se que não há neste trabalho qualquer pretensão em discutir diretamente o problema da qualidade do Ensino Jurídico no país, tampouco a quantidade desproporcional e desarrazoada de Instituições de Ensino Superior autorizadas a ministrarem o curso de Direito. Pelo contrário, o trabalho já parte dessas premissas: grande volume de Instituições e da contestável qualidade do ensino.

Assim sendo, a fim de evitar prejuízos sociais decorrentes da ação de profissionais ineptos, que a manutenção do Exame da Ordem como filtro qualitativo do mercado da advocacia se faz necessária:

Evidencia-se, desta forma, que o exame aplicado pela OAB desempenha um papel significativo no desenvolvimento educacional da sociedade, posto que este é de grande relevância para avaliar os bacharéis no que concerne ao exercício da Advocacia. Assim sendo, evita-se que possíveis profissionais desqualificados e despreparados venham a adentrar no mercado de trabalho, o que poderia acarretar graves prejuízos à sociedade civil⁴⁴².

Sob uma perspectiva econômica, o livre mercado estimula a concorrência e maximiza o valor da sociedade. Contudo, em mercados concorrenciais, o sucesso da sociedade depende, também, da qualidade dos bens e dos serviços prestados⁴⁴³. Assim sendo, se os agentes agem perseguindo estratégias oportunistas, o Estado deve intervir a fim de sanar possíveis falhas de mercado.

Em outras palavras, a ausência desse filtro acarretaria uma externalidade negativa que seria absorvida pela sociedade na forma de transbordamento: inefetividade do acesso à justiça decorrente do patrocínio de demandas abusivas. Assim sendo, uma vez que atua como filtro de controle, já que o advogado melhor formado tenderia a atuar menos em demandas

⁴⁴² CAMARGO, Maria Aparecida Santana, D’OLIVEIRA Mariane Camargo, D’OLIVEIRA Marcele Camargo. **O polêmico exame da OAB: considerações sobre a massificação do ensino jurídico e a mercantilização do conhecimento.** Revista do Programa de pós-graduação em práticas socioculturais e desenvolvimento social. v. 1, n. 1 (2012), p. 10.

⁴⁴³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito.** Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

abusivas, desnecessárias ou frívolas, o controle qualitativo do mercado da advocacia exercido pela OAB é medida salutar.

3.8 Majoração do valor da multa por litigância de má-fé: alteração do novo código de processo civil

Ciente de que o comportamento dos litigantes pode ser generalizado dentro de uma conduta lógico-racional maximizadora de bem-estar, qualquer alteração no sistema de incentivos refletirá, conseqüentemente, na ação final do agente.

Partindo dessa premissa econômica, o CNJ concluiu em pesquisa realizada no ano de 2011 na qual se propôs a analisar a inefetividade da Justiça, que a multa por litigância de má-fé atua como contrapeso na análise de propor/interpor uma ação/recurso.

O comportamento identificado nas pesquisas de campo realizadas pela Sociologia comprovou que as partes são agentes limitadamente racionais, de regra, e que atuam movidos por seus próprios interesses. Neste cenário, com o intuito de coibir a má utilização do instrumento processual hoje existente, torna-se necessário a efetiva aplicação do instituto da litigância de má-fé⁴⁴⁴.

Outra conclusão que se chegou o CNJ, foi a de que para garantir maior efetividade ao mecanismo de controle alhures, se fazia necessária a majoração dos valores pagos pelos litigantes: “o valor da pena da litigância de má-fé tem de ser sensivelmente elevado (sem limitação ao valor da causa, podendo ultrapassá-la e devendo ser fixada de modo a efetivamente coibir novos comportamentos deste tipo)”⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil**. Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. 2011, p. 198. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2018.

⁴⁴⁵ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil**. Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. 2011, p. 198. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2018.

A par dessa necessidade, o Novo Código de Processo Civil elevou o valor da multa que antes não excedia um por cento do valor da causa⁴⁴⁶, para até dez por cento⁴⁴⁷, em benefício da parte prejudicada, caso se verifique alguma das condutas expressamente reprováveis pelo legislador⁴⁴⁸.

Em linhas gerais, se diz que assim litiga aquele que se vale de estratégia escusa com o objetivo de vencer, ou que, já ciente da dificuldade ou impossibilidade da vitória, deliberadamente prolonga o andamento do processo⁴⁴⁹.

Com efeito, “não existe qualquer inconstitucionalidade nessa previsão legal, não se podendo afirmar que haja qualquer restrição ao acesso à justiça, considerando-se que a sanção foi gerada por ato desleal da própria parte”⁴⁵⁰, sobretudo quando analisamos o direito do acesso à justiça sob uma nova ótica, que se preocupa também com o tempo da prestação jurisdicional.

Nesse passo, como citado anteriormente, algumas condutas abusivas, especialmente frívolas, podem ser enquadradas dentro no rol da má-fé processual. São elas: a pretensão ou defesa contra fato incontroverso, a alteração da verdade dos fatos, a oposição de resistência injustificada ao andamento do processo, a provocação de incidente manifestamente infundado ou a interposição de recurso protelatório.

Destarte, o litigante, ciente do risco da incidência da multa, repensaria sua pretensão, seja de ajuizar uma demanda (eficácia *ex ante*), seja de interpor um recurso (eficácia *ex post*), deixando de atuar de forma abusiva caso venha a entender que há mais custos do que benefícios na sua conduta objeto de análise racional.

⁴⁴⁶ Art. 18, CPC 1973 - O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

⁴⁴⁷ Art. 81, CPC - De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

⁴⁴⁸ Art. 80, CPC -. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

⁴⁴⁹ NERY JUNIOR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 414.

⁴⁵⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**, Volume Único. Salvador: JusPodivm, 2017, p.1689.

O Poder Judiciária deve, então, ter cada vez mais consciência de que a finalidade deste instituto não consiste unicamente na punibilidade do litigante em razão da sua conduta reprovável, como também, repelir essa ação abusiva da Justiça.

Registro que, diante da situação ora apresentada, a parte Autora alterou a verdade dos fatos, já que pactuara os contratos com os serviços atacados nas iniciais, o que faz incidir as penas do art. 80 do CPC, em razão de sua litigância de má-fé, como exposto pela demandada em sede de contestação. Tal fato tem se mostrado rotineiro nesta Comarca, com o ajuizamento de inúmeras ações versando sobre supostos contratos fraudulentos, as quais, em grande escala, tem sido julgadas improcedentes pela apresentação do instrumento contratual que legitima as cobranças contestadas⁴⁵¹.

Assim sendo, uma vez que a efetividade deste instituto está diretamente vinculada ao valor da multa, a sua majoração foi ao encontro das preocupações contemporâneas do acesso à justiça, porquanto visa coibir o uso abusivo do direito de ação e, com isso, garantir um acesso mais efetivo e uma Justiça mais eficiente, restando, agora, ao Poder Judiciário, aplicar com maior atenção esse importante mecanismo de controle.

3.9 Responsabilização dos advogados: filtro legítimo ou ilegítimo?

Outra conclusão que se chegou o CNJ acerca dos mecanismos de controles aptos a barrar o abuso do direito de ação, foi a de que a multa por litigância de má-fé deveria, também, ser aplicada aos advogados.

A pena da litigância tem de ser aplicada ao advogado também. De regra, quem litiga de má-fé é o advogado, não a parte, especialmente em demandas repetitivas. Logo, ele tem de ser punido, pois o advogado, se é essencial à administração da Justiça, tem de ser mais responsável⁴⁵².

⁴⁵¹ALAGOINHAS. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Autos: 0000600-22.2064.8.17.0160 e 0000535-27.8.17.0160.**

⁴⁵²BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil.** Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. 2011, p. 12. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2018.

A responsabilização do advogado tem como influência o direito norte-americano. Nos Estados Unidos essa regra existe desde 1938⁴⁵³ e ficou popularmente conhecida como “*stop-and-think-again rule*”⁴⁵⁴. Concebida, desde o início, com o propósito de conter a propositura de demandas abusivas, a regra sofreu duas substanciais alterações ao logo do tempo no intuito de aumentar a sua efetividade diante da crescente distribuição de demandas frívolas naquele país, uma em 1983⁴⁵⁵ e outra em 1993⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Federal Rule of Civil Procedure 11 was enacted originally in 1938 to deter frivolous actions. 'The original Rule' required attorneys to certify that "good ground" existed to support their pleadings. It provided for the discretionary imposition of sanctions on attorneys who submitted pleadings that were unsigned, unsupported, or interposed for delay. It also permitted the courts to strike pleadings that did not comply with the Rule. " Experience showed that in practice Rule 11 failed to deter abuses in litigation.' Courts found the Rule difficult to apply and enforce and so were reluctant to use it. This ineffectiveness resulted from several deficiencies in the Rule. For example, the standard requiring "good ground to support" a pleading was vague. Under this standard, an attorney was required to investigate facts and present them "to the best of his knowledge, information and belief." Courts interpreted this as a subjective and rather vague requirement of good faith and were reluctant to impose sanctions under it. In addition, the only improper purpose for conducting litigation acknowledged by the original Rule was delay. The Rule failed to recognize that litigation can be conducted for other improper purposes, such as to mislead the court, to harass an opponent, to impose defense costs, or to pressure an opponent into a settlement. Last, courts were reluctant to invoke the Rule because they viewed the striking of a faulty pleading as a harsh penalty.

Tradução livre: “A Regra Federal do Processo Civil 11 foi promulgada originalmente em 1938 para dissuadir ações frívolas. "A Regra original" exigia dos advogados a certificação de que havia "bom fundamento" para sustentar seus argumentos. Forneceu a imposição discricionária de sanções aos advogados que apresentassem argumentos que não fossem assinados, sem suporte fático ou protelatórios. Também permitiu que os tribunais desconsiderassem as petições que não cumprissem a Regra. "A experiência mostrou que na prática a regra 11 não conseguiu dissuadir abusos em litígios". Os tribunais achavam que a Regra era de difícil aplicação e, portanto, estavam relutantes em usá-la. Essa ineficácia resultou de várias deficiências. Por exemplo, o padrão que exigia "um bom argumento para sustentar" era vago. Sob este padrão, um advogado foi obrigado a investigar os fatos e apresentá-los "ao seu melhor conhecimento, informação e crença". Os tribunais interpretaram isso como uma exigência subjetiva e bastante vaga de boa fé e relutavam em impor sanções ao procurador. Além disso, o único propósito impróprio da Regra era o de que o litígio poderia ser conduzido para outros fins, como enganar o tribunal, perseguir o oponente, impor custos de defesa ou pressionar o oponente em um liquidado. Por último, os tribunais estavam relutantes em invocar a Regra porque consideravam o golpe de um argumento defeituoso como uma pena severa”. (COWLES, K. Julia. **Rule 11 of the Federal Rules of Civil Procedure and the Duty to Withdraw a Baseless Pleading**, 1988, p. 699-700. Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.pt/&httpsredir=1&article=2779&context=flr>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2018.

⁴⁵⁴ “Regra do pare e pense novamente”.

⁴⁵⁵ The amended Rule makes detection and punishment of frivolous actions part of the court's responsibility, encouraging courts to be more involved in the pretrial disposition of claims. The increased responsibility imposed upon lawyers and parties includes imposition of a stricter standard of "reasonableness under the circumstances" for filing a pleading." The Advisory Committee on Federal Civil Rules intended that the reasonableness standard be more stringent than the original good faith formula and that a greater range of circumstances trigger violations of the Rule. Under this new standard, an attorney must conduct a reasonable inquiry into the merits of a claim before filing a paper with the court. The drafters of the new Rule deleted the previous reference to willfulness, making merely negligent or reckless conduct sufficient to trigger sanctions under Rule 11. In addition, a party seeking sanctions under amended Rule 11 has a duty to notify the court promptly upon discovering that the Rule has been violated.

Tradução livre: “A Regra alterada torna a detecção e punição de ações frívolas parte da responsabilidade do tribunal, incentivando os tribunais a se envolverem mais na disposição prévia de reivindicações. O aumento da responsabilidade imposta aos advogados e as partes incluí a imposição de um padrão mais rígido de

A regra alterada criou o termo “razoabilidade nas circunstâncias” para responsabilizar os advogados, bem como passou a exigir dos tribunais uma análise preliminar mais apurada das reivindicações.

Assim, de acordo com a atual lei norte-americana, a assinatura do advogado na petição constitui um certificado de que o signatário leu o argumento, moção ou outro documento, que, até o melhor conhecimento, informação e crença do signatário, formados após uma indagação razoável, está bem fundamentado de fato e é justificado pela lei existente ou por um argumento de boa fé para a extensão, modificação ou revogação da lei existente e que não é interposto por qualquer propósito impróprio, como assediar, causar atrasos desnecessários ou aumentar o custo do litígio, bem como que as afirmações factuais têm suporte probatório ou, se especificamente identificadas, provavelmente terão apoio probatório após uma oportunidade razoável para investigação ou descoberta mais aprofundada, sob pena de aplicação de sanções monetárias ou não monetárias aptas a dissuadir a repetição dessa conduta ou comportamento comparável de outros igualmente situados⁴⁵⁷.

"razoabilidade nas circunstâncias" para a apresentação de um argumento. "O Comitê Consultivo sobre as Regras Cíveis Federais pretendia que o padrão de razoabilidade fosse mais rigoroso do que a fórmula original de boa fé e que uma maior variedade de circunstâncias desencadeia violações da Regra. De acordo com este novo padrão, um advogado deve realizar um inquérito razoável sobre o mérito de um pedido antes de arquivar um documento com o tribunal. Os redatores da nova Regra eliminaram a referência anterior à obstinação, fazendo uma conduta meramente negligente ou imprudente suficiente para desencadear sanções nos termos da Regra 11 Além disso, uma parte que solicita sanções nos termos do Artigo 11 alterado tem o dever de notificar o tribunal prontamente ao descobrir que a Regra foi violada" (COWLES, K. Julia. **Rule 11 of the Federal Rules of Civil Procedure and the Duty to Withdraw a Baseless Pleading**, 1988, p.703. Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.pt/&httpsredir=1&article=2779&context=flr>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2018).

⁴⁵⁶ Ocorre, entretanto, que mesmo após a sua repaginação a regra 11 continuou a ser objeto de severas críticas, sobretudo pelos advogados que continuavam inseguros com sua subjetividade, motivo pelo qual foi novamente modificada em 1993. Acerca da necessidade de alteração da norma, o Comitê Consultivo sobre as Regras Cíveis explicou que: (1) A regra 11, em conjunto com outras regras, tendeu a afetar os autores mais freqüentemente e severamente do que os réus; (2) ocasionalmente criou problemas para uma parte que procura afirmar novas contensões legais ou que precisa de descobertas de outras pessoas para determinar se a crença da parte sobre os fatos pode ser apoiada com provas; (3) raramente foi aplicada através de sanções não monetárias e com a mudança de custos tornando-se a sanção normativa; (4) fornece pouco incentivo, e talvez um desincentivo, para que uma parte abandone os cargos depois de determinar que eles não são mais suportáveis de fato ou lei; e (5) às vezes produziu conflitos infelizes entre advogado e cliente, e exacerbou o comportamento contencioso entre advogados. Além disso, embora a grande maioria das moções da Regra 11 não tenha sido concedida, o tempo gasto pelos litigantes e os tribunais em lidar com tais moções não tem sido insignificante (SOLOVY, Jerold; HIRSH, Norman; SIMPSON, Margaret. **Sanctions Under Rule 11**, 2010. Disponível em: <https://jenner.com/system/assets/assets/5514/original/Sanctions_20Under_20Rule_2011-Complete_2010.pdf?1323114005>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2018.

⁴⁵⁷ Rule 11. Federal Rules os Civil Procedure. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_11#rule_11_b>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2018.

Para Carl Tobias, a responsabilização dos advogados ante ao litígio frívolo sempre foi matéria controvertida nos Estados Unidos, contudo, as alterações sofridas pela norma em 1993 foram essenciais para equacionar os animos entre advogados e Judiciário.

A revisão de 1993 da Regra 11 melhora substancialmente a versão de 1983, que mostrou ser altamente controversa e muito difícil de implementar. Se os juízes federais aplicam a nova Regra como sugerido neste artigo, eles podem remediar ou melhorar os problemas mais significativos que a emenda de 1983 representava. Além disso, se os advogados e as partes seguem as recomendações, eles deveriam achar fácil satisfazer os requisitos da Regra de 1993. Essa aplicação e implementação judicial, juntamente com a conformidade do advogado e do litigante, pode reduzir a invocação da Regra 11, o litígio por satélite e os efeitos de arrefecimento da Regra, e assim cumprir os objetivos dos revisores.^{458 459}

Recentemente, o tema voltou a ser discutido nos Estados Unidos sobretudo diante da repercussão midiática do caso “*Engle class*”, no qual o Tribunal Federal da Flórida multou os escritórios *Farah & Farah* e *Wilner Firm* no valor aproximado de nove milhões de dólares por litigância frívola. O *quantum* levou em consideração o valor gasto pelo Poder Judiciário para processar e posteriormente investigar os casos e será destinado a compensar o erário.⁴⁶⁰

Somadas, as bancas propuseram 1.250 reclamações em face de companhias de tabaco que, no decorrer das instruções processuais, foram comprovadamente classificadas como frívolas. As investigações revelaram que as bancas propuseram múltiplas ações em nome do mesmo autor, em nome de clientes desconhecidos dos procuradores, já transitadas em julgado, em favor de pessoas que não queriam mover uma ação judicial, prescritas, com instrução deficiente, em nome de pessoas que nunca fumaram ou ações por morte nas quais os autores ainda estavam vivos.

Os juízes fizeram questão de constar na decisão que o comportamento frívolo da banca afeta não só aos litigantes, que tendem a suportar ainda mais a morosidade da prestação jurisdicional, mas como também o Judiciário, que sofre com a limitação de recursos. Segundo

⁴⁵⁸ TOBIAS, Carl. **The 1993 Revision of Federal Rule 11**, p. 171. Disponível em: <http://ilj.law.indiana.edu/articles/70/70_1_Tobias.pdf>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2018.

⁴⁵⁹ *The 1993 revision of Rule 11 substantially improves upon the 1983 version, which proved to be highly controversial and very difficult to implement. If federal judges apply the new Rule as suggested in this Article, they can remedy or ameliorate the most significant problems that the 1983 amendment posed. Moreover, if attorneys and parties follow the recommendations, they would find it easy to satisfy the 1993 Rule requirements. Such judicial enforcement and implementation, together with lawyer and litigant compliance, may reduce the invocation of Rule 11, satellite litigation, and the Rule's chilling effects and thereby meet the revisers' goals.*

⁴⁶⁰ Ver mais em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-29/bancas-eua-sao-multadas-us-milhoes-litigancia-ma-fe>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2018.

consignado na decisão “Foi este comportamento obstrutivo, enganoso e recalcitrante que, em combinação com as centenas de reclamações frívolas, obrigou o tribunal a iniciar processos de sanção”, bem como “é difícil exagerar as tensões que Wilner e Farah colocam nos já esticados recursos da corte”⁴⁶¹.

No Brasil, entretanto, não existe previsão legal para aplicar ao advogado a pena da litigância de má-fé⁴⁶² e, salvo melhor juízo, assim deve permanecer. Isso porque, a partir de uma análise mais criteriosa, se pode concluir que respectivo instituto oneraria de sobremaneira o direito de acesso à justiça, tanto por uma perspectiva objetiva, consubstanciada no fato de que ao advogado é resguardada, no exercício da profissão, a inviolabilidade dos seus atos e manifestações⁴⁶³, quanto subjetiva, alicerçada na ideia de que a sua extensão daria azo a uma discussão institucional mais acalorada entre Judiciário e Advocacia, uma vez que poderia suscitar uma possível “perseguição” materializada na ação daquele contra este, desequilibrando, por conseguinte, a equidade legal entre ambas instituições.⁴⁶⁴

Além disso, de acordo com o Estatuto da Advocacia⁴⁶⁵, a conduta abusiva do advogado demanda investigação e, se necessário, repreensão do próprio conselho de classe. Consonante previsão legal, o advogado é responsável pelos atos que praticar no exercício da profissão com dolo ou culpa e, em se tratando de lide temerária, responde solidariamente com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento contrário a responsabilização do advogado nos mesmos autos do processo, ainda que comprovada a sua

⁴⁶¹“It was this obstructive, deceptive, and recalcitrant behavior that, in combination with the hundreds of frivolous complaints, compelled the court to initiate sanctions proceedings”. “It is hard to overstate the strains Wilner and Farah placed on the court’s already-stretched resources”. Disponível em: <<http://www.jacksonville.com/news/metro/florida/2017-10-20/two-jacksonville-lawyers-ordered-forfeit-92-million-over-frivolous>>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2018.

⁴⁶² Art. 79, CPC. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente

⁴⁶³ Art. 2º, § 3º, lei 8.906/94. No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

⁴⁶⁴ Art. 6º, lei 8.906/94. Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

⁴⁶⁵ Art. 32, lei 8.906/94. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

má-fé⁴⁶⁶, “o advogado não pode ser penalizado nos autos em que supostamente atua como litigante de má-fé, ainda que incorra em falta profissional. Eventual conduta desleal do advogado deve ser apurada em processo autônomo, nos termos do art. 32 da Lei 8906/94”⁴⁶⁷.

Assim, se concluiu que a decisão do STJ se mostrou acertada e coaduna com a posição do presente estudo, já que apesar da responsabilização do advogado a partir de uma simples análise econômica isolada atuar, de fato, nos incentivos dos agentes econômicos, sendo uma medida apta a moldar o comportamento do litigante, se entende que a sua incidência traria um ônus excessivo ao direito do acesso à justiça, extrapolando, conseqüentemente, a legitimidade deste mecanismo de controle.

3.10 Reformulação dos incentivos dos Juizados Especiais Cíveis

O fenômeno da judicialização abusiva que acomete o Poder Judiciário brasileiro talvez tenha nos Juizados Especiais Cíveis (JECs)⁴⁶⁸ a sua maior demonstração. Os JECs, instituídos no âmbito da Justiça estadual a partir da promulgação da lei 9.099/1995 sob a égide da eficiência, celeridade, informalidade, oralidade, simplicidade e economia processual, há tempos vêm se mostrando deficitários na entrega de uma prestação jurisdicional efetiva.

Apesar de um dos objetivos primários dessa sistemática, fonte das ondas renovatórias de Cappelletti e Garth, de facilitar o acesso à porta de entrada da justiça ter sido bem-sucedido, outro, de igual importância, não o foi. Isso porque, além de garantir acesso à porta de entrada do Poder Judiciário, os Juizados buscavam resgatar a credibilidade do sistema de Justiça com a entrega de uma prestação jurisdicional mais efetiva.

⁴⁶⁶ REsp 1.194.683/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.8.2010, DJe 26.8.2010; REsp 1.173.848/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20.4.2010, DJe 10.5.2010.

⁴⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1.247.820 - AL**. Relator Ministro Humberto Martins. 01.07.2011.

⁴⁶⁸ Criados pela Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, os juizados especiais têm competência para a conciliação, o processamento, o julgamento e a execução das causas cíveis de menor complexidade (causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo, por exemplo) e das infrações penais de menor potencial ofensivo, ou seja, as contravenções penais e os crimes para os quais a lei defina pena máxima não superior a dois anos. As turmas recursais, por sua vez, integradas por juízes em exercício no primeiro grau, são encarregadas de julgar recursos apresentados contra decisões dos juizados especiais (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. 2017, p. 22. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 24 de setembro de 2017.

Não se pode ignorar o fato de que a criação desse mecanismo de facilitação e barateamento de custos ampliou o acesso à justiça. Os Juizados Especiais foram concebidos a partir da lógica da abreviação processual visando à facilitação ao acesso e, de fato, facilitou. Entretanto, não se pode ignorar, de igual modo, que todo esse volume expressivo de demandas judiciais leva longo tempo para oferecer resposta aos interessados, gerando, na maioria das vezes, frustração⁴⁶⁹.

E a frustração com essa nova sistemática passou a existir quando as facilidades de acesso começaram a obstar a entrega da prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável, abrindo caminho para uma nova reflexão acerca do verdadeiro conceito de acesso à justiça, não mais limitado ao simples direito de propor uma ação em juízo.

Em outras palavras, a simples ideia da inexistência de qualquer filtro de controle aos litigantes, trazida e comercializada pelos Juizados Especiais, materializada, principalmente, na ausência de custas e honorários no primeiro grau, no *jus postulandi*, no alargamento do conceito aberto de “*baixa complexidade*”, bem como a sua ampliação para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, trouxe consigo uma enxurrada de pretensões, legítimas e ilegítimas, a esse sistema de Justiça.

A partir de uma análise econômica se deduz que essas as facilidades alteraram, de sobremaneira, o equilíbrio do mercado. Isso porque, esse suposto excesso de oferta, infinito e ilimitado, adjetivos presentes nos bens públicos, trouxe, consigo, uma animosidade e otimismo aos litigantes que passaram a consumir o Poder Judiciário como se ilimitado fosse.

Se pode dizer, inclusive, que esse superconsumo estratégico dos JECs criou demandas que, caso não fossem as facilidades presentes nesse sistema, sequer seriam um dia propostas. Em outras palavras, os Juizados são matrizes de demandas desnecessárias e fúteis.

Ocorre, entretanto, que como já ponderado, o sistema de Justiça apesar de ser um bem de difícil restrição, não se trata de um bem público, mas sim de uso comum e limitado. Logo, a sua utilização inconsequente e desmedida é o prenúncio da tragédia dos comuns (baldios), que, como visto, ocorre quando um indivíduo, dolosamente ou não, se aproveita ao máximo da utilidade de um bem pensando que sua conduta, isoladamente, não o afetará. Contudo, quando o mesmo comportamento é replicado coletivamente, pode levar a sua extinção.

⁴⁶⁹ MARCELLINO JR., Júlio Cesar. **Análise Econômica do Acesso à Justiça**: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Portanto, enquanto os Juizados Especiais Cíveis continuarem sendo encarados como bens ilimitados e públicos, sua efetividade encontrará uma forte barreira na conduta individualista dos agentes.

Novamente, não há como se opor ao do fato de que o sistema dos JECs coaduna com o direito fundamental e democrático do acesso à justiça. Entretanto, para se garantir o real acesso, o efetivo, os seus basilares precisam ser revistos.

Nesse passo, tendo em vista que o presente estudo se atem ao controle das demandas ilegítimas, desnecessárias e frívolas, algumas medidas poderiam reequilibrar os incentivos e, com isso, filtrar as demandas abusivas.

Dentre tantas possíveis medidas, algumas são dignas de nota: a construção jurisprudencial mais restrita do que seriam demandas de baixa complexidade poderia repelir o ajuizamento de algumas ações nos JECs, obrigando os litigantes em potencial a levarem ao seus pleitos à Justiça Comum, na qual os custos e riscos são maiores; a imposição de recolhimento de custas (iniciais e finais) já no primeiro grau pela parte vencida; a aplicação dos precedentes judiciais como medida impeditiva do direito de recorrer para o segundo grau de jurisdição; bem como a condenação em honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, poderiam atuar no reequilíbrio dos incentivos.

Como se percebe, a solução para o problema hoje enfrentado pelos Juizados Especiais Cíveis se confunde com a própria solução do acesso à justiça. E, apesar da complexidade que circunda o tema e ainda das limitadas soluções, fato é que o problema foi identificado e, desconsidera-lo, muito provavelmente acarretará não só na inviabilização dos Juizados como também de todo o Poder Judiciário.



CONCLUSÃO

O presente trabalho parte de um problema que transcende a academia, que ultrapassa a barreira do Direito e que se sedimenta, de forma incontestável, como um problema social: a baixa eficiência do Poder Judiciário brasileiro.

Não seria exagero proclamar o acesso à justiça como o mais importante dos direitos fundamentais. Isso porque, sem essa via de acesso para garantir a efetividade de todos os demais direitos e prerrogativas da cidadania, qualquer democracia não passaria de tábula rasa, não ultrapassaria sequer as barreiras de uma ditadura mal disfarçada.

Justamente pela relevância do tema é que se tentou abordar o problema da forma mais cautelosa possível, tanto quando se concebeu o diagnóstico, quanto à recomendação para o seu tratamento. De igual forma, houve o cuidado para não soar demasiadamente pessimista com o atual sistema durante esse processo, sobretudo para evitar uma repercussão maquiada do problema.

Além disso, a pesquisa buscou não perder de vista o fato de que o Direito não deve trabalhar com verdades absolutas, pelo contrário, deve pregar pela continuação do diálogo e pela interdisciplinaridade da pesquisa. As hipóteses podem ser invalidadas a partir da identificação de um problema, buscando reduzir as incertezas com o cotejo interdisciplinar, especialmente da Economia.

Assim sendo, longe de querer proclamar o caos e de decretar, desde o início, a falência do Poder Judiciário, mas ciente da existência de vários fatores que contribuem negativamente para a questão do acesso à justiça, o trabalho procurou, da forma mais objetiva possível, estudar um desses fatores, qual seja, o uso predatório do sistema de Justiça pelos litigantes pela via das demandas desnecessárias e frívolas e, a partir daí, sugerir possíveis soluções.

E tudo isso se iniciou com a reflexão irrefutável de que o sistema judiciário brasileiro há tempos não consegue dar vazão às demandas na mesma velocidade com o que é acionado e que, em razão disso, há um acúmulo diário de processos aguardando julgamento.

A partir de uma análise histórica, se concluiu que a universalização do direito de acesso à justiça criou um problema de logística, pois se de um lado ampliou a porta de entrada do Poder Judiciário, de outro não conseguiu criar as mesmas condições para alargar a porta de saída.

Ocorre que o ponto crítico dessa análise reside, precisamente, no fato de que a abertura demasiada da malha de entrada possibilitou a passagem não apenas de demandas legítimas, como também de demandas ilegítimas. Se assim não fosse, estar-se-ia, pura e simplesmente, diante de um problema de estruturação do aparato do Poder Judiciário que, detentor do monopólio da jurisdição, tem o dever de conceder, dentro de um prazo razoável, uma resposta ao jurisdicionado. Mas não, juntamente com esse grande volume de ações se fazem presentes demandas abusivas que, pela perspectiva da presente dissertação, precisam ser combatidas, para assim garantir uma maior eficiência ao sistema.

Portanto, o problema aqui tratado não pode ser imputado unicamente ao Poder Judiciário, mas também àqueles que fazem uso, de forma predatória e oportunista, do seu aparato. E esse talvez tenha sido o ponto mais crítico da pesquisa, qual seja, a conceituação e diferenciação do que seriam demandas desnecessárias e frívolas.

Isso porque, apesar de todas as evidências que mostram comportamentos oportunistas dos litigantes, respectivo fenômeno ainda é pouco abordado pela doutrina. Assim, na tentativa de explorar da melhor maneira o tema, se propôs uma construção dogmática que flutua entre os conceitos tradicionais do Direito e o pragmatismo da Análise Econômica, na tentativa de prever o comportamento dos litigantes por meio dos corolários da escolha racional e do individualismo metodológico e, a partir daí, pensar em possíveis soluções.

E foram justamente esses predicados da Economia que permitiram ao trabalho generalizar o comportamento humano, uma vez que atribuem aos litigantes uma linha de conduta previsível, supondo que eles escolherão (livremente), entre as opções (escassas) disponíveis no mercado, aquela que lhes ofereça a maior satisfação (após ponderação dos custos e benefícios e dos reflexos dos incentivos). Assim, quando a escolha racional é sobreposta à litigância, se concluiu que os motivos pelos quais um agente é levado a colocar ou manter ativa a sua causa, legítima ou não, perante ao Poder Judiciário, é sempre o resultado de uma avaliação racional, relativamente informada, dos custos e benefícios dessa decisão.

E seguindo essa linha de raciocínio os comportamentos oportunistas dos queixosos foram divididos em dois, futilidade e frivolidade, sendo que no primeiro caso encontram-se as ações desnecessárias ou supérfluas, que apesar da existência de um direito legítimo do queixoso, não contenham, em razão de alguma característica ou circunstância, relevância ao Poder Judiciário para efeito de processamento e, no segundo, as demandas frágeis ou

ardilosas, quando o queixoso, mesmo não tendo um direito legítimo, se arrisca a litigar ou a postergar o seu processo em juízo por uma estratégia processual.

Com efeito, após trilhar esse caminho que se inicia com a universalização do acesso à justiça, passa pelo o problema de logística do Poder Judiciário e finda nas externalidades negativas advindas dos comportamentos oportunistas dos litigantes, que se passou a falar em possíveis soluções aptas a equacionar essa crise.

Ao todo, o trabalho analisou e discutiu dez filtros de controle, dentre os quais concluiu ser nove deles legítimos e apenas um, apesar de sua aptidão para frear demandas abusivas, ilegítimo. Claro que não se trata de um rol taxativo e que vários outros poderiam ser mencionados. Entretanto, a escolha se deu em razão da facilidade de absorção da ideia, como, também, de sua implementação.

Sendo assim, se entende que o objetivo final foi alcançado, qual seja, demonstrar que com poucos esforços e ajustes, o Poder Judiciário pode, apesar de toda a sua limitação orçamentária, não resolver, mas equalizar o problema da baixa eficiência do acesso à justiça, pelo menos no que tange o uso predatório do sistema.

Há de se ficar claro, portanto, que não houve, desde o início até a conclusão da presente dissertação, qualquer pretensão de se chegar a uma solução definitiva, mas sim de permear o debate, permitindo ao leitor analisar o mesmo objeto com outros olhos, que não apenas os olhos do Direito.

Assim, é possível dizer que a sua maior contribuição consiste em ser essa outra visão da catedral, responsável por levar ao observador noções pouco exploradas no mundo jurídico, tais quais, escassez de recursos do Poder Judiciário, eficiência do sistema, efetividade do acesso à justiça, comportamentos oportunistas, análise comportamental e consequencialista, escolha racional, falhas de mercado, externalidades, transbordamento, custos de transação, expandindo o diálogo, a florando o debate e aprimorando as soluções.

E assim foi feito, com a indicação ao final de toda a pesquisa de possíveis ferramentas aptas a filtrar as demandas abusivas e, conseqüentemente, o seu efeito predatório ao Poder Judiciário, sem ideologia ou abstrativismo, mas sim a partir da observação da realidade, do comportamento humano, bem como de sua racionalidade e as conseqüências.



ESCOLA DE DIREITO
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD

REFERÊNCIAS

ACCESS TO JUSTICE - FINAL REPORT, 1996. Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060213223540/http://www.dca.gov.uk/civil/financial/contents.htm>>. Acesso em: 28 de janeiro 2018.

AKERLOF, George A. **The Market for “Lemons”:** Quality Uncertainty and the Market Mechanism. Oxford University Press, Vol. 84, No. 3 (Aug., 1970), pp. 488-500.

ALAGOINHAS. **Tribunal de Justiça de Pernambuco.** Autos: 0000600-22.2064.8.17.0160 e 0000535-27.8.17.0160.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito:** contribuições e desmistificações. Direito, Estado e Sociedade - v.9 - n.29 - p 49 a 68 - jul/dez 2006.

ALVIM, Teresa Arruda. **Reflexões a respeito do tema “precedentes” no Brasil do século 21.** JURIS PLENUM, v. XIV, 2017.

ARAÚJO. Fernando. **Análise Económica do Direito. Programa e Guia de Estudo.** Lisboa: Almedina, 2008.

ARAÚJO, Fernando. **A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios - O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação.** Coimbra: Almedina, 2008.

ARAÚJO JR., Ari Francisco; SHIKIDA, Cláudio Djissey. **Microeconomia.** Organizador: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil.** São Paulo. Editora Atlas, 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais:** para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008

BARROSO FILHO, José. **A sustentável defesa do ser na utopia do desenvolvimento – a ética da razão solidária.** NÚCLEO DE ESTUDOS LUSO-BRASILEIRO (NELB). II Congresso Luso-Brasileiro de Direito. Os 70 anos do fim da Segunda Guerra Mundial:

Transformações Judiciais. Matheus Passos Silva (coord.), Ruth Maria Pereira dos Santos (org.), Caroline Costa Bernardo (org.). Brasília: Vestnik, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, 2007. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 28 de dezembro de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 01 de janeiro de 2018.

BENTHAM, Jeremy. Trad. BARAÚNA, Luiz João. **Princípios da moral e da legislação**. Sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BENTHAM, Jeremy, **A Fragment on Government**. In The Works of Jeremy Bentham, Volume 1: Principles of Morals and Legislation, Fragment on Government, Civil Code, Penal Law [1843]. ed. John Bowring (Edinburgh: William Tait, 1838-1843).

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, ed. J. H. Burns and H. L. A. Hart. Oxford, 1996.

BEZERRA, Paulo. **O acesso aos direitos e à justiça: um direito fundamental**. Separata do Boletim da Faculdade de Direito. N.81. Coimbra 2005.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. **Princípio da eficiência**. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius (Coordenadores). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

BLACK'S LAW DICTIONARY. Editor in Chief Bryan A. Garner (8th ed., 2004).

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOTELHO, Martinho Martins. **A eficiência judicial da justiça comum estadual no Brasil: uma análise jurimétrica pelo método DEA.** Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, e-ISSN:2525-9814|Brasília|v.2|n.1|p.92-110|Jan/Jun. 2016.

BRASIL. Associação dos Magistrados Brasileiros. **O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil 2015.** Disponível em: <<https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/08/O-uso-da-Justi%C3%A7a-e-o-lit%C3%ADgio-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (Lei nº 13.105/15). Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil.** Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2018.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Justiça em Números.** 2016. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: em 24/09/17 às 10:30.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Justiça em Números.** 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: em 24 de setembro de 2017.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil** (Lei nº 8.906/94). Brasília, DF: Congresso Nacional, 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em mandado de segurança n2 8915-MA.** Relator Ministro José Delgado. 12.11.1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1.247.820 - AL.** Relator Ministro Humberto Martins. 01.07.2011.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 603.583**. Rio Grande do Sul. Relator Ministro Marco Aurélio. 25/11/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 729.870**. Rio de Janeiro. Relator Ministro Teori Zavascki. 08/10/2013.

CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. **Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One view of the Cathedral**. Harvard Law Review, April 1972, Volume 85, Number 6. P. 1089-1128.

CALABRESI, Guido. **“Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts”**, (1961) 70 Yale Law Journal 499-553.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CAMARGO, Maria Aparecida Santana; D’OLIVEIRA Mariane Camargo; D’OLIVEIRA Marcele Camargo. **O polêmico exame da OAB: considerações sobre a massificação do ensino jurídico e a mercantilização do conhecimento**. Revista do Programa de pós-graduação em práticas socioculturais e desenvolvimento social. v. 1, n. 1 (2012).

CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência Lotérica**. Revistas dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 90, V. 786, abr. 2011

CANO, Ramiro de Valdivia. **La Tutela Judicial Efectiva Y Las Demandas Frívolas**. 2017. Disponível em:
<<https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c60c6f8040867828843e9429891cd1ab/TUTELA+JURIDICA+EFFECTIVA+PUBLICAR.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c60c6f8040867828843e9429891cd1ab>>. Acesso em: 26 de junho de 2017.

CAPONI, Remo. **O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas**. Revista de Processo. v. 192, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.



CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Ed. Classic Books, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Ed. Lejus, 1999.

CARVALHO, Ana Terra Teles de; DIAS, C. A. G. **Concretização do direito fundamental de acesso à justiça: novas vias para um antigo problema**. Florianópolis. Conpedi UFS: acesso à justiça, 2015.

CARVALHO, Leonor da Silva Magalhães. **A não denegação do direito de acesso à justiça em virtude da insuficiência de meios económicos** – Direito de Primeira ou Segunda Geração? Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, sob a orientação da Professora Doutora Luísa Neto. Porto: Portugal, 2012.

CASSI, Guilherme. GONÇALVES, Oksandro. Introdução à Análise Econômica do Direito. Revista Direito Empresarial: RDEmp. – ano 15, n.1. (jan/abr 2018). Belo Horizonte, 2018.

CASTRO, Fábio Ávila. **Modelos Microeconômicos de Análise da Litigância**, Revista da Receita Federal: estudos tributários e aduaneiros, Brasília-DF, v.3, n.1-2, p. 114-138, jan/dez. 2016.

CAVALLI, Cássio. **O Direito e a Economia**, in TIMM, Luciano Benetti. Direito e Economia no Brasil. São Paulo. Editora Atlas, 2014.

CHAVES, Vinicius Figueiredo. **Eficiência e Justiça**. Revista Juris Poiesis ano 18, nº 18, jan-dez. 2015. ISSN 1516-6635.

CHARNES, Abraham; COOPER, William W.; RHODES, Edwardo L. **Measuring the efficiency of decision-making units**, European Journal of Operational Research, 1978, v. 2, p. 429-444.

COASE, Ronald H. ‘**Law and Economics at Chicago**’, in *Journal of Law and Economics*, Vol. 36 (1993).

COASE, Ronald H. **O Problema do Custo Social**, *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, Vol. 3, Article 9, 2008.

COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost.** Journal of Law and Economics, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaaios e Pareceres de Direito Empresarial.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 26 de dezembro de 2017.

COSTA, Álisson da Silva. **A efetivação dos direitos sociais no estado democrático de direito brasileiro:** uma abordagem crítico-reflexiva da Análise Econômica do Direito a partir de Richard Posner e a proposta de Ronald Dworkin. Dissertação apresentada ao programa de Pós- Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Teoria do Direito, 2001, p. 20. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CostaAS_1.pdf>. Acesso em: 28 de dezembro de 2017.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Assistência Judiciária Gratuita. Acesso à Justiça e Carência Econômica.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2009.

COWLES, K. Julia. **Rule 11 of the Federal Rules of Civil Procedure and the Duty to Withdraw a Baseless Pleading.** 1988, p. 699-700. Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.pt/&httpsredir=1&article=2779&context=flr>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2018.

CUEVA, Ricardo Vellas Boas; TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil.** São Paulo. Editora Atlas, 2014.

DAKOLIAS, Maria. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe Elementos para Reforma.** Banco Mundial. Washington, D.C. Tradução: Sandro Eduardo Sardá. 1996. Disponível em: <http://www.sitraemg.org.br/post_type_artigo/conheca-o-documento-319-do-banco-mundial/>. Acesso em: 29 de abril de 2018.

DIAS, Jean Carlos. **Análise econômica do processo civil brasileiro.** São Paulo: Método, 2009.

DIDIER JR., Fredie, **Curso de Direito Processual Civil, VI**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Salvador: Editora Jus Podvm. 2016.

DIDIER Jr. Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Teoria da Prova, direito probatório, decisão, precedentes, coisa julgada e tutela provisória**. Salvador: JusPodvm. 2015.

DOMNARSKI, Willian. **Richard Posner**. New York: Oxford University Press 2016.

DOMINGUES, Victor Hugo. **Ótimo de Pareto**. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius (Coordenadores). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **A Força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil**. Revista Direito UNIFACS n. 175, 2015.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [2000].

DWORKIN, Ronald M. **Is Wealth a Value?** The Journal of Legal Studies, Vol. 9, No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives (Mar., 1980), pp. 191-226.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e Conflito** (os juízes em face dos novos movimentos sociais). 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FARIA, Luzardo. **Suspensão do Fornecimento de Serviço Público Essencial por Inadimplemento do Usuário: O Interesse Público entre Eficiência e Dignidade**, p. 109-136. In: **A Eficiência e a Ética na Administração Pública**, Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná /coordenação de Luiz Alberto Blanchet, Daniel Wunder Hachem, Ana Claudia Santano – Curitiba: Íthala, 2015.

FERNANDES ARAÚJO, Francisco. **Responsabilidade Objetiva do Estado pela Morosidade da Justiça**. Campinas: Copola Editora, 1999.

FGV. Escola de Direito SP. **Relatório ICJBrasil 1º semestre/2017**. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

FRANCESCHINI, Luiz Fernando. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

FRIEDMAN, David D. **Law's Order**. What economics has to do with law and why it matters. Princeton University Press, 2000.

FOLLONI, André; YASBEK, Cristiano Lisboa. **Eficiência Tributária do Estado e Retorno de Bem-estar à Sociedade**. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 11, n. 15, p.26-39, jan./dez. 2013.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003,

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-201.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça Depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, DF. 2012.

GICO JR, Ivo, ARAKE, Henrique. **De graça até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade da justiça.** EALR, V. 5, nº 1, p. 166-178, Jan-Jun, 2014.

GICO JR., Ivo. **Introdução ao Direito e Economia.** Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, p. 1-33, 2014.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **Dimensões do acesso à justiça.** Salvador: Jus Podvm, 2008.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Crítica e Possibilidades da Análise Econômica do Direito.** IV Colóquio Internacional de Epistemologia e Sociologia da Ciência da Administração. Florianópolis, 2014. Disponível em: <<http://coloquioepistemologia.com.br/site/wp-content/uploads/2014/03/ADE103.pdf>>. Acesso em: 29 de abril de 2018.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial.** Sequência. UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, ISSN 2177-7055, v. 35, n. 68, 2014.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro. **Análise econômica do controle judicial dos contratos de concessão e sua importância para o desenvolvimento,** 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p73.pdf>. Acesso em: 23 de dezembro de 2017.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; SCHMIDT, Albano Francisco. **Os Gastos do Governo Federal na Área da Educação entre 2009-2014: uma análise econômica,** Anais do Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea da UNISC. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13085>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2018.

GONZÁLES, José María Aguilar. **La justicia gratuita em Espanha: aproximación a um análisis cuantitativo.** Foro, Nueva época, vol. 16, número 1 (2013): p. 25-48.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.



HARARI, Yuval Noah. **Sapiens, uma breve história da humanidade**, Rio de Janeiro: L&PM Editores, 2017.

HART, Herbert L. A., '**Rawls on Liberty and its Priority**', in id. (ed.), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983.

HICKS, John. **Foundation of Welfare Economics**. *Economic Journal*, v. 49, n 196, p. 696-712. Dec. 1939.

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. Tradução de Débora Danowiski. Livro III, Parte I, Seção II. São Paulo, Editora UNESP, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KALDOR, Nicholas. **Welfare Propositions os Economics and Interpersonal Comparasions of Utility**. *Economic Journal*, v 49, n. 195, p. 549-552, sep. 1939.

KANG, Thomas H.. **Justiça e Desenvolvimento no pensamento de Amartya Sen**. *Revista de Economia Política*, vol. 31, nº 3 (123), pp. 352-369, julho-setembro/2011.

KAPLOW, Louis and SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Law**. Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics, 1999.

KLEIN, Vinicius. **Teorema de Coase**. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius (Coordenadores). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Coordenadores: Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

KLUGER, Viviana. **Análisis Económico del Derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE (**relative au droit à l'exécution des décisions de justice**), 2014. Disponível em: <http://www.uilhj.com/ressources/21628/99/guillaume_payan.pdf>. Acesso em: 26 de dezembro de 2017.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.



MACHADO, Rafael Bicca; DIAS, Jean Carlos in TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo. Editora Atlas, 2014.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da Virtude**. Tradução de Jussara Simões: revisão de Helder Bueno Aires de Carvalho. Bauru, SP: EDUSC, 2001.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MALINVAUD, Edmond. **Lectures on Microeconomic Theory**. Amsterdam: North-Holland, 1991.

MARCELLINO JR., Júlio Cesar. **Análise Econômica do Acesso à Justiça: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **O princípio constitucional da eficiência administrativa e a ética da libertação: uma leitura a partir da obra de Enrique Dussel**. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.2, 2º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Teoria do Processo Civil. Volume 1. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MATHIS, Klaus. **Efficiency insted of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law**. Switzerland: Springer, 2009.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.



MINAS GERAIS. TRT/3ª Reg. **RO 0760/2008-112-03-00**, 4ª T, Rel. Juiz Convocado José Eduardo de Resende Chaves Júnior, DJMG 21/2/2009.

MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

MOILY, M. Veerappa. **National Consultation for Strengthening the Judiciary towards Reducing Pendency and Delays**. Vision Statement presented by Dr. M. Veerappa Moily, the Union Minister for Law and Justice, to Justice K.G. Balakrishnan, the Chief Justice of India, 2009.

MUELLER, Charles C., **A teoria dos bens públicos e a economia do bem-estar**. Revista IPE - Instituto de Pesquisas Econômicas, v. 2, n 4, p 95-112, 1972.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

NETO TANNUS, José Jorge. **Benefícios da justiça gratuita: às pessoas jurídicas sem fins lucrativos, filantrópicas e congêneres**. São Paulo: Editora Pillares, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. Salvador: JusPodivm, 2017.

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

NORTH, Douglas. **Limited Access Orders in the Developing World: A New Approach to the Problems of Development**. The World Bank Independent Evaluation Group Country Relations Division September 2007. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/906591468315558892/pdf/WPS4359.pdf>>. Acesso em: 29 de abril de 2018.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 1991.

NÚCLEO DE ESTUDOS LUSO-BRASILEIRO (NELB). II Congresso Luso-Brasileiro de Direito. **Os 70 anos do fim da Segunda Guerra Mundial: Transformações Judiciais**. Matheus Passos Silva (coord.), Ruth Maria Pereira dos Santos (org.), Caroline Costa Bernardo (org.). Brasília: Vestnik, 2015.

OHLWEILER, Leonel Pires. **Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Bennet. (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Rogério Nunes de. **A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, p. 609-644.

OLIVEIRA, Rogério Nunes de. **Assistência Jurídica Gratuita**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; REIS, Lucas Silvani Veiga, MOREIRA, Luiza Berlini Dornas Ribeiro, **Os Juizados Especiais Cíveis no Século XXI: dificuldades, promessas e expectativas para a efetividade do acesso à Justiça enquanto Política Pública no território brasileiro**. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/9d1e2ed6a0d7859f7684c715ea2526e8.pdf>>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

OXFORD REFERENCE. **Brewer's Dictionary of London Phrase & Fable**. Disponível em: <<http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199916214.001.0001/acref-9780199916214-e-1192>>. Acesso em: 26 de dezembro de 2017.

PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. São Paulo: Nova Cultura, 1987.

PATRICIO, Miguel Carolos Teixeira. **Análise económica da litigância**. Rio de Janeiro: Almedina. 2005.

PEDROSO, João; DIAS, João Paulo; TRINCÃO, Catarina. **E a justiça aqui tão perto? As transformações no acesso ao direito e à justiça**. Revista Crítica de Ciências Sociais, 65, maio 2003: 77-106.

PEÑA DE MORAES, Humberto; FONTENELLE TEIXEIRA DA SILVA, José. **Assistência Judiciária: Sua Gênese, Sua História e a Função Protetiva do Estado**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

PIGNANELI, G. C. F.; GONCALVES, O. O. **A Constitucionalização do Novo Código de Processo Civil e a Efetividade do Acesso à Justiça na Sociedade de Consumo**. JURIS PLENUM, v. XIV, p. 41-62, 2017.

PIGOU, A. C. **The Economics of Welfare**. London, Macmillan, 1920.

POGGE, Thomas. **John Rawls: his life and theory of justice**. New York: Oxford University Press. 2007.

POLINKY, A. Mitchell; RUBINFELD, Daniel L. **Sanctioning frivolous suits: an economic analysis**, Discussion Paper No. 125, Harvard Law School Cambridge, MA 02138, 1993.

PORTUGAL. **Código de Processo Civil** (Lei nº 41/2013). Assembleia da República, 2013. Disponível em: <<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/0351803665.pdf>>. Acesso em: 24 de dezembro de 2017.

POSNER, Richard A. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard A., **Economic Analysis of Law**, 1st edn., Boston et al., 1972.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard. A. **Problemas de filosofia de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.



POSNER, Richard A. **The economics of justice**, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed.

POSNER, Richard A., **The Problems of Jurisprudence**, Cambridge et al., 1990.

POSNER, Richard A., **Utilitarianism, Economics, and Legal Theory**, in The Journal of Legal Studies, Vol. 8 (1979).

POSNER, Richard A. **Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry**, in David G. Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law* (Oxford, 1995).

POSNER, Richard A. **What Do Judges and Justices Maximize?** (The Same Things Everyone Else Does). *Law & Economics Working Papers*, Chicago, n. 15, p.1-26, 1993.

RAWLS, John. **Justice as Fairness**. A restatement. England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REVIEW OF CIVIL LITIGATION COSTS: FINAL REPORT, de 2009. Disponível em: <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2018.

RHODE, Deborah. **Frivolous Litigation and Civil Justice Reform**: Miscasting the Problem, Recasting the Solution *Duke Law Journal*, 2004.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Direito e economia**: uma abordagem sobre a assistência judiciária gratuita. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. **Economia Institucional e Nova Economia**. In: **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius (Coordenadores). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; RUDINIKI NETO, Rogério. **Uma análise da eficiência do Poder Judiciário com base no pensamento de Douglas North**. Quaestio Iuris: vol. 09, n.º. 04, Rio de Janeiro, 2016. pp. 2025-2040, DOI: 10.12957/rqi.2016.22692.

RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. **Direito e Processo: razão burocrática e acesso à justiça**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RICHMOND, Douglas R.; FAUGHNAN, Brian Shannon e MATULA Michael L. **Professional Responsibility in Litigation**, Second Edition – eBook. ISBN: 978-163425-442-7. Product Code: 5190530EBK, 2016.

ROBBINS, Lionel. **1932, Essay on the Nature and Significance of Economic Science**, Macmillan, London, 1945.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça de Rondônia. **Apelação Cível 100.001.2001.015979-6**, Rel. Desembargador Péricles Moreira Chagas.

ROQUE, Nathaly Capitelli. **Acesso à justiça no pós Segunda Guerra Mundial**. NÚCLEO DE ESTUDOS LUSO-BRASILEIRO (NELB). II Congresso Luso-Brasileiro de Direito. Os 70 anos do fim da Segunda Guerra Mundial: Transformações Judiciais. Matheus Passos Silva (coord.), Ruth Maria Pereira dos Santos (org.), Caroline Costa Bernardo (org.). Brasília: Vestnik, 2015.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

ROSA, Alexandre Morais da. **Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror**. Florianópolis: Habitus, 2005.

Rule 11. **Federal Rules os Civil Procedure**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_11#rule_11_b>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2018.

SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (org.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** 2009. disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2017.

SAMUELSON, P. A. “**The Pure Theory of Public Expenditure**”, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, (1954), pp. 387-389.

SANDEL. Michael J. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.

SANDEL, Michael. **Liberalism and the Limits of Justice**. Cambridge University Press 1998.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Juizado Especial Cível da Comarca de Itajaí. **Ação de reparação de danos n.º 033.08.013470-2**. Sentença do magistrado Eduardo Mattos Gallo Júnior. 12/03/2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em questão**. 2002. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/lex/a_pdf/01_boaventura_acesso_jud_pt.pdf>. Acesso em: 25 de janeiro de 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. Coimbra: Editora Almedina, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Da microeconomia à microsociologia da tutela judicial**. In *Justiça e democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. Dano Moral Imoral. **O abuso à luz da doutrina e jurisprudência**. Florianópolis: Editora Modelo, 2012.

SHAVELL, Steven. **Economic Analysis of Accident Law**. Harvard University Press, 2007.

SEN, Amartya Kumar. **Sobre Ética e Economia**. São Paulo: Cia das Letras, 2006.

SEN, Amartya Kumar. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya Kumar. **Well-Being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures 1984**.

SERBENA, Cesar Antônio; WIVIURKA, Eduardo Seino; MONTEMEZZO, Francielle Pasternak; BARBOZA, Priscila da Silva. **Justiça em números: uma análise comparativa entre os sistemas judiciais brasileiro e de países europeus**. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico** (ISSN 2175-9391), n° 8, p. 73-92, 2013.

SIDGWICK, Henry. **Os métodos da ética**. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 33ª edição, 2010.

SOARES, Emília Salgado. **Externalidades negativas e seus impactos no mercado**. São Paulo: EAESP/FGV, 1999. 90 p. Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação da EAESP/ FGV, Área de Concentração: Planejamento e Finanças Públicas.

SOLOVY, Jerold; HIRSH, Norman; SIMPSON, Margaret. **Sanctions Under Rule 11**. 2010. Disponível em:
<https://jenner.com/system/assets/assets/5514/original/Sanctions_20Under_20Rule_2011-Complete_2010.pdf?1323114005>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2018.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações** – Investigação Sobre sua Natureza e suas Causas. São Paulo: Nova. Cultural, 1996. v.1.

SZTAJN, Rachel. **Externalidades e Custo de Transação**: a redistribuição de direitos no Novo Código Civil. Revista de Direito Privado | vol. 22 | p. 250 - 276 | Abr - Jun / 2005.

STIGLER, George, J. **Law or economics?** The Journal of Law and Economics, vol. 35, no. 2, p. 455-468, October 1992.

SPECTOR, Horácio. **Justicia y Bienestar Desde una Perspectiva de Derecho Comparado** in KLUGER, Viviana. Análisis Económico del Derecho. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

SPENCE, Michael. **Market Signaling**: Informational Transfer in Hiring and Related Screening Processes (Harvard Economic Studies). Harvard University Press; 1st Edition edition (January 1) 1974.

STIGLITZ, Joseph; ROTHCHILD, Michael. **Equilibrium in Competitive Insurance Markets. Na Essay on the Economics of Imperfect Information**, 1976. Disponível em: <<https://ssl.uh.edu/~bsorensen/Rothschild&Stiglitz.pdf>>. Acesso em: 22 de junho de 2017.

TARUFFO, M. **Dimensioni del precedente giudiziario**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno XLVIII, n. 2, p. 411- 430, 1994.

TARTUCE, Fernanda. DELLORE, Luiz. **Gratuidade da Justiça no Nova CPC**. Revista de Processo | vol. 236/2014 | 2014. DTR\2014\10502.

TEIXEIRA, João Paulo Fernandes Allain. **Acesso à justiça, proporcionalidade e a “pílula vermelha”**: entre racionalidade e hermenêutica. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (coord.) **Dimensões do acesso à justiça**. Salvador: Jus Podvm, 2008.

TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça**. Brasília: Revista CEJ, Ano XV, n. 52, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1487/1453>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2017.



THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo. Editora Atlas, 2012.

TOBIAS, Carl. **The 1993 Revision of Federal Rule 11**. Disponível em: <http://ilj.law.indiana.edu/articles/70/70_1_1_Tobias.pdf>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2018.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de Economia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (coord.). **Princípio da eficiência em matéria tributária**. São Paulo: RT, 2006.

WATANABE, Kazuo. **Tutela Antecipatória e Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer**. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), **Reforma do Código de Processo Civil**, S. Paulo: Saraiva, 1996.

WISCONSIN, **676 N.W.2d 580** (Wis. Ct. App. 2004).

YEUNG, Luciana Luk-Tai; AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Beyond conventional wisdom and anecdotal evidence: measuring efficiency of brazilian courts**. In: ANNUAL CONFERENCE OF THE INTERNATIONAL SOCIETY FOR NEW INSTITUTIONAL ECONOMICS, 13, 2009, Berkeley. Papers. Berkeley: University of California, 2009. Disponível em: < https://extranet.sioe.org/uploads/isnie2009/yeung_azevedo.pdf >. Acesso em 27/01/2018 às 14:10.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Pós-positivismo: a versão pragmática de Posner**. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 15, n. 3, p. 141-170, set./dez. 2013.

ZUCKERMAN, Adrian. **Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure**. Oxford: Hardback, 1999.