

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

ACESSO À JUSTIÇA II

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

MAGNO FEDERICI GOMES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

A174

Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Sérgio Henriques Zandona Freitas; Magno Federici Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-579-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

ACESSO À JUSTIÇA II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “ACESSO À JUSTIÇA II”, do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, Salvador/BA, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) em parceria com a Universidade Federal da Bahia (UFBA), com enfoque na temática “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. O evento foi realizado entre os dias 13 e 15 de junho de 2018 na Faculdade de Direito, no campus da Graça.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temas diversos atinentes ao Direito Processual e técnicas de resolução alternativa de conflitos, o acesso à jurisdição e suas implicações, os direitos sociais e ambientais, além de estudos para sua efetivação, finalizando pelo processo administrativo, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões inerentes a desjudicialização dos conflitos e a desburocratização da justiça, como políticas econômicas e jurídico-legislativas para atenuar a crise do Poder Judiciário brasileiro; a mediação de conflitos no sistema de ensino jurídico: caminhos para um direito fraterno; o art. 695 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) e sua proposta subjetiva de “condicionamento” da jurisdição à conciliação/mediação; a gestão de demandas repetitivas e o acesso à justiça; o novo julgador e seu papel fundamental para um acesso à justiça mais efetivo no Brasil; o acesso autêntico à justiça: as custas judiciais como mecanismo inibitório da litigância abusiva; os entraves à efetividade da garantia ao acesso à justiça: a histórica e emblemática exclusão dos miseráveis no Brasil; o acesso à justiça e a concessão de medicamentos terapêuticos pelo Estado: o controle jurisdicional do direito à saúde; o trabalho como forma de exploração humana no período da segunda guerra mundial; e a busca da eficiência em processo administrativo tributário na Prefeitura da cidade do Rio de Janeiro para desafogar o Judiciário.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual da jurisprudência com a

prática jurídica dos estudiosos do Direito. A publicação apresentada à comunidade acadêmica possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema processual civil brasileiro e de acesso à justiça.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica a submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada, a partir do princípio de amplo e irrestrito acesso à justiça e à jurisdição.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do CONPEDI, em especial a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, ante o comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos pela Constituição da República de 1988.

Salvador, 18 de junho de 2018.

Professor Dr. Magno Federici Gomes

Escola Superior Dom Helder Câmara e PUC Minas

federici@pucminas.br

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual

sergiohzf@fumec.br

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O ACESSO AUTÊNTICO À JUSTIÇA: AS CUSTAS JUDICIAIS COMO MECANISMO INIBITÓRIO DA LITIGÂNCIA ABUSIVA

AUTHENTIC ACCESS TO JUSTICE: JUDICIAL COSTS AS INHIBITORY MECHANISM OF ABUSIVE LITIGATION

Fernanda Elisabeth Nothen Becker ¹

Alexandre Morais da Rosa ²

Resumo

O entendimento do acesso à justiça não tem considerado o contexto estrutural como recurso escasso, nem as pretensões que por ele transitam infinitas e crescentes. O resultado é que o direito fundamental à prestação jurisdicional célere não é garantido. A análise econômica do direito pode fornecer visão da estrutura de incentivos e recursos escasso-rivais, e comportamentos abusivos surgidos em torno do sistema de litigância, para um conceito de litigância autêntica. Deve-se inibir a litigância abusiva, e, para tanto, o manejo das custas judiciais pode ser alternativa viável, ao lado do rigoroso controle da concessão da gratuidade judiciária.

Palavras-chave: Acesso à justiça autêntico, Análise econômica do direito, Litigância abusiva, Custas judiciais

Abstract/Resumen/Résumé

The understanding of access to justice has not considered the structural context as scarce resource, nor the pretensions that pass through it infinite and increasing. The result is that the fundamental right to prompt judicial provision is not guaranteed. The economic analysis of law can provide insight into the structure of incentives and scarce-rival resources, and abusive behaviors arising around the litigation system, for a concept of authentic litigation. Abusive litigation should be inhibited, and for this purpose, the handling of judicial costs may be a viable alternative, along with the strict control of the granting of judicial gratuity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Authentic access to justice, Economic analysis of law, Unfair litigation, Court costs

¹ Mestranda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

² Doutor em Direito (UFPR), Professor Adjunto de Processo Penal e Direito Penal e do CPGD (mestrado) da UFSC. Professor da UNIVALI. Juiz de Direito (SC).

1 INTRODUÇÃO

O Direito se situa no plano da força normativa – é o poder de dizer, estatuir, regular – é o poder da linguagem revestida da força cogente do Estado. A Economia trata da análise de outra força social – o poder das trocas, em todos os seus níveis (força de trabalho – salário; produtos – dinheiro, etc). Ambos tratam de matérias que agrupam modos de olhar e de pensar como o poder, de normatizar/regular, ou o de comprar, de consumir, se desenrolam e conformam os fatos em dada sociedade.

A ideia da análise econômica do direito, ao que aqui interessa, propõe um prisma diferente de abordagem dos problemas com que o acesso à justiça se depara: escassez de recursos (parque da Justiça, servidores, insumos, etc) diante de demandas crescentes e infinitas. Entretanto, resistências são advindas acerca desse modo de análise: o adjetivo “econômico” parece surtir diversas resistências cognitivas frente à ideia pejorativa que possa carregar, desvinculando-se da associação comum que se faz entre economia e o mover predatório em torno do capital flutuante das bolsas de valores. Ao contrário: o que a análise econômica fornece é um prisma de visão diferente para problemas tradicionalmente abordados de forma igual, com os mesmos resultados.

A proposta é a de estabelecer outro viés de enfrentamento, o que é possível analisando as questões do acesso à justiça mediante uma mirada afeta ao raciocínio da ciência econômica, uma “análise econômica”, podendo-se desprender do que de pejorativo possa haver, para entender que se trata de como se alocam recursos em contexto de escassez, e, de como se podem evitar abusos neste contexto de escassez, o que normalmente se dá pela criação de mecanismos de inibição.

A visão tradicional da gestão do direito fundamental ao acesso à justiça parece gerar incompatibilidade prática com o também direito fundamental à prestação jurisdicional célere. Garante-se o primeiro sem a mesma possibilidade de se garantir o segundo. Ganhar e não levar é um mote comum. Pode-se perceber que a mentalidade do operador do direito gestor é bastante condicionada pelo dever-ser, e a análise econômica do direito como matriz teórica pode proporcionar virada paradigmática na maneira de se analisar a gestão da escassez e a alocação eficiente dos recursos de que se dispõe.

O problema da falta efetiva de acesso à justiça aqui abordado se observa devido ao crescente fenômeno da judicialização das demandas, a perspectiva clássica do acesso à justiça sujeitou o Poder Judiciário a uma “crise” causada, prioritariamente, pela morosidade e a (barata) litigiosidade processual. Apesar do estado de asoberbamento generalizado, medidas

legislativas como a criação dos Juizados Especiais a custo zero demonstram que a compreensão clássica do acesso à justiça, quer dizer, sem a consideração dos custos e do uso predatório que essa situação poderia acarretar apenas colaborou para o congestionamento. Dada a situação instalada, mudanças gerenciais foram estabelecidas mediante atuação do Conselho Nacional de Justiça, criado sob forte influência do Banco Mundial, que reconheceu a morosidade judicial no fator chamado “risco Brasil”. A pressão internacional advinda condicionou a mudança na gestão da justiça brasileira, e a questão da eficiência adquiriu patamar constitucional (art. 37, da Constituição da República Federativa do Brasil - 1988).

Ocorre que nem mesmo a gestão empresarial implementada pode garantir a implementação, a todos, de uma resposta jurisdicional célere. A amplitude maior do acesso à justiça compreende um viés simplificador, em que não se reconhece que existem importantes abusos no uso do sistema judicial, e não apenas por parte de grandes litigantes (habituais), mas também dos frívolos (demandas com reconhecida incapacidade de sucesso), conforme Patrício (2005, p. 63 e 65): “A litigância frívola pode ser definida como a litigância com baixa probabilidade de êxito provocada pelo queixoso.[...] o queixoso (frívolo) inicia a litigância com um custo reduzido e sabe que irá ‘ganhar’ algo em acordo, a não ser que o ‘infractor’ realize um esforço assinalável para a sua defesa.” ; o colapso do sistema parece situar-se, assim, em outras variáveis, ligadas ao que se denomina de litigância abusiva. Conforme Marcellino Junior (2016, p. 215), a litigância abusiva refere-se à litigância frívola e à habitual, e esta última compreende ações em massa, demandas repetitivas.

A hipótese a ser tratada neste artigo é que o paradigma do ilimitado acesso à justiça desconsidera a realidade de que o Judiciário é de estrutura e recursos finitos. O raciocínio em que se formam os operadores jurídicos é o de que o Estado, esse ente intangível, deve garantir tudo a todos, sem que se tenha a noção dos custos e do encadeamento destes custos na estrutura geral. A categoria “social”, aqui, funciona como um passe livre quando invocada ou prevista. No entanto, alguém será invariavelmente excluído dessa operação aparentemente correta: o enfoque à garantia do acesso à justiça, sem se inquirir acerca dos reflexos/consequências/externalidades, têm gerado o caos atual. Com efeito, na prática, não haverá equilíbrio, e muitos (mais) ficarão de fora, sem acesso, sem direitos, pois o acesso efetivo à justiça é obstaculizado. É evidente que o sistema judicial, da maneira em que se encontra, em geral é lento e o resultado, muito demorado. Soluções legislativas são empregadas, mas não se observa grandes modificações, de largo alcance.

O segundo item abordará a perspectiva do acesso à justiça segundo a análise econômica do direito, ressaltando providências dos Poderes quanto ao assoberbamento e a subutilização do sistema. O item terceiro trará o que significa o acesso autêntico à justiça. O item quarto falará acerca da possível categorização de um fenômeno notável, causa do assoberbamento: a figura dos litigantes habituais e frívolos. O quinto item proporá possível solução via alteração na estrutura de incentivos dos litigantes abusivos mediante o estabelecimento de um mecanismo possível de inibição dessa litigância desqualificada via aumento das custas processuais, ou concessão rígida da gratuidade judiciária. Para responder ao problema e alcançar este objetivo, será utilizado o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica.

2 PERSPECTIVA DO ACESSO À JUSTIÇA CONFORME A ANÁLISE ECONÔMICA

Para além do mérito de apurar diagnóstico efetivo para se pensar o acesso à justiça a partir de pontos de vista não abordados, a ótica da análise econômica possibilita pensar na capacidade de a administração pública estabelecer uma alteração em sua estrutura de incentivos, que é entendida, aqui, como o espectro de custos para os litigantes quanto ao direito de ação. A grande implicação do postulado da conduta racional maximizadora dos agentes econômicos – ponderar os custos e benefícios na hora de decidir, visando o maximizar suas vantagens – é que uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha.

Essa é também uma ideia central no direito, pois o estabelecimento de leis visa desestimular condutas danosas e estimular condutas adequadas – a coerção da lei aplica-se nessa racionalidade e para evitar um custo o sujeito suprimirá o comportamento, tomará mais cuidado, reformulará suas ações, adotará outra prática, etc. (GICO JR, RIBEIRO e KLEIN, 2011, p. 22-23). Um escalonamento no patamar das custas para os grandes litigantes habituais, de modo que gerem benefícios para realização de acordos, por exemplo – a fim de que seja invertida a lógica atual que sustenta essa conformação. Uma modificação no atual sistema de recompensas que gere a modificação de sua atuação.

A resposta de juristas a perguntas acerca de como uma sanção afetará o comportamento tem sido feita praticamente da mesma maneira que há dois mil anos – consultando a intuição e quaisquer fatos que estivessem disponíveis. No entanto, a economia apresentou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento (COOTER; ULLEN, 2010, p. 25-26).

Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções da mesma maneira como reagem aos preços: consumindo menos do produto mais caro. Assim, supostamente, também reagem a sanções legais mais duras praticando menos da atividade sancionada. Acerca dessa análise dos efeitos dos preços (sanções) sobre o comportamento, a economia tem teorias matematicamente precisas (teoria do preço e teoria dos jogos) e métodos empiricamente sólidos (estatística e econometria) (COOTER; ULLEN, 2010, p. 25-26).

O tema morosidade e ineficiência do Poder Judiciário tem sido objeto de extenso diagnóstico ao longo das últimas décadas. O problema não é novo, tampouco uma peculiaridade nacional (GICO JR, 2012, p. 106). No entanto, a partir da inserção do Brasil no mercado internacional com maior expressividade a partir da década de 90, agentes econômicos externos passam a constituir um componente de grande influência sobre as instituições brasileiras, conforme Lopes (2005, p. 36):

A realidade do surgimento de um “direito global” ao lado do “direito internacional”, que deste diverge por sobrepujar a soberania nacional em três pontos: aplicação além das fronteiras nacionais; incidência sobre a prática da guerra e coordenação da circulação entre pessoas. O direito global revela a juridicização das relações entre estados nação, pois se insere em oposição à política.

E o Poder Judiciário enquanto instituição reguladora de trocas políticas, sociais ou econômicas, constitui um dos fatores a contribuir com o desenvolvimento econômico de um país (RIBEIRO; GICO JR, 2013, p. 37).

Nesse contexto, o Banco Mundial emitiu o Documento Técnico n.º 319¹, que atribuiu grande fator do propalado “Risco Brasil” ao Poder Judiciário². Esse Documento condicionou, ainda, o atual modelo de gestão do Judiciário, fundado na diretriz da eficiência e estabelecimento de metas, a fim de promover a celeridade nas respostas às demandas judiciais (MARCELLINO JR, 2016, p. 136).

1.O discurso do capital aponta que o Poder Judiciário é por demais lento e burocratizado, incompatível com a rapidez imediata que a dinâmica do mercado exige, constituindo-se num elevado custo acrescido às transações. Pensa-se, de regra, somente no aspecto <quantitativo> e que a demora na prestação jurisdicional é um custo de transação incompatível com o ritmo das trocas de um mercado eficiente. Posner sustenta que os problemas da nova economia demandam soluções rápidas e que o Judiciário não está preparado para prover devido à lentidão dos processos, seja pelo princípio do <devido processo legal> - limitador do escopo dos procedimentos sumários -

1 Disponível em <www.bancomundial.org.br> Acesso em 02.04.2018.

2 Quanto à questão do acesso à justiça, mencionou-se no Documento Técnico n.º 319 que as custas processuais não devem obstar o acesso ao sistema, devendo ser “razoáveis, justas e compatíveis com a renda”, ressaltando sua importância para o sustento do sistema.

, seja pela atuação de juízes não especializados em questões do campo econômico, ocasionando por estas razões, uma consequência nefasta ao bom andamento do mercado. As reformas tencionam, desta maneira, aumentar a capacidade de produção mediante a otimização dos recursos disponíveis, nas ditas <reengenharias>, com a introdução de critérios <modernos> de <administração da Justiça>, na melhor lógica de custo/benefício. Assim é que a noção de <velocidade> precisa ser convocada pois se constitui numa ameaça tirânica à democracia.” (MORAIS DA ROSA; LINHARES, 2011.)

A sintomática da morosidade, portanto, foi atribuída principalmente a questões internas, de modo que as recomendações estipuladas visaram aspectos de administração e gestão do Poder Judiciário apenas. Embora tal quadro inspire olhares localizados, não se trata de problemática relacionada unicamente ao funcionamento e gestão da Justiça. No entanto, esse foi o foco da realização do I Pacto pelo Judiciário³, assinado em dezembro de 2004, cujo objetivo declarado era o de organizar as instituições públicas em favor de um Judiciário mais rápido e republicano. O acordo admite que o fator lentidão retarda o desenvolvimento nacional, desestimula investimentos, propicia a inadimplência, gera impunidade e solapa a crença do sujeito no regime democrático (GICO JR, 2012, p. 106-108).

Apesar do diagnóstico, não constam dados ou estudos prévios que motivem ou informem as razões ou causas dessa crise – não há um único dado mencionado no referido documento ou diagnóstico oficial, conforme Gico Jr (2012, p. 106-108). Cinco anos após o primeiro acordo, um novo pacto foi celebrado entre os Poderes, cujo objetivo também era o de um sistema mais acessível, ágil e efetivo.

Não obstante, enquanto o primeiro Pacto fazia referência ao problema da morosidade, o segundo optou por “fortalecer a proteção aos direitos humanos, a efetividade da prestação jurisdicional, o acesso universal à Justiça e também o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça”. Assim, ignorando-se a falta de solução para o congestionamento e excesso de demandas, concentraram-se esforços em formas de incentivar mais demandas por segmentos considerados excluídos desse serviço público, conforme escreve Gico Jr (2012, p. 106-108).

Se a atenção anterior à morosidade do Judiciário não foi eliminada, basta uma simples leitura das propostas listadas no II Pacto Republicano⁴ para se perceber que esta questão foi relegada a segundo plano e o foco foi deslocado para ampliação de acesso, expansão da defensoria pública, direitos humanos e questões relacionadas ao sistema criminal. O paradoxo decorre da ampliação do acesso sem capacidade de atendimento do passivo,

3<http://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/contas_governo/contas_2009/Textos/Ficha%2013%20-%20Judiciario.pdf> Acesso em 02.04.2018.

4 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/ane_xo/PactoRepublicano.pdf> Acesso em 02.04.2018.

gerando, com isso, verdadeiro curto-circuito entre a entrada e saída, transformando a taxa de congestão do Poder Judiciário de forma assustadora. Logicamente, o resultado só pode ser maior morosidade e ineficácia.

3 O ACESSO À JUSTIÇA INAUTÊNTICO

A metáfora da Tragédia dos Comuns, desenvolvida por Garret Hardin (MORAIS DA ROSA, 2016, p. 69) é útil para que se entenda a dinâmica “trágica” a que está fadado o acesso à justiça; o *insight* proporcionado pela pungência da história revela a dinâmica essencial de uma dada relação de uma maneira mais evidente. Trata-se da sobreutilização que ocorre quando há espaços/recursos compartilhados entre todos e não delimitados, tendo como ponto fundamental o fato de que esse movimento independe da “boa” ou “má” intenção dos compartilhantes. Exemplo dessa “ausência de intenções” é o de Bierman e Fernandez (2011, p. 70), que descrevem a corriqueira cena de um grupo de amigos reunidos em torno de um balde de pipoca: se o balde é comum, invariavelmente seu conteúdo será mais rapidamente ingerido; diz-se que a voracidade dessa situação se dá por uma falta de direitos de propriedade bem definidos sobre a tigela de pipoca (competimos pela quantidade fixa de pipoca, receando que nos tomem a parte “justa” que nos cabe). Do contrário, se, ao invés do balde comum forem delimitados os espaços de propriedade, a pipoca durará consideravelmente mais.

Morais da Rosa (2016, p. 70) traz a seguinte definição:

A Tragédia dos Comuns é um tipo de armadilha social de fundo econômico, a qual envolve o paradoxo entre os interesses individuais ilimitados e o uso de recursos finitos. Por ela, se declara que o livre acesso e a demanda irrestrita de um recurso finito terminam por coordenar estruturalmente o recurso por conta de sua superexploração.

A causa desses problemas estruturais não é apenas questão de administração e gestão. Por exemplo, Gico Jr (2012, p. 114) explica que, nos Estados Unidos, há muito já se constatou que ao se conceder direito de ação a qualquer um, mesmo sem demonstração preliminar de haver dano, a consequência seria o sobrecarregamento do sistema judicial, levando a sua derrocada. Outra conclusão a que chegaram é que esse é o efeito causado por outros dois fatores: a concessão indiscriminada de assistência judiciária gratuita e o aumento do número de advogados. Ainda, a causa desse congestionamento é explicada pela “Tragédia dos Comuns”: múltiplos agentes têm acesso ilimitado a recursos finitos, o que induz o comportamento inevitável de utilização imoderada, uma vez que é impossível saber se os demais cooperarão e utilizarão apenas o necessário. A tendência, assim, é que todos usem

além do que precisam, na tentativa de garantir um espaço. O fato de indivíduos gozarem de direitos ilimitados na exploração de um bem finito leva à exploração acima dos níveis sustentáveis, provocando a extinção do recurso (GICO JR, 2012, p. 114-115).

Nesse contexto, o Judiciário é um recurso escasso rival – quanto mais é usado, mais difícil é que outros o usem. No entanto, quando um litigante individual decide levar o seu caso aos tribunais, ele leva em consideração apenas seus custos e benefícios privados. O agente não computa o custo social de seu litígio/conflito, incluindo o tempo que outras ações mais ou menos importantes, mais ou menos meritórias, terão de aguardar até que seu caso seja decidido. Assim como, por exemplo, um criador de gado, na Tragédia dos Comuns, possui incentivos para colocar quantas cabeças conseguir no pasto comum, os litigantes têm incentivos para acionar o Judiciário enquanto seu benefício individual esperado for maior que seu custo individual esperado. A sua contribuição individual para o congestionamento é substancialmente externalizada, conforme Gico Jr (2012, p. 136).

Como exemplo da tragédia dos comuns, veja-se a questão dos Juizados Especiais: são gratuitos (não cobram custas judiciais), não se requer a presença de advogados até certo valor, não há honorários sucumbenciais em caso de derrota e seu procedimento é amplamente simplificado, com vistas a ampliar o acesso e reduzir a carga do Judiciário, atendendo a uma demanda reprimida. Entretanto, estudos do Conselho da Justiça Federal e do Centro de Estudos Judiciários (2003) e da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2005) comprovam que o congestionamento dos juizados ocorre nos mesmos moldes da justiça comum (GICO JR, 2012, p. 139).

Uma conclusão essencial dessa análise é perceber que, quanto mais rápido for o Judiciário, maior o valor presente de um potencial litígio e, portanto, maior a probabilidade de uma ação ser ajuizada. Porém, quanto mais ações ajuizadas, maior a sobrecarga do sistema, que deve ser tornar mais lento, o que reduz o valor presente das ações judiciais e reduzirá a demanda futura (estímulo – recompensa). Dessa forma, mudanças na morosidade judicial geram efeitos compensatórios no volume de casos iniciados e vice-versa. Essa relação sugere que, dada uma capacidade instalada, deve haver um nível de equilíbrio entre litigância e morosidade em cada jurisdição, um “congestionamento de equilíbrio”, o que se extrai da tese de Ivo Teixeira Gico Jr. (2012, p. 138).

Em cooperação com esses fatores, atuam como agentes do asoberbamento do sistema a massificação do consumo, o movimento de fusão dos grandes agentes econômicos do capital, bens ou serviços. Setores como telefonia, bancos, medicamentos e outros insumos são monopolizados em última análise, e o capital somado à tecnologia dilui as fronteiras. A

este trabalho interessa, entretanto, ressaltar o uso habitual do sistema, em que o Judiciário é compreendido como peça integrante dos custos do negócio dessas grandes companhias, o que a análise econômica também explica – a litigância é esperada, frise-se, contabilizada, ante as características sabidamente negativas do serviço: é, pois, um custo tolerado em face dos lucros obtidos com procedimentos ou serviços irregulares – é verdadeira externalidade repassada aos consumidores. Já é conhecido o percentual de clientes que reclamarão em juízo, e o assoberbamento causado por essa prática agressiva serve, inclusive, como desincentivo a que outros consumidores entrem em juízo, até porque as indenizações são módicas. Outro aspecto dessa equação é a evidência de que eventuais perdas ainda são repassadas aos consumidores, na forma de aumento do custo dos serviços, sem a devida contraprestação.

Tem-se assim, o “acesso inautêntico”, configuração em que esses grandes atores econômicos se compreendem, como também os “aproveitadores” de ocasião, anônimos, que, ante as brechas existentes, nelas atuam para obtenção de vantagem (postergação de cumprimento de obrigações, etc.), de maneira que a estrutura da jurisdição toma os contornos atualmente observáveis.

4 LITIGANTES HABITUAIS E FRÍVOLOS

Os interesses que permeiam as demandas judiciais ocasionam a utilização massiva do Poder Judiciário, que passa a ser uma etapa de negócios. Assim, em torno da imagem do acesso à justiça amplificado e gratuito, jaz uma pluralidade de mundos, interesses, que visam tirar proveito da morosidade. Uma imagem que ilustra bem a importância da análise econômica do direito para o caso que aqui interessa – a concepção do acesso à justiça – é a seguinte ilustração: no futebol, é fácil ver quais foram os erros dos jogadores – todos opinamos corretamente, numa perspectiva da ação quando já aconteceu: a jogada perdida, o passe mal feito.

Outra coisa é o momento anterior, a escalação do time, a montagem das jogadas, a disposição dos jogadores, em que o efeito da ação presente, que é o palco da interação, ainda não ocorreu: é apenas perspectiva futura. Para criar a situação desejada (vitória), táticas devem ser boladas, e mais sucesso se terá quanto mais se puder visualizar os efeitos das táticas escolhidas, e quanto mais se puder visualizar a interação destas com os possíveis comportamentos das diversas variáveis que estarão em ação no momento da interação.

Também uma competente análise acerca de quais variáveis influenciam o caso é fundamental para o acerto da escolha que se fizer, e para os resultados – mais ou menos

eficientes. Daí que a grande dificuldade é a de se antever quais variáveis influenciarão resultados e comportamentos, de modo que se possam prever comportamentos. Diante desses panoramas, os recursos existentes devem ser dispostos de tal maneira e com tal quantidade/frequência que propiciem que os objetivos (estratégia) sejam atingidos, com eficiência, com a menor margem de erro. E a análise econômica fornece exatamente esse enfoque.

À semelhança do exemplo corriqueiro do futebol, também o acesso à justiça engloba um jogo em que as demandas crescem exponencialmente, enquanto os recursos são escassos, o que consiste no âmbito de atuação da microeconomia – a alocação de recursos da melhor forma num ambiente de escassez. Quanto à importância dessa análise para o jogo do acesso à justiça, a metáfora do jogo de futebol adequa-se perfeitamente; ou ninguém se perguntou como, no imenso mar de espectadores opinativos os problemas futuros nunca são resolvidos? Afinal, diante das corretas e certas opiniões acerca de jogadas e escalações falidas, o técnico continua não acertando?

Daí a Teoria dos Jogos para compreender o comportamento dos jogadores (internos e externos), capazes de, a partir deles, indicar as regras do jogo, mapeando as recompensas e estabelecendo as táticas e estratégias (dominantes e dominadas) em face de jogadores processuais reais. Explicar depois – retrospectivamente – os acontecimentos é tarefa mais fácil do que prever. O desafio será anteciper os movimentos de cada um dos jogadores, monitorando as recompensas e, assim, as táticas e estratégias dominantes/dominadas, o que fornecerá maior amplitude de visão e movimentação. (MORAIS DA ROSA, 2017, p. 40).

A dispensa do pagamento de custas processuais no primeiro grau no âmbito do Juizado Especial (Lei 9.099/95, artigo 54) impõe um custo zero que tem atraído litigantes frívolos e habituais. Não obstante, mesmo quando as custas processuais são devidas, seu valor não é compatível com a realidade do uso predatório do Judiciário, dado que produz comprometimento do serviço em graus muito superiores aos módicos valores pagos. Também os litigantes autênticos o são em virtude do abuso do direito por parte de grandes companhias para as quais o ônus financeiro do litígio é praticamente zero.

Dessa forma instala-se o uso massivo do Poder Judiciário, cujo ônus representado para esses grandes litigantes é incorporado aos seus ativos como uma espécie de investimento de risco calculado, dado que o custo para corrigir as falhas na prestação dos serviços ou produtos é bastante superior. O atual modelo desconsidera o custo implicado e o fato de os recursos públicos serem finitos. E isso é possível concluir conforme a Análise Econômica da Litigância, que fornece o instrumental necessário ao inquirir sobre as consequências das decisões e comportamentos em um contexto de escassez (PEREIRA RIBEIRO; KLEIN,

2011, p. 15), e é fundamental lançar essas luzes no contexto atual, em que a tradição legal apenas sustenta o acesso ilimitado a direitos subjetivos, sem atentar para o uso abusivo e irracional dos recursos.

Com efeito, a economia tem por objetivo o estudo dos incentivos das condutas humanas. O Direito, grosso modo, constitui-se em técnica institucional de controle do comportamento humano pelo monopólio da força estatal. Conclui Gico Jr, assim, que “a Análise Econômica do direito nada mais é do que a utilização do ferramental teórico econômico para estudar os incentivos gerados pelo ordenamento jurídico.” (PEREIRA RIBEIRO; KLEIN, 2011, p. 25).

A teoria dos jogos combinada com a análise econômica do Direito auxilia a compreender a dinâmica processual como um jogo conflitivo, no qual a relação custo-benefício é levada em consideração, mesmo que inconscientemente para as decisões e escolhas feitas no curso do processo. Auxilia, ainda, na compreensão do excesso de litigância, especialmente se se considerarem os estímulos econômicos que alguém possa ter para ingressar com uma ação, sem que lhe seja necessariamente custoso. A teoria processual tradicional não oferece mecanismos de controle desse excesso de litigância, sobretudo nos casos de abusividade (MARCELLINO JR, 2016, p. 170).

Os litigantes habituais consomem grande parte dos recursos públicos mediante o ajuizamento de demandas decorrentes de suas práticas abusivas – as quais se computam nos custos da atividade empresarial como externalidade para a sociedade. Nem mesmo as condenações judiciais cotidianas repercutem de alguma maneira na coibição ou desestímulo desses comportamentos. Tal situação é lucrativa também sob o aspecto de conjuntura: essa utilização massiva torna extremamente morosa a obtenção de justiça nessas relações, desestimulando outros consumidores lesados a ajuizarem ações.

Assim é que deve ser considerado o fenômeno do litigante habitual e frívolo, e o enorme dispêndio de recursos públicos que acarretam, sob o viés da análise econômica do direito a fim de que se estabeleçam mecanismos de aversão à litigância, bem como mecanismos de aceleração de acordos, com o fito de barrar a subutilização do sistema judiciário e o desperdício dos recursos públicos como hoje se observa. A deficiência da análise e abordagem consiste na desconsideração do mau uso que vem ocorrendo e, mais além, da enorme quantia de valores despendida com aquele litigante que se utiliza do sistema judiciário como meio de protelação de obrigações e como meio de persistência em práticas ilegais.

Aponta-se que é necessário potencializar a efetividade da cobrança das custas processuais, mesmo as módicas, mediante a utilização do protesto extrajudicial, com o intuito de modificar a estrutura de benefícios. Por outro lado, é crucial o escalonamento dos valores em patamares diversos de custas, a fim de inibir a litigância habitual e frívola. Isso porque, à semelhança de imposição de multas ou penas, o pagamento de custas, por envolver custo, mostra-se meio eficaz de se impor fator de desestímulo ao acesso à justiça para reclames oportunistas ou condutas ilegais, que demandariam ações na Justiça. Diagnosticado o panorama dos litigantes habituais e frívolos como causa do asoerramento, a imposição de custos diferenciados para os maiores litigantes/demandados apresenta potencial para modificar a estrutura de benefícios, de modo que haja efetivo acesso à justiça para os litigantes legítimos.

5 ALTERAÇÃO NA ESTRUTURA DE INCENTIVOS: CUSTAS PROCESSUAIS COMO MECANISMO

Como visto, o enfoque tem sido dado justamente apenas na questão da entrada, do direito de acionar, do peticionamento. Todavia, em termos práticos, e daí a economia fornece uma análise mais aproximada da realidade, a amplitude da entrada não tem significado garantia do acesso à justiça, muito menos à prestação em tempo razoável. Dito de outra forma: a maneira de se entender como garantir o acesso à justiça abrange apenas e somente um viés – a entrada. Portanto, dada a necessidade (constitucional) de se garantir a universalidade no acesso, e que, historicamente, uma das formas de violência é dessa ordem de exclusão, a grande panaceia tem sido a concessão da assistência judiciária/justiça gratuita.

Nessa abordagem se encontram, como consequência, a própria ausência de comprovação rigorosa da própria Lei 1.060/50, bem como uma grande elasticidade para a concessão por parte dos julgadores, de maneira geral. Assim, a questão do acesso à justiça tem sido vista apenas sob o viés de poder acionar – ou seja, o direito estará garantido quanto mais elastecida for a entrada. Ocorre que as demandas tendem ao infinito, e os recursos não acompanham esse crescimento (varas, juízes, servidores etc.), de modo que a abordagem de ampliação da entrada (leia-se também como concessões à justiça gratuita elastecidas, ausência de controle por CPF da parte que a tenha recebido) tem gerado o crônico congestionamento, a que nem tampouco medidas gerenciais e de linha de produção tem propiciado solução, pelo menos, a propagada inclusive pelo Banco Mundial em suas recomendações.

A noção de acesso à justiça é fundamental para a abordagem da solução do assoberbamento. Em alguma medida, o acesso à justiça tem sido entendido como a possibilidade do ajuizamento de ações, situação que gera, por via de consequência, o maior número de jurisdicionados com a possibilidade de utilização do Poder Judiciário sob o pálio da assistência judiciária gratuita/justiça gratuita. O efeito, em geral, decorrente do uso frívolo, abusivo, inautêntico do Poder Judiciário é a instauração de demandas sob o pálio da assistência judiciária gratuita/justiça gratuita com abuso do uso da assistência judiciária gratuita. O Relatório Justiça em Números (CNJ) tem demonstrado o uso do Poder Judiciário com fins procrastinatórios, com fins de utilização por pessoas com capacidade econômica para pagamento das custas.

Quanto à concessão de justiça gratuita, aliás, cabe mencionar o caso do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina que, conforme o relatório do Justiça em Números 2017, ano base 2016, é o 3º dentre os tribunais de médio porte que mais gasta com assistência judiciária gratuita. Não somente isso: o TJSC se mantém na 3ª posição de maior gasto com assistência judiciária gratuita em relação aos seus habitantes. Nos tribunais de seu porte, é o que mais gasta em proporção aos habitantes.

Assim, com um percentual de 1,31%, o TJSC é o terceiro tribunal estadual com maior gasto em assistência judiciária gratuita em relação às despesas da justiça. Considerando apenas os tribunais de seu porte, o TJSC é o primeiro neste indicador, seguido por TJGO (1,2%), TJPA (0,21%), TJDF (0,04%), TJPE (0,03%), TJBA (0,02%) e TJCE (0,02%). Ademais, outros dois Estados da região sul também apresentam indicador muito inferior ao verificado em Santa Catarina: 0,46% no TJRS e 0,02% no TJPR.

Na soma dos TJs, esse indicador é de 0,48%. Isto é, o TJSC está bem abaixo do índice obtido pela soma dos dados dos TJs. Assim, em comparação com os indicadores dos demais TJs, Santa Catarina apresenta um elevado gasto com assistência judiciária gratuita em comparação com o total das despesas.

Esse dado, de fato, é revelador se confrontado com os últimos indicadores sociais do Estado de Santa Catarina⁵ em relação aos demais Estados da Federação – o que, aliás, frisa o cabimento e legitimidade do aumento das custas para recorrer (preparo recursal)⁶: 1. 1º lugar no *ranking* nacional com menor desigualdade de renda (índice Gini); 2. 1º lugar com os

⁵Divulgado em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/levantamento-aponta-desempenho-de-sc-em-28-indicadores-de-gestao-estadual.ghtml>. Acesso em 02.04.2018.

Fonte: https://docs.wixstatic.com/ugd/434735_c4145ff83f974a0ba7d4bc8b2157f813.pdf

⁶ Isso porque não é lógico que seja mais barato recorrer – afinal, se recorrer for economicamente acessível, trata-se da existência de um incentivo. Se recorrer for mais caro que litigar em primeira instância, a parte apenas o fará se realmente achar que tem chances de ganhar (o que demonstra que realmente está certa; é maior a probabilidade de estar), com isso inibem-se recursos meramente protelatórios.

melhores índices nos seguintes indicadores: trabalho informal; mortalidade infantil, IDEB EF II, taxa de desemprego, expectativa de vida, pobreza; 3. Sexto maior PIB do Brasil; 4. Quarto maior PIB per capita do país; 5. Terceiro maior IDH-M; 4. É o Estado com menor desigualdade de rendimentos.

A lei dispõe que a parte obterá assistência judiciária gratuita uma vez que declare hipossuficiência econômica. O fato de o Estado de Santa Catarina despontar em 1º lugar no cenário nacional com melhor índice de distribuição de renda, pobreza, e possuir o 4º maior PIB per capita do país e o 6º maior PIB geral evidencia abuso na obtenção da assistência judiciária gratuita.

Uma vez que a assistência judiciária gratuita está atrelada à manifestação de riqueza (ou ausência) do jurisdicionado, o fato de o PJSC figurar em 3º lugar dentre os Tribunais que mais gastam com a gratuidade (conforme indicadores do Justiça em Números 2017, CNJ) demonstra que o número de concessões é discrepante com os índices de riqueza e de igualdade de distribuição de renda entre a população catarinense. Algo se passa.

Não se desconhece a relação existente entre índice de riqueza e instrução de uma população e a taxa de litigiosidade, uma vez que o grau de informação, e o acesso a ela é elevado. Contudo, o que se quer demonstrar aqui não é que a litigiosidade seja alta, mas o paradoxo consistente no fato de que a concessão de assistência judiciária gratuita não poderia ser elevada diante do índice de igualdade de distribuição de renda e do próprio índice de riqueza dos habitantes de Santa Catarina.

Desse modo, percebe-se que há uma grande diferença em indicadores que deveriam ter forte correlação. Isto é, com excelente classificação em produção, distribuição de renda e IDH-M, o Estado de Santa Catarina não poderia estar tão mal classificado nos indicadores de concessão de assistência judiciária gratuita – o que indica superexploração do benefício da gratuidade, a saber, a prevalência da gratuidade inautêntica (MARCELLINO JUNIOR, 2016) entendida como sua concessão sem respaldo na hipossuficiência do postulante.

A urgência no enfrentamento da questão fundamenta-se no fato de que as custas judiciais, taxas, preparo constituem-se em “custo” que deve ser recolhido conforme o custo real dos serviços forenses.

A justificativa do aumento das custas para recorrer encontra fundamento na seguinte constatação: o preparo constitui, ao lado das custas e taxas judiciais, a única fonte própria de recurso do Poder Judiciário de Santa Catarina. A fonte significativa de custeio consiste no repasse duodécimo previsto na CR/88, portanto, altamente vulnerável à saúde da arrecadação

estadual. Assim, o Poder Judiciário tem o dever premente de buscar as receitas tributárias que lhe são devidas por conta da prestação da atividade jurisdicional.

Portanto, pode-se diagnosticar que uma das causas de destaque da renúncia de receita tributária das custas judiciais consiste na concessão da benesse sem lastro na capacidade econômica daquele que pleiteia a assistência judiciária gratuita, ou a gratuidade judiciária. Muito embora a Lei 1.060/50 e o novel § 3º do artigo 99 do NCPC estabeleça a presunção de insuficiência com base em mera alegação, a Constituição da República, em seu artigo 5º, LXXIV, dispõe que a assistência jurídica integral e gratuita será concedida para aqueles que comprovarem insuficiência de recursos.

Não obstante tal estipulação na Lei Maior, a permissão para que o juiz proceda à verificação dessa capacidade está no artigo 99, § 2º⁷ do NCPC, bem como na disposição do artigo 319, II, consistente na informação obrigatória do CPF, que deve constar dos autos e que contém informações a respeito de patrimônio/renda, uma vez que o Cadastro de Pessoa Física se constitui na identificação do contribuinte perante o sistema da Receita Federal. É a partir da verificação das informações patrimoniais que integram o CPF que o juiz poderá zelar pela correta aplicação dos recursos públicos.

Tal iniciativa é corolário lógico do comando imposto no art. 98, § 3º do NCPC, quando determina que as custas do sucumbente que obteve sua gratuidade permaneçam em suspenso, devendo em até cinco anos “o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade”; diante desse encargo, é condição óbvia que o credor (Poder Judiciário) possa exercer a faculdade prevista neste artigo e ter ferramentas que o possibilitem verificar se deixou de existir a situação de hipossuficiência – uma vez que as custas constituem tributo devido ao Tribunal de Justiça. Não cabe, pois, a alegação de que o Poder Judiciário, credor, não possa ativamente verificar a concessão correta de recursos públicos, a quem de direito, e prova disso é a disposição em comento; quem pode averiguar a situação de insuficiência de recursos em fase final para evitar a evasão de receita, com igual ou mais razão pode averiguar a situação de insuficiência, ou não, quando do requerimento de gratuidade inicial, por relação de consequência.

Isso porque a gratuidade que o juiz conceda apenas permanece sob condição suspensiva de exigibilidade, uma vez que o NCPC prevê que “a concessão de gratuidade [taxas, custas e honorários de advogado] não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência” (art.

⁷ § 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

98, § 2º), ou seja, “vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário” (art. 98, § 3º).

Outro aspecto que deve ser observado são as novas possibilidades do artigo 98, §§ 5º e 6º, que dispõem que 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, e que, conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

De sorte que, para que se garanta de maneira efetiva e autêntica o acesso à justiça, é necessário que se possa distinguir aqueles que necessitam do acesso à justiça daqueles que se valem do acesso à justiça como meio de se subtrair às suas obrigações junto à coletividade. A aceitação irrefletida, sem filtros, de toda demanda sob o pálio do acesso à justiça com a mera declaração de que não teria condições de arcar com os custos decorrentes da propositura da ação hoje em dia não mais se sustenta.

O efeito (externalidade negativa) de acolhermos todas as demandas sem o pagamento devido das custas é que haverá uma rivalidade no acesso à justiça. Dito de outro modo: o juiz tem que despachar os processos, aqueles que são abusivos e aqueles que não são abusivos, no que se refere ao acesso à justiça, independentemente do pagamento de custas. Se houver o cuidado na concessão da gratuidade, bem como a implementação de um filtro de controle para que se identifique as demandas abusivas, mediante pagamento escalonado de custas mediante o uso (litigantes habituais, abusivos), garantir-se-á um acesso à justiça efetivo às demandas autênticas. Com esse enfoque, não se trata de negar o benefício da assistência judiciária gratuita, aliás, Lei 1.060/50, mas uma atualização democrática em face dos novos tempos de interação tecnológica. Deve-se investir na interação tecnológica, no mundo complexo, diante da explosão de demandas. Os relatórios do CNJ e Banco Mundial tem indicado necessidade da busca de outros horizontes para a solução do congestionamento atualizado.

O que se propõe é a análise do acesso à justiça não apenas sob a perspectiva da entrada, mas sob uma perspectiva que leve em consideração não apenas o postulante à entrada no sistema, mas também quem é esse postulante e se ele também preenche requisitos do sistema – no caso, exigir-se-á a depender da categoria de litigante, um percentual maior no

recolhimento das custas – a fim de que o Judiciário não seja utilizado como plataforma de postergação de cumprimento de obrigações ou como fator de obtenção de lucro, que é a que se tem prestado, sob a visão única da entrada⁸.

É necessário estar atento aos jogos ocultos (MORAIS DA ROSA, 2017, p. 89) que envolvem o acesso à justiça:

Por jogos ocultos se pode também entender o papel desempenhado por aqueles que não comparecem ao tabuleiro. Trata-se de fatores e fontes de influência cuja relevância, significativa, normalmente não é admitida. A tais jogadores ocultos pode-se reservar importantes áreas de influência nas decisões tomadas. Dada a impossibilidade de se ver todos os ângulos de uma situação, todos nós contamos com esses personagens. A figura dos Ministros; assessores, etc, são os rostos que, embora oficializados, não aparecem. Mas há aqueles jogadores externos e ocultos, ou cuja atuação é ostensiva, mas a percepção de seus efeitos, é oculta à maioria, como, por exemplo, a mídia pode se encontrar nessa situação, a depender do grau de influência e da matéria em questão.

Demandas protelatórias, frívolas (motivadas por interesses outros como o de se vingar, importunar, sancionar o outro, ciente de que não possui o direito alegado). Nessas, o uso do sistema não é autêntico e acarreta o comprometimento de toda a estrutura. Não existe direito sem custo. O acesso à justiça autêntico, isto é, um sistema que acolha as demandas legítimas, enquanto os demandantes procrastinatórios e/ou frívolos, que tentam apenas postergar o cumprimento de decisões, sejam impedidos mediante uma alteração na estrutura de benefícios. Com efeito, a ausência de custo na interposição de recurso, facilitado ainda mais no processo digital, se constitui em manobra lógica no percurso mental da parte que intenta apenas atrasar o cumprimento de obrigações, valendo-se das zonas de incerteza potencializadoras da corrida à litigância.

Uma análise econômica do sistema possibilita identificar essas falhas e estabelecer um mecanismo de inibição desse comportamento que tem por recompensa o atraso no cumprimento das obrigações e decisões. Pode-se argumentar que já existe a previsão da condenação por litigância de má-fé. Entretanto, essa condenação é medida futura e incerta, e não coibiria, portanto, a interposição protelatória, até porque situada em momento diverso. Trata-se de método de inibição de comportamento futuro e não presente. Daí a importância do manejo do mecanismo das custas e preparo, a fim de que se possa inibir litigância frívola e de massa e garantir o acesso à justiça autêntico. Da mesma forma, a previsão da possibilidade de imposição de multa a comportamento desleal depende de fatores objetivos/subjetivos, do

⁸ Apenas a título de informação, interessante notar que, no sistema judicial da Inglaterra, “se a Corte estiver convencida de que a ação não foi devidamente constituída ou requerida, ou se não foi proposta *bona fide*, no sentido de ser abusiva, opressora ou ainda consistir em um abuso processual, então a Corte poderá rejeitar a ação ou determinar sua suspensão.” (ANDREWS, 2012, p. 309).

quantum incerto a ser fixado por cada Câmara, e futuros, se haverá homogeneidade ou não, pelo menos até que se fixe entendimento – tal homogeneidade, porém, é futura e pouco provável. Daí a necessidade de um mecanismo que analise a entrada da ação no sistema.

6 CONCLUSÃO

Foi possível demonstrar que o problema de conjuntura do congestionamento e morosidade observados não é resultado apenas de gestão ou administração. Nesse sentido, o entendimento acerca da gestão do acesso à justiça encontra soluções possíveis conforme a análise econômica do direito, que demonstra que operam contextos, e ações em causa, mais complexos que as soluções até agora compreenderam. O desafio, portanto, é a mudança de paradigma em relação à visão que se tem do acesso à justiça, não só no âmbito de sua ampliação, mas também da sustentabilidade.

Não é mais possível que se pense neste direito fundamental como gratuito na amplitude em que está conformado atualmente, dado os custos inerentes. E os custos são altos. É nesse enfoque que a análise econômica do direito fornece instrumental para abordagem e delineamento dos reais problemas, bem como possíveis soluções, pois é formatada para o gerenciamento da escassez. No entanto, a mentalidade clássica é a de que se tem de garantir direitos, sem análise de impacto, racionalidade e consequências.

Portanto, além de uma teoria científica do comportamento, a economia proporciona um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas. O enfoque da economia é a previsão dos efeitos das políticas públicas sobre a eficiência; a eficiência sempre é relevante para a definição de políticas públicas, pois evita o desperdício de recursos (atingir o objetivo a um custo menor). Em termos de empresas privadas, em vez de falar sobre eficiência, fala-se em lucros – maximização de lucros.

Assim é que, conforme se demonstrou, sob a ótica da análise econômica, tem-se um instrumental para abordagem da alta complexidade da realidade, de modo que se podem trazer à luz fatores desconhecidos e que surtirão efeitos, dos quais não se pode afastar. Dessa interlocução será possível apurar estratégias para reversão/mitigação do assoberbamento do Poder Judiciário, causado em grande fração pelo fenômeno da litigância predatória.

Destaca-se que uma alteração na estrutura de benefícios é viável mediante um mecanismo de gestão via custas processuais, campo ainda pouco explorado. Conforme desenvolvido acima, nem mesmo um funcionamento excelente do sistema se manteria – é a taxa ideal de congestionamento que se deve buscar. Mas o início de todas essas soluções

parece ser o cuidado que se deve ter com as custas judiciais, esses tributos de responsabilidade do Poder Judiciário.

Assim, a gratuidade apenas pode ser concedida em hipóteses estritas, de real necessidade, segundo critérios uniformes. Um bom exemplo é o controle de entrada efetuado pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, que, diante da sua estrutura pequena em face da enorme demanda, teve de zelar por um controle rígido. De fato, a ideia de se estar fazendo um ‘bem’ concedendo gratuidade judiciária é equivocada. Em última análise a grande massa de contribuintes está arcando com a propositura e trâmite de todas as ações. Portanto, é uma questão social cuidar da concessão da gratuidade judiciária.

Mesmo que recursos houvessem para a expansão sem restrições do acesso à justiça, o valor das ações tenderia a se elevar, justamente pela rapidez do julgamento, de modo que a procura seria ainda maior. Repensar o que se constitui como o acesso à justiça autêntico é o desafio de todos os dias, mas é importante concluir que as custas judiciais (seu aumento, manejo e zelo) representam fator fundamental para a manutenção do acesso à justiça autêntico.

7 REFERÊNCIAS

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Orientação e revisão da tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BIERMAN, H. Scott; FERNANDEZ, Luis. **Teoria dos Jogos**. Trad. Arkete Simille Marques. São Paulo: Person Prentice Hall, 2011.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas; tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. **Direito & Economia** – 5 ed. – Porto Alegre: Bookman, 2010.

GICO JR., Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GICO JR, 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, Brasília, DF, 2012. 146 p.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **A invasão do direito**: a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

MARCELLINO JR, Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça**: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manoel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada – Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**. Uma introdução. Coordenadores. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

RIBEIRO, Gustavo Ferreira; GICO JR, Ivo Teixeira. Coordenação. **O Jurista que calculava**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013.