



Hélcio Corrêa

LIMITAR O ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO PARA AMPLIAR O ACESSO À JUSTIÇA

23

LIMITING ACCESS TO THE JUDICIARY AS A MEANS OF INCREASING ACCESS TO JUSTICE

Fabio Tenenblat

RESUMO

Discute a abusividade no acesso ao Poder Judiciário no Brasil sob o enfoque da análise econômica da litigância e da racionalidade dos agentes, apontando características peculiares da legislação e da jurisprudência que funcionam como estímulos aos abusos.

Sugere algumas medidas com o intuito de minorar o problema, ao deixar-se a utilização dos serviços jurisdicionais para aqueles que realmente deles necessitam e, desta forma, ampliar o acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Civil; litigância; morosidade; acesso – justiça, Poder Judiciário; juizados especiais federais; gratuidade processual.

ABSTRACT

The author discusses the overuse of the Judiciary Power in Brazil, in the light of an economic assessment of litigation and the rationality of the parties, pointing out peculiarities in both legislation and case law that act as stimuli to the overuse of courts.

He suggests some measures to mitigate the problem, by leaving legal action to those who really need it, thus increasing access to justice.

KEYWORDS

Civil Procedural Law; litigation; sluggishness; justice – access to; Judiciary Power; federal small claims courts; free legal aid.

1 INTRODUÇÃO

Dentre os diversos fatores que concorrem para a ineficiência do Judiciário brasileiro e para a morosidade na tramitação das ações, o imenso número de processos que abarrotam prateleiras de varas e tribunais se destaca. A partir de tal constatação, surge uma situação aparentemente paradoxal: o acesso da população ao Poder Judiciário deve ser o mais amplo possível, a fim de que se alcance a autêntica justiça, isto é, para que os direitos fundamentais proclamados se tornem efetivos; ao mesmo tempo, deve haver redução no número de ações, para que o Judiciário possa cumprir de forma satisfatória suas atribuições constitucionais.

Tal paradoxo, todavia, não é real, pois, quando se observa, com mais profundidade o conteúdo de boa parte das ações em andamento, percebe-se que o problema reside na péssima distribuição do acesso ao Poder Judiciário entre a população. Em outras palavras, a mesma Justiça, que permanece praticamente desconhecida e inacessível para grande parcela do povo brasileiro, é utilizada de forma excessiva e abusiva por determinados setores da sociedade.

[...] a mesma Justiça, que permanece praticamente desconhecida e inacessível para grande parcela do povo brasileiro, é utilizada de forma excessiva e abusiva por determinados setores da sociedade.

24

Contudo, 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 judicial.

A questão é complexa, pois nem sempre é fácil distinguir com precisão o que é ou não abusivo. Nesse contexto, torna-se fundamental analisar a abusividade e o excesso de litigância, de forma a melhor caracterizar esses fenômenos e descortinar suas causas. Igualmente se revela importante estudar meios de refrear o comportamento abusivo, sem obstruir ainda mais o acesso ao Poder Judiciário daqueles que realmente dele necessitam. É o que tenta fazer o presente trabalho, ao investigar os mecanismos e estímulos econômicos que levam os agentes a ajuizarem uma ação mesmo sendo ínfima a probabilidade de sucesso, e examinar normas que funcionam como incentivo ao aumento do número de ações judiciais e a eficácia dos instrumentos existentes para coibir abusos na utilização do processo. Por fim, apresentam-se sugestões para a diminuição do quantitativo de processos frívolos e abusivos em trâmite na Justiça brasileira.

2 ACESSO À JUSTIÇA X ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO

A confusão entre os significados das expressões “acesso à justiça” e “acesso ao Poder Judiciário” e a utilização de ambas

como sinônimos é recorrente, mesmo entre profissionais do Direito. Os conceitos, entretanto, são bastante distintos.

Acesso à justiça significa a possibilidade de alcançar determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, com o exercício da cidadania plena e a instituição de uma estrutura jurídica harmoniosa e isonômica. Por sua vez, o Poder Judiciário tem como função típica a prestação jurisdicional, consistente na aplicação da lei ao caso concreto que lhe é submetido quando há conflito de interesses. Nesta sua principal função, o Judiciário configura importante ferramenta de pacificação social ou, mais precisamente, um mecanismo por intermédio do qual as desavenças e disputas sobre a alocação de direitos são dirimidas a partir de normas e regras pré-estabelecidas pela sociedade.

Portanto, pode-se conceituar o acesso ao Poder Judiciário como uma garantia à proteção dos referidos valores e direitos fundamentais, um direito meramente formal e com nítida adjetividade em relação à obtenção efetiva de justiça. Conclui-se, por conseguinte, que o acesso a um Poder Judiciário que prolate decisões equitativas (socialmente justas) em prazo razoável é condição necessária, mas não suficiente, para que haja acesso à justiça.

O acesso à justiça é princípio consagrado em diversas normas de Direito Internacional – inclusive na Declaração Universal dos Direitos Humanos –, além de defluir de vários dispositivos da Constituição de 1988. Já o direito de acesso ao Poder Judiciário encontra previsão expressa no inc. XXXV do art. 5º da Carta. Interpretação literal e isolada deste dispositivo levaria à conclusão de que qualquer restrição ao direito de utilização da via judicial seria inconstitucional e que tal direito, por consequência, faz-se presente de forma absolutamente ilimitada e irrestrita no ordenamento jurídico brasileiro. Esta concepção ganha reforço quando se considera o já mencionado fato de que o amplo acesso ao Poder Judiciário é condição *sine qua non* para a concretização de um Estado substantivamente democrático.

Em princípio, portanto, seria razoável e esperado que se levasse ao crivo da Justiça qualquer questão ou suposta lesão a direito, por mais insignificante que, aparentemente, fosse. Se litigar judicialmente não acarretasse custos, tal proposição seria válida e inatacável.

A realidade, todavia, é outra, já que os custos existem e, no caso das ações judiciais, são elevados e suportados não apenas pelas partes dos processos, mas também por toda a sociedade. Além disso, a capacidade de prolação de decisões do Poder Judiciário é, por óbvio, limitada e, assim, quanto maior o número de processos ajuizados, mais demorada será, em média, a solução de cada um deles. Como se sabe, a celeridade é condição primordial para a efetividade das decisões judiciais.

Restrições no acesso, por conseguinte, são essenciais para o desempenho satisfatório da máquina do Judiciário (importante frisar: está-se falando aqui de limitações no acesso ao Poder Judiciário, não do acesso à justiça). 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 automó-

vel 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 email 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 julgamento 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 Judiciário.

O caso dos juizados especiais federais, criados a partir de 2002, exemplifica esta questão. A sistemática processual simplificada teve o efeito benéfico de facilitar o acesso ao Poder Judiciário (Federal) especialmente para determinadas parcelas economicamente menos favorecidas da população. A simplificação, no entanto, fez surgir uma quantidade de processos muito superior aos números inicialmente previstos, sendo que a redução da demanda das varas comuns decorrente da migração para os juizados especiais, ao contrário do esperado quando se concebeu a criação dos JEFs, foi pequena. Houve, sobretudo, satisfação de demanda reprimida.

Não há dúvidas de que, apesar dos percalços, os juizados especiais representam importante avanço no caminho da democratização do acesso à justiça. Sua criação, todavia, tornou ainda mais necessária a busca de formas de desestímulo à utilização abusiva dos serviços do Judiciário, sem restringir o direito daqueles que realmente necessitam ajuizar uma ação judicial.

3 LITIGANTES E O EFEITO MULTIPLICADOR

Como se sabe, o Poder Público – União, Estados, Municípios, Distrito Federal e entidades da Administração Indireta – figura no polo ativo ou passivo de boa parte dos processos em tramitação no Judiciário brasileiro. A título de exemplo, observe-se o quadro a seguir, refe-

rente aos processos em curso em 2008, no Superior Tribunal de Justiça.

A partir das decisões judiciais favoráveis aos autores nestes primeiros ca-

Poder Público como parte no STJ

Total de Processos em Tramitação	Poder Público como Autor	Poder Público como Réu
104.270 (100%)	44.951 (43,11%)	33.931 (32,54%)

Fonte: Conselho Nacional de Justiça - CNJ (Justiça em Números 2008).

A imensa maioria dos feitos cíveis em que o Estado é autor objetiva a cobrança de dívidas, e seu ajuizamento se dá, exclusivamente, em função de determinações normativas. Não faz sentido, portanto, dizer que há abuso do Estado neste procedimento (a não ser que se considere abusiva a própria legislação). Assim, conquanto necessária, a discussão acerca do excessivo número de ações judiciais desta natureza constitui matéria que foge ao tema inicialmente proposto.

Já os processos em que o Poder Público é réu têm origem primária, sobretudo, na responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição de 1988 ou em alegadas arbitrariedades e ilícitudes cometidas pelo Estado e seus agentes. Também não cabe discutir aqui, especificamente, acerca destas fontes primárias e suas características. O relevante, para o objeto do presente trabalho é o potencial efeito multiplicador de cada nova ação ajuizada contra o Poder Público.

Acesso à justiça significa a possibilidade de alcançar determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, com o exercício da cidadania plena e a instituição de uma estrutura jurídica harmoniosa e isonômica.

Para melhor entender tal efeito, vejamos o que ocorreu em relação ao reajuste de 28,86%, concedido em janeiro de 1993 aos militares de escalões superiores das Forças Armadas. Naquela época, vigia dispositivo constitucional que assegurava a revisão da remuneração de servidores civis e militares, na mesma data e sem distinção de índices. Assim, não demorou muito para aparecerem na Justiça Federal as primeiras ações individuais de servidores públicos civis não contemplados pelo reajuste.

Os, deu-se a propositura de centenas de milhares de outros processos cujo objeto relacionava-se ao índice de reajuste de 28,86%. Grupos de potenciais autores se formaram, sindicatos de servidores públicos propuseram ações coletivas para resguardar o direito de seus associados, advogados se mobilizaram para captar clientes, numa verdadeira corrida ao Judiciário.

O problema é que, juntamente com aqueles que faziam jus ao reajuste, correram à Justiça Federal, num segundo momento e cada vez em maior número, pessoas que não tinham direito algum, entre outras razões, porque seus vencimentos já haviam sido reajustados à época, por terem recebido os valores devidos mediante acordo administrativo ou por sequer serem servidores públicos em janeiro de 1993. Até processos de segurados do INSS reivindicando a incidência de 28,86% sobre benefícios previdenciários foram ajuizados.

O resultado desta multiplicação desenfreada é que, no momento, ainda tramitam na Justiça Federal milhares de feitos atinentes ao reajuste de 28,86%, concedido – repise-se – em janeiro de 1993. E o mais incrível: até hoje, passados 18 anos da efetiva lesão e estando há muito prescritos quaisquer direitos que porventura houvesse, são ajuizados novos processos com este objeto.

Situações assim são comuns no Judiciário. Apenas para mencionar alguns dos casos mais conhecidos de ações em massa, há atualmente em tramitação

milhões de processos versando, por exemplo, sobre expurgos de poupança, FGTS e cruzados novos bloqueados, sendo certo que, em boa parte deles, o resultado final em nada beneficiará os autores. Porém, 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.

A mídia igualmente exerce papel importante na multiplicação do número de ações, ao dar destaque a decisões judiciais – ainda que isoladas – em favor de aposentados, contribuintes, categorias profissionais, consumidores etc. Confira-se um exemplo publicado em veículo de comunicação do Estado do Rio de Janeiro: ***Aposentado ganha na Justiça a correção do benefício pelo INPC*** *Decisão da 2ª Vara Cível de Santo André é inédita e beneficia aposentada que deverá ter aumento de R\$ 30 no benefício e atrasados de até R\$ 4 mil. Uma decisão inédita da 2ª Vara Cível de Santo André, na Grande São Paulo, poderá significar na prática o aumento da aposentadoria de milhões de aposentados e pensionistas do INSS em todo o país.*

Por outro lado, o apelo comercial, quando se trata de sentenças em sentido contrário, é reduzido e, por isso, tais decisões raramente fazem-se presentes no noticiário. É certo que os direitos de trabalhadores, consumidores, contribuintes ou de qualquer grupo de pessoas, quando lesados, merecem integral reparação. Assim, sob este aspecto, não se pode questionar o valor da atuação da imprensa quando alerta para possíveis lesões a direitos e, desta forma, contribui para a ampliação do acesso à justiça. Em contrapartida, o excessivo número de processos inconsistentes gerados por informações incompletas ou distorcidas retarda o julgamento das demais ações, prejudicando aqueles que efetivamente precisam do Judiciário para ver seu direito reparado.

Em princípio, portanto, seria razoável e esperado que se levasse ao crivo da Justiça qualquer questão ou suposta lesão a direito, por mais insignificante que, aparentemente, fosse. Se litigar judicialmente não acarretasse custos, tal proposição seria válida e inatacável.

Ressalte-se que são raras as situações em que o autor age com manifesta má-fé, ou seja, ajuíza o feito já sabendo desde o início que não faz jus a nada. Às vezes, o demandante até suspeita que não está entre aqueles que tiveram seu direito lesado; porém, como a maneira mais segura e menos custosa de ter certeza é a via judicial, opta pela propositura da ação.

Não há dúvidas de que o aumento na capacidade de prestação jurisdicional (ou seja, na oferta dos serviços da Justiça), especialmente com a criação de varas em locais onde se verifiquem as maiores necessidades, contribui para a celeridade e a efetividade das decisões judiciais e, por conseguinte, para a ampliação do acesso à justiça. Todavia, medidas visando ao aumento da produção e da produtividade não são capazes de resolver, por si sós, o problema da morosidade da Justiça e do excessivo número de ações em tramitação, conforme se observou por ocasião da criação dos juizados especiais.

Reduzir a demanda por serviços do Judiciário também faz parte da solução do problema, sendo altamente desejável – a fim de se preservar ao máximo o direito de acesso à justiça – que tal redução se dê com ênfase nos processos inconsistentes. Aumentar os riscos em caso de sucumbência ao final do processo e elevar os custos econômicos de ajuizamento de ações são os caminhos para se chegar a este fim.

4 ABUSO NA UTILIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A fim de se evitarem interpretações equivocadas, é necessário deixar claro o sentido que se pretende dar aqui à palavra “abuso”. Não se trata de terminologia estritamente jurídica e, muito menos, de prática à margem da lei. Muito pelo contrário, já que são exatamente as normas regulamentadoras (ou a falta delas) que permitem a utilização excessiva dos serviços do Poder Judiciário.

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).

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%.

5 LITIGÂNCIA E COMPORTAMENTO RACIONAL DOS AGENTES

Autores e réus das relações processuais obedecem, em suas formas de agir, a critérios de racionalidade, comuns a diversas áreas do conhecimento. A ponderação entre custos e benefícios no momento de se tomar uma decisão, com vistas à obtenção dos maiores ganhos possíveis, é característica própria do comportamento humano, não sendo diferente no que diz respeito às ações judiciais.

Decidir entre o ajuizamento ou não de um processo judicial, entre o recurso ou o acordo diante de uma sentença desfavorável, significa, em última análise, sopesar prós e contras e ponderar riscos e probabilidades em face dos possíveis resultados finais. Decerto, cada indivíduo toma suas decisões conforme as informações de que dispõe, com a influência de suas convicções e de sua personalidade. Por conseguinte, frente a mesma situação, diferentes indivíduos podem (ou não) tomar decisões distintas. Segundo Rachlinski (1996), toda ação judicial é uma aposta, sendo que os litigantes fazem suas escolhas avaliando a relação entre sua riqueza e o que está em jogo no processo.

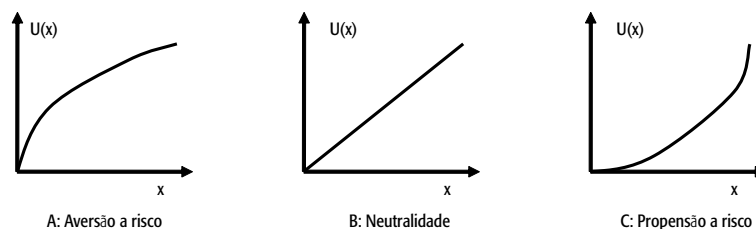
5.1 PERFIL DOS AGENTES DIANTE DO RISCO

Em teoria econômica, associam-se riscos a eventuais perdas financeiras ou às possibilidades de se atingir ou não determinado nível de remuneração a partir do investimento realizado. Assim sendo, decisões acerca da alocação de recursos são tomadas em função de avaliações do binômio risco-retorno, o que significa que opções que envolvam maior grau de risco somente podem se revelar aceitáveis se proporcionarem maiores taxas de retornos.

Existem diversos enfoques para representar o equilíbrio entre ganho e risco. Neste trabalho será discutida apenas a abordagem da utilidade esperada de Neuman e Morgenstern (1953), que permite valorar a distribuição de probabilidades dos resultados possíveis de uma decisão e, por conseguinte, estabelecer preferências entre as decisões associadas a esta distribuição. Neste modelo, a função utilidade indica as preferências hipotéticas dos agentes, representando, por meio de valores, o grau de satisfação por eles atribuído a determinada situação.

O objetivo do agente é maximizar a utilidade esperada, sendo intuitivo tratar-se de função crescente (primeira derivada positiva), ou seja, quanto mais o indivíduo tem, maior a sua utilidade. A concavidade da função utilidade $U(x)$, contudo, depende da atitude frente aos riscos, que pode ser de aversão, neutralidade ou propensão. Os gráficos a seguir ilustram as três hipóteses:

Perfis dos agentes diante do risco



O agente com perfil conservador (avesso ao risco) – função utilidade com concavidade voltada para baixo – tem como principal característica a sensibilidade mais elevada a perdas do que a lucros. Diante da mesma probabilidade (50%) de ganhar ou perder determinado valor num jogo, o indivíduo prefere não apostar, já que, para ele, o benefício de ganhar (aumento da utilidade) é menor do que o dano de perder (redução da utilidade). Para o agente neutro em relação ao risco (função reta), perdas e lucros de mesmo valor geram o mesmo efeito (em módulo, claro). Assim, diante da mesma probabilidade (50%) de ganhar ou perder determinado valor num jogo, para ele é indiferente apostar ou não, já que, como dito, o benefício de ganhar é igual ao dano de perder. Já o agente com perfil arrojado (propenso ao risco) – função com concavidade voltada para cima – tem como principal característica a sensibilidade mais elevada a lucros do que a perdas. Assim, diante da mesma probabilidade (50%) de ganhar ou perder determinado valor num jogo, o indivíduo prefere apostar, já que, para ele, o benefício de ganhar é maior do que o dano de perder.

os custos totais de tramitação do processo (não reembolsáveis) são de R\$ 800,00 e que o autor terá de pagar R\$ 2.000,00 a seu advogado (por contrato), caso ganhe a ação, ou R\$ 1.000,00 de honorários de sucumbência à parte contrária, na hipótese de sair derrotado.

Vejam os valores esperados (V_e)¹ de cada uma das opções do credor. Caso decida não ajuizar a ação, o credor nada receberá e tampouco terá ônus algum, ou seja, o valor esperado desta decisão é, obviamente, zero. Já na hipótese de ajuizar a ação, o agente arcará com R\$ 800,00 de custos, tendo:

- ✓ 20% de probabilidade de receber R\$ 8.000,00 líquido (= R\$ 10.000,00 menos R\$ 2.000,00 devidos ao advogado);
- ✓ 80% de probabilidade de não receber nada e ainda ser obrigado a pagar à parte contrária R\$ 1.000,00 de honorários de sucumbência.

O valor esperado é, portanto:

$$V_e = 20\% \times R\$ 8.000,00 + 80\% \times (- R\$ 1.000,00) - R\$ 800,00.$$

$$V_e = R\$ 1.600,00 - R\$ 800,00 - R\$ 800,00 = \text{zero}.$$

Diante deste quadro, conclui-se que somente os agentes propensos ao risco – uma minoria, segundo a teoria econô-

A mídia igualmente exerce papel importante na multiplicação do número de ações, ao dar destaque a decisões judiciais – ainda que isoladas – em favor de aposentados, contribuintes, categorias profissionais, consumidores etc.

5.2 APOSTAS E ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA

Consideremos uma ação judicial objetivando a cobrança de certa dívida vencida de R\$ 10.000,00. Façamos agora a suposição de que a probabilidade de o credor sair vencedor da demanda e receber o que lhe é devido – ou seja, obter uma decisão final que reconheça a existência da obrigação e ter sucesso na execução – é de 20%. Por fim, suponhamos, também, que

mica tradicional – decidiriam pelo ajuizamento da ação. Já para agentes neutros em relação ao risco, seria indiferente ajuizar ou não a ação, ao passo que, para os avessos ao risco, a decisão seria não ingressar em juízo.

Conquanto adequado ao presente trabalho, o exemplo hipotético acima é evidentemente simplificado. Na literatura sobre análise econômica da litigância são comuns simulações bem

mais complexas, que utilizam variáveis como probabilidades de ganhos e perdas das partes, custos de informação, tempo de duração dos processos, sistemática de remuneração dos advogados etc. Tais simulações, contudo, partem do pressuposto de que ações judiciais acarretam riscos de prejuízo para autores e réus, especialmente diante de eventual decisão final contrária a seus interesses. Entretanto, o que aconteceria se, para uma das partes, não houvesse possibilidade alguma de prejuízo?

Observemos o que ocorre quando, mantendo os demais parâmetros, retiramos da simulação acima mencionada os custos de tramitação do processo e os honorários de sucumbência. O valor esperado de não ajuizar a ação permaneceria zero, ao passo que a opção pelo ajuizamento acarretaria:

- ✓ 20% de probabilidade de receber R\$ 8.000,00 líquido (= R\$ 10.000,00 menos R\$ 2.000,00 devidos ao advogado)
- ✓ 80% de probabilidade de não receber nem pagar nada

O valor esperado da decisão de ajuizar a ação passa a ser, portanto:

$$V_e = 20\% \times R\$ 8.000,00 + 80\% \times (\text{zero}) - \text{zero} = R\$ 1.600,00$$

Considerando-se somente o valor esperado positivo (maior do que o zero de não ajuizar), pode-se afirmar que todos os indivíduos com propensão ao risco ou neutros em relação a ele decidiriam pelo ajuizamento da ação. Já para se inferir a decisão de um indivíduo avesso ao risco seria necessário, em princípio, observar sua curva de utilidade. Na situação em análise, entretanto, tal observação é desnecessária, pois **não há risco algum**. Com efeito, a decisão de ajuizar a ação traz somente dois resultados possíveis: ganhar (20%) ou deixar de ganhar (80%). **Não há possibilidade de perdas!**

28

A ponderação entre custos e benefícios no momento de se tomar uma decisão, com vistas à obtenção dos maiores ganhos possíveis, é característica própria do comportamento humano, não sendo diferente no que diz respeito às ações judiciais.

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”, como se verá a seguir.

5.3 QUADRO BRASILEIRO

Segundo a Constituição *qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular [...], ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência*. De fato, não seria razoável imputar riscos de prejuízo financeiro ao autor que, suspeitando da ocorrência de irregularidades, ajuizar ação popular em defesa do patrimônio público. Afinal, se sair vencedor na lide, o autor não terá proveito financeiro pessoal algum.

Entretanto, quando a ação trata de interesses individuais – especialmente os de natureza patrimonial –, a razoabilidade muda de lado, ou seja, espera-se que os autores arquem com os ônus financeiros da sucumbência. Afinal, neste caso, uma decisão final favorável às pretensões autorais acarretará ganhos financeiros pessoais.

De fato, o Código de Processo Civil – adotando variante da regra inglesa de repartição de custos processuais – determina que os vencidos paguem aos vencedores as despesas que estes anteciparam e os honorários advocatícios, ressalvados os casos de justiça gratuita. Entretanto, o que a lei processual claramente estabeleceu como hipótese de exceção – gratuidade processual – tornou-se mais frequente do que a regra geral de pagamento de custas e honorários, especialmente no Poder Judiciário da União.

Isso porque, em 1986, a norma que disciplina a concessão de assistência judiciária aos necessitados (Lei n. 1.060/1950) foi alterada, passando a dispor que a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária mediante simples afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. Portanto, para que o autor fique isento de custas e, em caso de sucumbência, não pague honorários, basta afirmar que não tem condições de arcar com tais ônus sem prejuízo de seu sustento.

Tal afirmação goza de presunção relativa de veracidade, ou seja, deve ser tida como verdadeira até prova em contrário. Nas justiças estaduais, costuma-se exigir a apresentação de cópias de contracheque, declaração de imposto de renda ou de outros documentos comprobatórios da hipossuficiência do requerente, sendo o pedido de gratuidade processual indeferido em caso de não comprovação. Já na Justiça Federal, praticamente não se faz qualquer verificação, razão pela qual é bem maior o percentual de processos em que a gratuidade é concedida.

Tendo conhecimento desta sistemática, alguns advogados já apresentam, juntamente com a procuração, declaração de hipossuficiência para o constituinte assinar, pouco importando se este é ou não hipossuficiente. E, mais do que isso, utilizam a desnecessidade de efetuar qualquer pagamento, ainda que haja sucumbência, como argumento para convencer o potencial cliente a ajuizar a ação.

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”).

Para completar o quadro de profusão de “apostas gratuitas”, de ausência de risco na litigância a estimular o ajuizamento de processos sem o mínimo de consistência, vale mencionar duas outras vias processuais muito utilizadas no Brasil. A primeira delas são as ações propostas nos juizados especiais, nas quais, ressalvada a hipótese de má-fé, não há cobrança de custas e honorários no primeiro grau de jurisdição.

A segunda diz respeito aos mandados de segurança, espécie de ação em que não é cabível a cobrança de honorários advocatícios. Aproveitando-se deste fato, pessoas jurídicas que não podem se beneficiar da gratuidade processual, propõem ações muitas vezes milionárias contra o Poder Público, pagando, em caso de sucumbência, apenas as custas.

Este trabalho está longe de ser um libelo contra a gratuidade processual. Muito pelo contrário, pois para os hipossuficientes custos financeiros representariam enorme barreira de acesso ao Poder Judiciário. Assim, a gratuidade, do mesmo modo que o trabalho das defensorias públicas, constitui instrumento fundamental para garantir aos economicamente fracos o acesso à justiça.

Contudo, a gratuidade processual (e também os serviços prestados gratuitamente pelas defensorias públicas) está sendo utilizada de forma abusiva no Brasil, com reflexos deletérios no número de processos em tramitação e prejuízos a todos, especialmente àqueles que realmente necessitam de tal benefício legal. A ação acima mencionada, ajuizada pelo milionário residente em área nobre, é emblemática da utilização despuorida do instituto.

6 FORMAS DE ABUSIVIDADE

6.1 LITIGÂNCIA INCONSEQUENTE

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.

O fenômeno da litigância inconsequente manifesta-se com ainda maior frequência – sem que se possa dizer, com raras exceções, que haja má-fé – nas chamadas “ações de massa”, processos em que inúmeros autores, supostamente titulares de direitos homogêneos, discutem individualmente questões jurídicas idênticas, muitas vezes já pacificadas pela jurisprudência. É o caso dos já mencionados processos versando sobre a incidência de reajuste de 28,86% ou – exemplo comum na Justiça Federal – dos feitos sobre FGTS (expurgos inflacionários e taxa progressiva de juros)

[...] a gratuidade processual [...] está sendo utilizada de forma abusiva no Brasil, com reflexos deletérios no número de processos em tramitação e prejuízos a todos, especialmente àqueles que realmente necessitam de tal benefício legal.

Repise-se: não existem controvérsias jurídicas a serem dirimidas em relação a estes assuntos, o que significa que todas as ações judiciais estão fadadas a ter o mesmo resultado. Diante da aparente clareza do cenário delineado, poder-se-ia supor que não mais seriam ajuizados processos inconsistentes versando sobre 28,86% ou sobre expurgos de FGTS, isto é, que apenas recorreriam à Justiça pessoas enquadradas em situações nas quais há valores devidos. Por que, então, isso não aconteceu? Por que, até hoje, continuam a ser propostas milhares de ações com estes objetos que não trazem qualquer possibilidade de ganho para os autores?

A desinformação e, sobretudo, a ausência de riscos de sucumbência são, sem dúvida, as principais causas.

6.2 DANOS MORAIS

A Constituição de 1988, no que tange à reparação por danos morais, representa marco fundamental na coibição de inúmeras violações a direitos até então perpetradas impunemente. É verdade que ainda há muito a ser feito no combate à impunidade relacionada aos danos de ordem moral, conforme se verá adiante. Entretanto, hoje os abusos são frequentes também do outro lado, ou

seja, multiplicam-se as ações em que se pleiteiam indenizações para reparação de danos morais em decorrência de acontecimentos fortuitos, de meros dissabores do dia a dia ou mesmo – e, nesse caso, com má-fé – de fatos inexistentes.

Contribui para o aumento da abusividade o entendimento jurisprudencial de que não é necessária a determinação na petição inicial do valor pretendido a título de indenização por danos morais, ou seja, a parte autora – que melhor do que ninguém teria condições de saber o montante suficiente para reparar o dano sofrido – pode deixar exclusivamente a critério do juiz a fixação de tal valor. Trata-se de verdadeira chancela às apostas gratuitas, pois o juiz pode acabar arbi-

trando uma indenização maior do que a considerada justa pelo próprio prejudicado. Ademais, qualquer que seja o valor fixado, cabe apelação.

Exemplificando: suponhamos que o autor considere justo o montante de R\$ 10.000,00. Caso consigne tal valor na petição inicial, este seria o limite máximo da indenização. Ao deixar a critério (subjetivo) do juiz, porém, mesmo que o valor seja fixado em, por exemplo, R\$ 12.000,00, o autor pode apelar para tentar conseguir ainda mais. O estímulo à abusividade é evidente.

Outro posicionamento que se reflete no aumento de ações abusivas relacionadas a danos morais diz respeito à desconsideração da sucumbência quando há pedido determinado. Assim, alguém que pede R\$ 50.000,00 de indenização por danos morais e recebe, ao final do processo, somente R\$ 500,00 é considerado ganhador da causa, apesar de, matematicamente, ter restado vencedor em apenas 1% de seu pleito. Por conseguinte, a outra parte – que decaiu de parcela mínima – ainda é obrigada a pagar custas e honorários de sucumbência.

O incitamento à inconsequência dos pedidos contido em tal entendimento jurisprudencial é óbvio, pois – sejam quais forem os fatos ocorridos – não faz diferença alguma formular pedido de R\$

500,00 ou R\$ 10 milhões de indenização por danos morais. Não à toa, é comum a formulação de pedidos de indenizações vultosas em decorrência de fatos de pequena repercussão. Também não é por acaso que há tantas ações em que, juntamente com o pedido que deveria ser o principal, formula-se pleito de valor significativo de reparação por danos morais.

6.3 INTUITO PROTETATÓRIO

No Brasil é comum que advogados criminalistas retardem o andamento do processo, com o objetivo de evitar o trânsito em julgado de decisões condenatórias e manter seus clientes em liberdade. Também na Justiça Eleitoral, são frequentes as cassações de políticos eleitos que, na prática, tornam-se inócuas, pois os efeitos da decisão são suspensos até o término dos mandados por sucessivos recursos. Por sua vez, no âmbito do processo civil e do trabalhista, tentar evitar que a ação siga adiante igualmente pode ser o procedimento mais vantajoso para a parte, isto é, o comportamento esperado do agente racional.

Imaginemos a situação de uma empresa que contrai empréstimos bancários para reforçar seu capital de giro. Tal empresa sabe que sairá derrotada numa grande causa trabalhista, tendo de desembolsar quantia vultosa ao término da ação. Uma vez que as taxas cobradas pelas instituições financeiras são superiores à incidente sobre dívidas de natureza trabalhista, postergar o quanto puder o momento do desembolso significa, para a empresa, manter o capital de giro pagando menos juros. E não há dúvidas de que o melhor meio de se conseguir a postergação do pagamento é retardar o andamento da ação judicial.

30

Advogados remunerados por valor mensal fixo por processo também têm tendência a praticar atos processuais protelatórios; e, [...] alguns chegam a impedir acordos que colocariam fim ao processo de forma favorável a seus constituintes, manipulando a percepção destes acerca de potenciais ganhos.

Na seara tributária costuma ocorrer o mesmo, havendo, porém, um agravante: é que, com periodicidade quase religiosa, União, Estados e Municípios – em sua sanha arrecadatória de curto prazo – editam leis de anistia de dívidas vencidas, tornando o retardamento do processo um “negócio” ainda melhor para o contribuinte. Para se ter uma ideia, somente o Governo Federal concedeu, na última década, cinco anistias (Refis, PAES, Refis III, “Refis da Crise”...). Por esta razão, há na Justiça muitos casos de processos tributários que se arrastam por anos, e, já perto do desfecho, o autor desiste da ação para aderir aos termos de anistia fiscal concedida.

Como causa de abusividade de natureza protelatória, deve ser mencionada, ainda, a intenção de prolongar, ao máximo, os efeitos de uma decisão provisória favorável à parte. É o caso, por exemplo, de um devedor de financiamento habitacional que obtém liminar determinando redução no valor da prestação mensal a ser paga ao agente financiador.

Advogados remunerados por valor mensal fixo por processo também têm tendência a praticar atos processuais protelatórios; e, conforme observado por Rachlinski (1996), alguns chegam a impedir acordos que colocariam fim ao processo de forma favorável a seus constituintes, manipulando a percepção destes acerca de potenciais ganhos. Na Justiça Federal, verifica-se esta situação decorrente da assimetria de informação na prática de “associações de mutuários” e escritórios de advocacia voltados para ações de massa – felizmente, uma pequena minoria de ambos – que convencem os clientes a não comparecer a audiências de conciliação. Dessa forma, os mutuários sequer tomam conhecimento das propostas do agente financeiro para liquidação do contrato com descontos substanciais ou refinanciamento em termos vantajosos.

Cabe salientar que – apesar de o CPC considerar litigância de má-fé a oposição de resistência injustificada ao andamento do processo ou a apresentação de recurso com intuito protelatório – é rara a aplicação de penalidades para partes que agem desta forma. As razões para a baixa frequência de sanções são a inocuidade decorrente do baixo valor da penalidade e a dificuldade no andamento processual gerada pelo incidente de aplicação da multa.

6.4 PROCESSO COMO FIM EM SI MESMO E PROCESSOS COM FINS ILÍCITOS

Uma modalidade de abuso não tão frequente, mas igualmente perniciosa, ocorre quando a razão principal – senão única – do ajuizamento do processo é prejudicar a parte contrária. Isso porque responder a qualquer ação de natureza civil ou penal pode ser uma experiência desagradável no Brasil, independentemente de haver ou não fundamento nas alegações da parte autora. Com efeito, transtornos psicológicos, dispêndios elevados com a defesa e desgastes na imagem do réu (especialmente empresas e homens públicos) são praticamente inevitáveis no curso do processo.

Por outro lado, imagine-se uma reclamação trabalhista em que há conluio entre empregado e empregador e cuja verdadeira finalidade é forjar tempo de serviço para antecipar a aposentadoria do reclamante ou um processo de guarda de menor com o único fim de pôr a criança na condição de dependente e, por conseguinte, pensionista do autor. Exemplos hipotéticos de propositura de ações judiciais para a consecução de objetivos ilegais não faltam.

O assunto certamente é relevante para discussão no campo do Direito Penal. Para o tema aqui abordado, entretanto, estas formas de utilização abusiva dos serviços prestados pelo Poder Judiciário têm pouco interesse, já que o número de processos é pequeno em comparação com a quantidade de ações enquadáveis nas demais modalidades de abuso. A menção é feita, portanto, apenas a título de registro.

6.5 ABUSIVIDADE REFLEXA

Grandes empresas fornecedoras de produtos e serviços integram o polo passivo de parcela significativa dos feitos em tramitação no Judiciário brasileiro. Para se ter uma ideia da dimensão da questão, segundo dados do Tribunal de Justiça, as cinco empresas mais acionadas em 2009, no Estado do Rio de Janeiro (bancos e concessionárias de serviços públicos) tiveram,

em um ano, mais de 120 mil ações contra elas propostas somente nos juizados especiais cíveis (de apenas um dos estados da Federação).

Por mais que se leve em conta tudo o que foi dito acima sobre litigância inconsequente – e, certamente, entre essas mais 120 mil ações, há processos de objeto inconsistente –, tais números traduzem de forma inexorável políticas empresariais deliberadas de desrespeito aos direitos do consumidor. Mas, se é evidente que os réus em nada se beneficiam com a propositura desse tipo de ação judicial, por que dizer que há, na situação relatada, abuso na utilização dos serviços do Poder Judiciário?

A resposta é simples. O planejamento estratégico das empresas que não primam pelo respeito ao consumidor considera mais lucrativa esta política. Isto porque as lesões a direitos, do ponto de vista dos prejudicados, são de pequena monta e, por conseguinte, os consumidores que levam adiante a insatisfação com o produto ou serviço, propondo ações judiciais, são poucos perto do número total de insatisfeitos². Lembremos do caso hipotético do comprador da lanterna defeituosa de R\$ 10,00, que, diante do reduzido valor de seu prejuízo, dificilmente vai ao Judiciário em busca da reparação do dano.

Resumidamente, sai mais barato fazer acordos com os relativamente poucos que vão a juízo ou pagar os valores decorrentes das sentenças do que investir na melhoria da qualidade do atendimento ou do produto. De forma irônica, pode-se dizer que o Poder Judiciário – sem esquecer os Procons – funciona como o verdadeiro SAC (serviço de atendimento ao cliente/consumidor) dessas empresas. A abusividade reflexa em relação aos serviços de prestação jurisdicional salta aos olhos.

Em princípio, para coibir esta forma de abuso e forçar as empresas a investir para elevar o grau de satisfação dos consumidores bastaria que os magistrados aumentassem os montantes das condenações, especialmente as originadas de danos morais. De fato, a majoração substancial do valor esperado de perda advinda de cada ação judicial tornaria anti-econômicas as mencionadas políticas de desrespeito planejado. Porém os juízes resistem em adotar esta medida para evi-

tar o enriquecimento sem causa – o que ocorreria, por exemplo, numa condenação de R\$ 10.000,00 em decorrência de uma cobrança indevida de R\$ 20,00 – e, principalmente, para não estimular ainda mais a indústria do dano moral. Não é tarefa fácil, pois, dosar os parâmetros da condenação, a fim de obter os resultados desejados (redução dos abusos com os consumidores) sem efeitos colaterais (aumento da litigância).

É intuitivo que os baixos custos de litigar e a inexistência de despesas em caso de sucumbência (risco = zero) contribuem para o aumento do número de ações judiciais, especialmente no que tange à litigância inconsequente.

A solução do problema seria obrigar as rés, a cada acordo judicial ou sentença condenatória, a pagar determinado valor, proporcional ou progressivo (em função do número de condenações), aos fundos de proteção ao consumidor. Desta forma, o dispêndio médio das empresas por processo judicial tornar-se-ia mais elevado, sem que se criassem estímulos para a propositura de novas ações. Nessas circunstâncias, passaria a ser mais vantajoso investir para aumentar a satisfação dos consumidores, razão pela qual, num segundo momento, o número de ações se reduziria. Evidentemente, a adoção de tal medida passa pela alteração da legislação, já que não há previsão em lei para esta espécie de condenação.

7 QUANTIFICAÇÃO

Nos itens anteriores, o presente trabalho apresentou alguns dados e ilustrou situações de abuso com exemplos teóricos ou concretos. Todavia, até aqui, a abusividade na utilização do Poder Judiciário foi abordada essencialmente sob o aspecto qualitativo.

É intuitivo que os baixos custos de litigar e a inexistência de despesas em caso de sucumbência (risco = zero) contribuem para o aumento do número de ações judiciais, especialmente no que tange à litigância inconsequente. Porém, quantificar esta relação – apurando-se, por exemplo, a elasticidade-preço da demanda por ações judiciais (tal variável representa a reação dos consumidores a mudanças no preço de um bem, ou seja, na situação proposta, o objetivo seria medir a sensibilidade dos

jurisdicionados a variações no valor dos custos de ajuizamento das ações judiciais) – revela-se tarefa complexa, diante dos outros inúmeros fatores capazes de influenciar a tomada de decisão sobre a propositura de uma lide.

Desconhece-se a existência de trabalhos sobre o tema no Brasil. Assim, o que segue abaixo é apenas uma metodologia embrionária de quantificação da abusividade na utilização do Poder Judiciário,

metodologia esta que, espera-se, seja futuramente aprimorada, a fim de que se possa estimar com mais precisão a real dimensão do problema.

Resumidamente, foram observadas todas as cerca de 2.000 sentenças proferidas por três varas federais cíveis do Rio de Janeiro, de março a outubro de 2008, sendo computadas apenas aquelas referentes a mandados de segurança, ações de rito ordinário e sumário e ações cautelares ajuizadas por particulares contra o Poder Público. As sentenças consideradas – um total de 1.533 – foram classificadas quanto a autor (pessoa física ou jurídica), rito (mandado de segurança, ordinário, sumário e cautelar), gratuidade de justiça, mérito (procedente, parcialmente procedente, improcedente e sem mérito) e objeto (repetitivo e não repetitivo). Paralelamente, foram classificadas as sentenças de embargos de devedor opostos pelo Poder Público contra particulares (total de 178). Em seguida, os mais relevantes resultados obtidos.

7.1 GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Do total de 1.223 ações propostas por pessoas físicas, a gratuidade foi concedida em 767 (62,71%). Isto significa que, em apenas 37,29% dos processos, houve recolhimento de custas e os autores se dispuseram a correr os riscos da sucumbência.

Interessante observar que, nos mandados de segurança, tipo de ação em que não há pagamento de honorários de sucumbência, o percentual de gratuidade processual é significativamente inferior ao das outras espécies.

Número e percentual de ações de pessoas físicas com e sem gratuidade de justiça por rito processual

	Com Gratuidade	Sem Gratuidade	Totais (100%)
Mandado de Segurança	82 (42,49%)	111 (57,51%)	193
Demais Ações	685 (66,50%)	345 (33,50%)	1.030
Total	767 (62,71%)	456 (37,29%)	1.223

Fonte: elaboração própria.

Saliente-se que o percentual apurado de ações em que a parte autora pessoa física recolhe custas e corre riscos de ter despesas se sair derrotada (37,29%) certamente se reduziria para menos da metade se fossem incluídas na observação as sentenças prolatadas nos juizados especiais, onde não há custas nem honorários de sucumbência. Diante de tais números, parece evidente que boa parte dos jurisdicionados que se beneficiam do instituto da gratuidade – ao contrário do que declaram – teria condições de arcar com as despesas processuais sem maiores prejuízos para seu sustento. Isto porque são muitos os processos propostos na Justiça Federal por servidores públicos civis, oficiais das Forças Armadas, contribuintes do imposto de renda, titulares de aplicações financeiras, enfim, categorias em relação às quais não faz sentido presumir condições de hipossuficiência econômica.

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. Tal contribuição resta evidente na seguinte tabela:

Conforme se observa, a percentagem das sentenças de procedência, nas ações ajuizadas por pessoas físicas em que não há gratuidade de justiça (23,02%), é bastante próxima da referente às sentenças proferidas nas ações de pessoas jurídicas (24,51%). O percentual, todavia, é mais do que o dobro do referente aos processos em que há gratuidade de justiça (11,34%). Portanto, um processo qualquer ajuizado por pessoa física em que há pagamento de custas, escolhido aleatoriamente, teria probabilidade mais de duas vezes maior de ter o autor vencedor do que outro com gratuidade de justiça, selecionado da mesma forma.

Os percentuais de êxito e insucesso da parte autora apresentados na tabela acima constituem forte indicativo do grau de frivolidade e inconsistência das ações com gratuidade propostas na Justiça Federal. Muitas são, como dito, verdadeiras apostas gratuitas, nas quais os autores não têm nada a perder.

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.

7.2 AÇÕES REPETITIVAS E AÇÕES COLETIVAS

Grande parte das ações judiciais tem por objeto situações repetitivas, com pedidos e causas de pedir já apreciadas ante-

Número e percentual de sentenças em ações de pessoas físicas com e sem gratuidade de justiça e de pessoas jurídicas por resultado

	Procedência	Procedência parcial	Improcedência	Sem mérito	Totais (100%)
Pessoa jurídica	76 (24,51%)	74 (23,87%)	92 (29,67%)	68 (21,94%)	310
Pessoa física sem gratuidade	105 (23,02%)	116 (25,44%)	161 (35,31%)	74 (16,23%)	456
Pessoa física com gratuidade	87 (11,34%)	143 (18,64%)	358 (46,68%)	179 (23,33%)	767

Fonte: elaboração própria.

riormente pelo magistrado. Por tal razão, as discussões sobre reformas das leis processuais têm dado destaque à necessidade de se priorizarem as ações coletivas, o que poderia reduzir a quantidade de ações propostas.

Como se sabe, as vias das ações coletivas são pouco utilizadas no Brasil. Assim, o número de sentenças coletivas observadas no trabalho de quantificação realizado não poderia mesmo ser alto: em oito meses de produção das três varas federais, havia apenas sete sentenças referentes a ações coletivas.

No entanto, a redução no número de processos ajuizados não seria significativa se, simultaneamente ao aumento do grau de coletivização das lides, não fosse combatida a litigância inconsequente. Isto porque a pacificação célere e eficiente das controvérsias jurídicas – efeito da priorização dos processos coletivos – não eliminaria o efeito multiplicador de processos e a indústria de ações judiciais; haveria apenas deslocamento das ações inconsistentes, que não mais seriam propostas como processo de conhecimento e sim diretamente na fase de execução. E os abusos são constantes também nesta etapa processual.

Para demonstrar que apenas a pacificação das questões de direito não acarreta significativa redução das ações ditas de massa foram contadas e classificadas separadamente as sentenças referentes aos três temas pacificados com o maior número de processos na Justiça Federal em 2008: a) FGTS (expurgos e juros progressivos); b) expurgos de poupança³ e cruzados novos bloqueados; c) índice de 28,86% devido a militares e servidores civis. **Apenas esses três assuntos somados representaram 35,15% das sentenças prolatadas** em ações ordinárias, cautelares, sumárias.

Se não houvesse apostas gratuitas e outras formas de abusividade, o índice de procedência desses processos em que não existe controvérsia jurídica seria próximo de 100%, pois somente ajuizariam a ação aqueles que fizessem jus aos direitos já reconhecidos pelo Poder Judiciário e até pela Administração. Não foi este, entretanto, o resultado encontrado.

Número e percentual de sentenças em ações de pessoas físicas repetitivas e não repetitivas por resultado

	Procedência	Procedência parcial	Improcedência	Sem mérito	Totais (100%)
Repetitivas	49 (13,54%)	88 (24,31%)	155 (42,82%)	70 (19,34%)	362
Não repetitivas	72 (10,78%)	157 (23,50%)	301 (45,06%)	138 (20,66%)	668
Total	121 (11,75%)	245 (23,79%)	456 (44,27%)	208 (20,19%)	1.030

Fonte: elaboração própria.

Conforme se observa, o índice de procedência das ações repetitivas é pouco superior ao das demais ações. Por sua vez, os percentuais de improcedência e extinção sem mérito são um pouco inferiores. Ainda assim, mais de 60% dessas ações – apesar de não mais haver quaisquer controvérsias jurídicas a serem dirimidas – não trouxeram benefício algum para seus autores. O desperdício de recursos do Poder Judiciário, que poderia estar julgando processos mais relevantes, é evidente. Como explicado anteriormente, a desinformação e a ausência de risco de sucumbência são as principais causas da existência desse tipo de ação inconsistente e inútil.

7.3 EXECUÇÕES

Quando o autor sai total ou parcialmente vencedor de seu pleito contra o Poder Público, e a decisão final tem efeitos condenatórios, após o término da fase de conhecimento, torna-se necessária a execução. O Poder Público é, então, novamente citado e, quando há discordância em relação às pretensões da parte exequente opõe embargos de devedor.

Entre março e outubro de 2008, foram prolatadas nas três varas federais um total de 178 sentenças desta espécie de processo, assim classificadas quanto ao mérito do pedido:

Número e percentual de sentenças de embargos de devedor por resultado

Procedência com valor devido = zero	38 (21,35%)
Procedência com valor devido ≠ zero	74 (41,57%)
Procedência parcial	36 (20,22%)
Improcedência	23 (12,92%)
Sem Mérito	7 (3,93%)
TOTAL	178 (100%)

Fonte: elaboração própria.

Pelos números da tabela, percebe-se que há abusos por ocasião da execução contra o Poder Público, já que, em apenas 16,85% (improcedência + sem mérito) dos processos, as pretensões dos exequentes foram consideradas subsistentes na íntegra. Por outro lado, foi constatada a existência de excessos

em 83,14% das execuções, sendo que, em 21,35% das execuções iniciadas, nada havia a executar (valor devido igual a zero). Somente a ausência de riscos de sucumbência pode explicar tamanha inconsistência nos pleitos dos exequentes.

Resumidamente, na fase de execução, poucas são as ações em que não há excessos, fundamentalmente por três motivos: aplicação de juros e atualizações superiores aos determinados; inclusão de períodos não abrangidos pela decisão e utilização de bases de cálculos a maior. Há, inclusive, como já mencionado em relação à questão dos 28,86%, processos sem valor algum a executar, e quais as consequências do ajuizamento deste

tipo de ação para o autor beneficiário da gratuidade de justiça? **Absolutamente nenhuma!**

Também não há consequências para os exequentes beneficiários da gratuidade que iniciam execuções pretensamente milionárias e, ao final, veem reconhecidas como devidas quantias muito inferiores. Isto ocorre porque a jurisprudência majoritária não aceita a possibilidade de revogação do benefício da gratuidade de justiça, especialmente em se tratando de verbas de caráter alimentar, mesmo quando os autores recebem em decorrência da execução valores vultosos. Nessas circunstâncias, nada tem a perder o exequente que infla (deliberadamente ou não) os cálculos dos valores cobrados. Trata-se de mais uma modalidade de aposta gratuita no sistema judicial brasileiro.

8 CONCLUSÕES

Não faz muito tempo, prevalecia no Brasil a concepção de ação judicial apenas como manifestação do individualismo, sendo o acesso ao Poder Judiciário restrito a pequena parcela da população. Com o advento da Constituição de 1988, tal cenário felizmente começou a ser superado. Hoje, todavia, a confusão entre os conceitos de acesso à justiça e acesso ao Poder Judiciário está nos levando para o extremo oposto: a banalização da utilização da via judicial, com a judicialização de questões que deveriam ser solucionadas em outras esferas. O imenso número de processos decorrentes desta banalização torna-se uma das principais causas da lentidão na prestação jurisdicional.

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 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 utilizam.

No momento, procura-se combater a morosidade no andamento das ações com medidas de aumento da produtividade, ao mesmo tempo em que se intensifica o debate sobre reformas nas leis processuais, com vistas à priorização das ações coletivas, à simplificação dos atos processuais e ao estímulo a outras formas de solução de conflitos (acordos, conciliação, arbitragem). Esquece-se, porém, que, quanto mais eficientes se tornam os serviços jurisdicionais, mais cresce a demanda por eles. É o chamado paradoxo da eficiência, já que esta, ao final, acaba gerando ineficiência, em virtude do aumento do número de processos.

Sem dúvida, deve-se buscar sempre o aumento da produtividade e o aprimoramento dos serviços prestados pelo Poder Judiciário, desde que sem prejuízo da qualidade das decisões. Tampouco há controvérsia sobre os benefícios de uma maior utilização das ações coletivas em detrimento das ações individuais ou da realização de acordos conciliatórios para resolver lides efetivas ou potenciais. No entanto, 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.

De fato, a racionalização do instituto da gratuidade processual – com a concessão do benefício somente a quem dele realmente necessita – poderia reduzir significativamente a quantidade de processos frívolos e inconsistentes ajuizados.

Também seria importante, especialmente a fim de reduzir a abusividade nos processos de execução contra o Poder Público, que fosse revisto o entendimento jurisprudencial de que o recebimento de valores em consequência do próprio processo não altera a condição de hipossuficiência anteriormente reconhecida. Dessa forma, passaria a haver riscos para quem, sob o manto protetor da gratuidade processual, “apostasse” na cobrança de valores inexistentes ou acima dos realmente devidos (no mínimo, os cálculos dos exequentes seriam elaborados com maior cuidado).

Outra jurisprudência majoritária, cuja modificação reduziria os abu-

sos na utilização do Poder Judiciário, relaciona-se aos danos morais. De fato, ao entenderem que não é necessária a determinação na petição inicial do valor indenizatório pleiteado, bem como que não caracteriza sucumbência parcial do autor o reconhecimento na sentença de montante devido inferior ao inicialmente pretendido, nossos tribunais estimulam ainda mais as apostas gratuitas em ações reparatórias de danos de caráter moral.

No lado oposto, há a abusividade reflexa, decorrente de estratégia comercial adotada por algumas grandes empresas, especialmente fornecedoras de produtos e serviços. Como visto, estes infratores contumazes do direito ao consumidor utilizam o Poder Judiciário como espécie de SAC, pois é economicamente mais vantajoso arcar com as indenizações da fração de lesados que vai à Justiça do que buscar a satisfação de todos os seus clientes e usuários.

Para que se coíba esta modalidade de abuso, sem estimular o ajuizamento de processos frívolos de danos morais, basta alterarem a lei, para que a sentença que condene ao pagamento de indenização pelo dano perpetrado possa estabelecer, também, obrigação de pagar valores bem maiores em favor de fundos de proteção ao consumidor. Nessas circunstâncias, o dispêndio médio das empresas por processo judicial seria elevado, tornando antieconômica a prática de desrespeito sistemático e deliberado aos direitos do consumidor e, por conseguinte, reduzindo o número de ações ajuizadas.

Em suma, tentou-se demonstrar que há uma série de medidas relativamente simples que, se implantadas, poderiam reduzir a abusividade na utilização dos serviços jurisdicionais, desestimulando o ajuizamento de ações com possibilidade remota ou inexistente de sucesso. Essas medidas devem ser conjugadas com os mencionados esforços de modernização dos serviços e reforma da legislação que têm sido envidados. Com tal conjugação, minimizar-se-iam os efeitos do paradoxo da eficiência, o que propiciaria ao Poder Judiciário aquilo de que ele mais necessita para cumprir sua missão constitucional, ou seja, a efetividade na concretização de direitos.

A finalidade principal do trabalho, porém, foi iniciar a discussão e sugerir

uma nova agenda de discussão. A ampliação do debate e a elaboração de estudos sobre o tema são fundamentais. Dessa forma, seria possível encontrar a melhor sintonia, para que a instituição das necessárias medidas de restrição no acesso ao Poder Judiciário alcance seu mais importante objetivo: a ampliação do acesso à justiça.

NOTAS

- 1 Calcula-se o valor esperado ou esperança matemática de uma variável aleatória multiplicando-se cada um dos resultados possíveis pela probabilidade de aquele resultado ocorrer, e, então, adicionando-se todas essas multiplicações. Por exemplo, o valor esperado do lançamento de um dado não viciado é igual a 3,5, já que cada face tem probabilidade de 1/6. Assim, $(1 \times 1/6) + (2 \times 1/6) + (3 \times 1/6) + (4 \times 1/6) + (5 \times 1/6) + (6 \times 1/6) = 3,5$.
- 2 Se mais de 120 mil consumidores do Estado do Rio de Janeiro propuseram, nos juizados especiais, ações contra essas empresas em 2009, quantos outros não foram por elas prejudicados mediante práticas como cobranças indevidas, falhas nos serviços, recebimento de produtos não solicitados etc.?
- 3 Em 2008, a CEF chegou a fazer acordo para pagamento de índices de poupança; porém em 2010, o STF reabriu a discussão em recurso extraordinário da Febraban.

REFERÊNCIAS

- BEBCHUK, L. A. Litigation and settlement under imperfect information. *Rand Journal of Economics*, Santa Monica, v. 15, p. 404-415, 1984.
- BUCHANAN, J. M. *Cost and choice: an inquiry in economic theory*. Chicago: The University of Chicago, 1969.
- CAMPOS, A. G. *Sistema de justiça no Brasil: problemas de equidade e efetividade* (texto para discussão n. 1.328). Brasília: IPEA, 2008.
- CAPELLETTI, M.; Garth, B. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.
- COASE, R. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário*. Brasília: CNJ, 2008.
- _____. *Justiça em números: série histórica: todos os ramos (2004 - 2008)*. Brasília: CNJ, 2009.
- DIAS, J. A. (Coord.) *Os custos da justiça: actas do colóquio internacional*. Coimbra: Almedina, 2005.
- FIX-FIERRO, H. *Courts, justice and efficiency: a socio-legal study of economic rationality in adjudication*. Oxford: Hart Publishing, 2004.
- GALDINO, F. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GEORGAKOPOULOS, N. L. *Principles and methods of law and economics: basic tools for normative reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- HARDIN, G. The tragedy of the commons. *Science*, Washington, v. 162, n. 3.859, p. 1243-1248, 1968. Disponível em: <http://www.garretthardinsociety.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.html>. Acesso em: 18 jun. 2010.
- KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A. Prospect theory: an analysis of decisions under risk. *Econometrica*,

Maden, v. 47, p. 263-291, 1979.

KATZ, A. Measuring the demand for litigation: is the English rule really cheaper? *Journal of Law, Economics, & Organization*, Oxford, v. 3, p. 143-176, 1987.

MARCELLINO JÚNIOR, J. C. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Florianópolis: Habitus, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Diagnóstico do poder judiciário*. Brasília, 2004.

MORAIS DA ROSA, A.; LINHARES, J. M. A. *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NEUMANN, J.; MORGENSTERN, O. *Theory of games and economic behaviour*. Princeton: Princeton Press, 1953.

PATRICIO, M. C. T. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.

POSNER, R. A. *Economic analysis of law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

RACHLINSKI, J. J. Gains, losses, and the psychology of litigation. *Southern California Law Review*, California, v. 70, n. 1, p. 113-185, 1996.

REINGANUM, J.; WILDE, L. L. Settlement, litigation, and the allocation of litigation costs. *Rand Journal of Economics*, Santa Monica, v. 17, p. 557-566, 1986.

RHEE, R. J. A price theory of legal bargaining: an inquiry into the selection of settlement and trial under uncertainty. *Emory Law Journal*, v. 56, n. 3, p. 619-692, 2006.

SADEK, M. T. A. Poder judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, Campinas, v. 10, n. 1, 2004.

SHAVELL, S. *Economic analysis of litigation and the legal process: working paper 9697*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2003.

SILVEIRA, F. R. *Morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2007.

Artigo recebido em 24/3/2011.

Artigo aprovado em 19/4/2011.

Fabio Tenenblat é juiz federal no Rio de Janeiro.