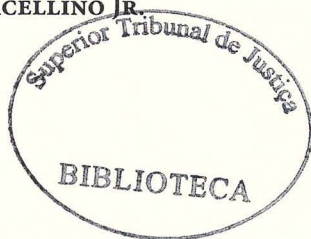


JULIO CESAR MARCELLINO JR.



**ANÁLISE ECONÔMICA  
DO ACESSO À JUSTIÇA:  
DILEMAS DA LITIGÂNCIA PREDATÓRIA  
E INAUTÊNTICA**

**2ª EDIÇÃO**

**Prefácio do Prof. Dr. Teori Zavascki**  
Ministro do Supremo Tribunal Federal



**EMais**  
Editora & Livraria Jurídica

Academia

347.921,8:33

M313a

J.W.



Copyright© 2018 by Julio Cesar Marcellino Junior

Conselho de Administração

Gabriel Annoni Cardoso  
Marlom Formigheri

Editora-Chefe

Jéssica Gonçalves

Capa e Diagramação

Carla Botto de Barros

### CONSELHO EDITORIAL

Aldacy Rachid Coutinho – UFPR

Jéssica Gonçalves – UFSC

Alexandre Moraes da Rosa – UFSC e Univali

Jorge Bheron Roche – Unifor

Alfredo Copetti Neto – Unioeste e Unijui

Juan Carlos Vezzulla – IMAP-PT

Ana Claudia Bastos de Pinho – UFPA

Julio Cesar Marcellino Jr. – UNIVALI

Claudio Ladeira de Oliveira – UFSC

Luiz Henrique Cademartori – UFSC

Claudio Melim – Univali

Márcio Ricardo Staffen – Imed-RS

Daniela Villani Bonaccorsi – Imed

Maria Claudia da Silva Antunes de Souza – Univali

Denise Schmitt Siqueira Garcia – Univali

Orlando Celso da Silva Neto – UFSC

Diogo Rudge Malan – Uerj, UFRJ e

FGV DIREITO RIO

Pedro Miranda de Oliveira – UFSC

Eduardo de Avelar Lamy – UFSC

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino – Imed

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto – UFSC e Univali

Roberto Miccu – Universidade de Coimbra-PT

Gabriel Real Ferrer – Univali e Universidad de Alicante-ES

Thiago Fabres de Carvalho – FDV

Gisela França da Costa – Estácio de Sá-Unesa, Uerj e Emerj

Thiago M. Minagá – UFRJ, Unesa e ABDConst-Rio

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BIBLIOTECA M. OSCAR SARAIVA	DATA	21/01/21
	Nº	1153806

1153806

### FICHA CATALOGRÁFICA

M314 Marcellino Junior, Julio Cesar  
Análise econômica do acesso à justiça: dilemas da litigância predatória e inautêntica / Julio Cesar Marcellino Junior. \_\_ 2. ed. \_\_ Florianópolis: EMais, 2018.

258 p.  
Inclui bibliografias.

ISBN: 978-85-94142-32-0

1. Direito. 2. Acesso à justiça. 3. Direito – Aspectos econômicos. I. Título.

Biblioteca: Yara Menegatti – CRB 14/488

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e seus §§ 1º, 2º e 3º, Lei da Lei 10.695 de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).



EMais  
Editores & Livraria Jurídica

Todos os direitos desta edição reservados à EMais.

www.emaiseditora.com.br  
euquero@emaiseditora.com.br  
Florianópolis/SC

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

## PREFÁCIO

A história mostra que cada sociedade possui um ciclo civilizatório próprio, cadenciado pelas circunstâncias políticas, econômicas, sociais e culturais. A despeito de suas singularidades, há determinadas nações que compartilham problemas típicos de um mesmo estágio de desenvolvimento. É o que sucede, em alguns aspectos, com os países latino-americanos. Durante todo o século passado, um dos grandes desafios coletivos por eles enfrentados foi o da universalização de direitos, sobretudo os de caráter social. Embora ainda (e infelizmente) não se possa dizer que essa etapa tenha sido vencida, o relativo êxito na expansão de algumas ações de utilidade social tem deslocado paulatinamente o foco das políticas públicas para objetivos de outra dimensão, relacionados à qualidade com que as correspondentes prestações são disponibilizadas ao cidadão.

Esse é o caso do acesso à justiça, proclamado por muitos juristas como o mais importante dos direitos humanos fundamentais, dado o seu especialíssimo caráter de direito-condição (ou via de acesso) para a efetivação das demais prerrogativas da cidadania. Embora a universalização do acesso à justiça seja um projeto ainda incompleto por aqui—o que se deve, em grande parte, às dimensões continentais do território nacional—, o Brasil empreendeu grandes avanços nessa direção, obtidos por meio de medidas legislativas e executivas implementadas ao longo das últimas décadas, tais como a garantia de assistência jurídica aos financeiramente desamparados (Lei 1.060/50 e instalação das defensorias públicas após a Constituição Federal de 1988), a expansão da legitimidade processual de sindicatos e associações para o patrocínio coletivo de direitos, a consolidação dos Juizados Especiais, entre outras.

Não há dúvidas de que a ampliação da cobertura dos serviços judiciários é um dado positivo do desenvolvimento do país, que tende a beneficiar principalmente aqueles que se encontram em situação de

vulnerabilidade social. Por outro lado, a inclusão de um grande número de indivíduos, antes à margem do sistema judicial, liberou uma vasta demanda reprimida e sobrecarregou ainda mais a já atribulada capacidade institucional do Poder Judiciário. Chegou-se, com isso, ao seguinte paradoxo: quanto mais amplo o acesso à justiça, menos satisfatória se tornou a prestação jurisdicional. O aumento do volume de demandas reduziu a aptidão do Judiciário para decidir em tempo adequado, e a demora no processamento das controvérsias passou a operar contra a efetivação do próprio direito material, com evidente risco de agravar a conflituosidade das relações sociais judicializadas.

Com o propósito de alterar essa realidade, a Emenda Constitucional 45/04 incorporou ao catálogo de direitos fundamentais da Constituição Federal o inciso LXXVIII, segundo o qual “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação*”. Porém, sem embargo da existência de alguns avanços, a concretização da garantia de razoável duração dos processos na cena judiciária nacional ainda tem longo caminho a percorrer.

O presente estudo doutrinário de Júlio César Marcellino Júnior, apresentado como tese de doutoramento junto ao programa de pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina, tem o mérito de jogar luzes inovadoras sobre esse estado de asoberbamento do Poder Judiciário. Partindo da premissa de que o Judiciário atravessa uma crise de sobrecarga que decorre, em boa medida, do generoso modelo de abertura jurisdicional positivado pela legislação brasileira, o autor oferece um competente visão interdisciplinar a respeito do fenômeno da litigância abusiva. E, após dialogar com paradigmas de racionalidade que buscou na ciência econômica, o livro apresenta uma proposta de superação desse estado patológico de “excesso de acesso”, que culmina num interessante convite ao consequencialismo jurídico.

Organizada em cinco capítulos, a obra principia com um mergulho descritivo pelos estágios do capitalismo, promovendo um resgate histórico da relação entre mercado e Estado, para evidenciar como este último foi assimilando sucessivas concepções privatísticas de produtividade para implantá-las nos domínios da governança pública. Com destaques para a leitura contemporânea de Naomi Klein – que enxerga no capitalismo uma lógica movida por desastres, apoiada na dinâmica de violência gerada pelas crises



para respaldar novas condições de aproveitamento das oportunidades de mercado—de Von Hayek e Milton Friedman—cujas pesquisas estabeleceram a base do pensamento neoliberal e propagaram o conceito de ação eficiente –, o autor demonstra como o discurso do eficientismo se generalizou no imaginário coletivo como solução moralizante para a gestão pública.

No capítulo subsequente, tem lugar uma substantiva incursão pela concepção teórica estadunidense, que ganhou notoriedade mundial por abordar o Direito a partir de uma plataforma essencialmente econômica. São apresentados os fundamentos básicos dos grandes pensadores do *Law and Economics*, com referências a escolas clássicas do movimento, como a de Chicago (Ronald Coase), a neoinstitucional (Henry Carter Adams, Thorstein Veblen), a da escolha pública (James M. Buchanan) e os estudos de crítica jurídica (Duncan Kennedy).

O marco teórico adotado pela obra, contudo, é a abordagem conceitual proposta por Richard Posner, que trabalha fundamentalmente com uma filosofia de pragmatismo do cotidiano, incorporando a utilização da teoria microeconômica no Direito para incrementar o perfil técnico-científico da disciplina jurídica. O livro expõe de modo bastante minucioso como o raciocínio posneriano situa a “maximização de riqueza” como uma espécie de centro ético-valorativo do direito e como essa leitura do sistema resulta numa compreensão de justiça como um juízo de “melhor eficiência distributiva”, em que o custo-benefício surge como critério objetivo central da atividade hermenêutica. O papel do juiz, nessa perspectiva, seria o de atuar sobre as adversidades – externalidades – eventualmente surgidas na sociedade mediante uma análise consequencialista do problema, para reconduzir as partes em litígio ao equilíbrio que a lógica do mercado previsivelmente estabeleceria.

Depois de recorrer aos préstimos científicos das escolas da análise econômica do Direito, o autor entabula uma análise mais estritamente jurídica a respeito do acesso à justiça, no intuito de demonstrar que a percepção tradicional desse Direito, baseada sobretudo na gratuidade do acesso, não logrou conferir maior efetividade ao sistema judicial. Esse é o objeto do quarto capítulo. Ganha espaço, aqui, uma recapitulação das bases e conclusões do Projeto de Florença, empreendimento científico capitaneado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth na década de 1970, que se propôs a examinar sob um enfoque multidisciplinar as experiências de acesso à justiça ao redor do planeta. O livro detalha como a Constituição

Federal de 1988 encampou boa parte das “ondas renovatórias” tidas como essenciais para o aprimoramento do acesso à justiça – a garantia de prestação jurisdicional aos desfavorecidos, a ampliação da tutela coletiva de direitos e a simplificação de procedimentos judiciais – e ainda foi além, contemplando uma acepção material da cláusula de proteção judicial. O capítulo também contém descrição sobre a evolução do modelo de gratuitidade de acesso ao Judiciário praticado no Brasil além de uma análise sobre as vantagens e as desvantagens da mentalidade gerencial (centrada numa visão de eficiência instrumentalizada por metas de resultado), que o Conselho Nacional de Justiça tem buscado implementar na administração da justiça brasileira para torná-la mais produtiva.

A proposição final da tese é revelada no quinto e derradeiro capítulo. Segundo ela, nem as conclusões alvitradas pelo Projeto de Florença, nem o gerencialismo incentivado pelo CNJ foram suficientes para garantir a plenitude do direito de acesso à justiça, porque não atacaram o principal inconveniente do sistema judiciário brasileiro, a litigância abusiva. Esse fenômeno, que é subdividido em litigância frívola (processos com pouquíssimas chances de êxito ou com proveito final inferior aos custos do processo) e habitual (demandas repetitivas), decorreria do modelo de exercício do direito de ação atualmente vigente, que prioriza a liberdade mediante o estabelecimento de poucas condições de ingresso em juízo (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade e interesse de agir).

O que se afirma é que esses aspectos tornariam a jurisdição brasileira excessivamente tolerante com os maus litigantes, o que provocaria um estado de congestão judiciária quase impossível de ser debelado. A solução para vencer essa disfuncionalidade passaria pela entrega aos juízes de um papel mais ativo no controle da admissibilidade das demandas. Essa transformação poderia ser alcançada tanto pela adoção de uma postura hermenêutica consequencialista, lastreada numa interpretação extensiva do art. 285-A do Código de Processo Civil, como pela via legislativa, mediante a positivação de uma técnica de contenção do exercício abusivo do direito de ação calcada em categorias de frivolidade e habitualidade, pensadas com base num critério de custo-benefício.

A tese formulada por Júlio César Marcellino Júnior materializa uma iniciativa admirável na busca por uma forma de tornar a prestação jurisdicional um instrumento de cidadania mais verdadeiramente efetivo. O

grande trunfo deste estudo se deve certamente ao alto grau de perceptividade do autor, que logrou captar, com agudeza invulgar, como uma política judiciária de gratuidade sem limites pode gerar estímulos indesejados, causando uma espécie de “histeria coletiva de judicialização”, altamente pernicioso ao funcionamento do Poder Judiciário, já que o impede de produzir composições minimamente satisfatórias para as partes que buscam a sua tutela. Em suma, além de oferecer um alentado testemunho sobre como o Poder Judiciário se tornou a principal vítima de sua própria receptividade, a presente obra apresenta uma resposta inovadora para o desafiador problema do acesso à justiça, contribuindo, desse modo, para abrir caminhos novos à concretização desse direito fundamental.

### **Teori Albino Zavascki**

Ministro do Supremo Tribunal Federal