

REVISTA

CNJ

Volume 1 - dezembro 2015



Juizados Especiais

20 anos da Lei 9.099/95: reflexões, desafios e propostas de políticas judiciárias

ENTREVISTA

Corregedora Nancy Andrichi defende a retomada da simplicidade e informalidade nos Juizados Especiais

ARTIGOS

Seis artigos aprofundam o debate sobre os Juizados Especiais e os principais desafios da atualidade

DECISÕES

CNJ apresenta as principais decisões do plenário no ano de 2015

ARTIGOS

Ações repetitivas nos juizados cíveis: precisão na quantificação de danos e julgamento por amostragem

Por Claudia Cristina Cristofani

Resumo: Ações indenizatórias que versam sobre eventos que afetam grande número de consumidores têm destacada presença nos Juizados Especiais Cíveis, como demonstra a pesquisa do CNJ sobre o tema. A quantificação judicial de danos não aferíveis de plano, em litígios de massa ou decorrentes da economia de escala, além de consumir recursos sociais, desafia, a um só tempo, a isonomia dos resultados jurisdicionais e a finitude da (congestionada) estrutura judiciária. Propõe-se a readequação do grau de precisão, ou de busca de exatidão, na quantificação judicial destes prejuízos, por meio da adoção de tabelas de valores médios, elaboradas com rigor estatístico, segundo variáveis jurídicas extraídas de julgamentos-amostra ou de acervo jurisprudencial pretérito – desde que presente a homogeneidade e quando a dissuasão de comportamentos ilícitos não depender de acentuada precisão. Danos médios podem ser dispostos em faixas e as circunstâncias particulares não parametrizadas podem ser consideradas em casos concretos, partindo-se do valor médio e circunscrevendo-se a elas o âmbito da controvérsia. Com isso, espera-se distribuição mais eficiente do serviço público de resolução de disputas; decréscimo do congestionamento judicial e dos custos relacionados ao litígio e aumento da probabilidade de incidência sancionatória, da isonomia dos resultados e do planejamento qualitativo da litigiosidade, mediante o incentivo ao aforamento de demandas sublitigadas, relativas a direitos que necessitem de desenvolvimento, como o concorrencial.

PALAVRAS-CHAVE: Precisão na Jurisdição; quantificação de danos; custos sociais do litígio; danos médios.

KEYWORDS: Law & Economics; judicial accuracy; damage determination; deterrence; social costs.

Introdução

A existência de fantástico estoque de processos judiciais, um para cada dois cidadãos brasileiros,¹ agregada às dificuldades para o julgamento eficiente das causas singelas,² especialmente as derivadas de “relações jurídicas que se formam na cadeia da produção e consumo em massa de bens e serviços”,³ constitucionalmente atribuídas a tribunais céleres (Juizados Especiais Cíveis), compõe cenário judicial com contornos de tragicidade.⁴

Entre os produtos dessa congestão, está o aumento do

custo do litígio⁵ para aqueles indivíduos que tiveram seus direitos lesados, uma vez que o decurso do tempo se caracteriza como custo.⁶ Quanto maior a demora para o julgamento da disputa e para o cumprimento do julgado, maior o custo de médio prazo para manter a demanda em trâmite, com efeitos negativos no exercício do direito constitucional de ação. Se é verdade que a decisão de ingressar em juízo ocorre quando o autor puder confiar que o proveito esperado do processo irá superar os seus custos econômicos,⁷ o acentuado custo temporal levará menor número de autores a optar por aforar demandas.

- BRASIL. CNJ. *Justiça em Números: 2013, ano-base 2012*. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>. Acesso em: 24 maio 2014, p. 305). No ano de 2012 o estoque de processos em tramitação no Brasil somava 92.234.282.
- Como pode ser visto em: BRASIL. CNJ. *Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis: Relatório de Pesquisa*. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/poder-judiciario/Diagnostico_sobre_Juizados%20verso%20chamada%20pblica.pdf>. Acesso em: 24 maio 2014.
- RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 30-38.
- A ‘tragédia’, aqui, equivale à congestão, que atrapalha as finalidades dos serviços públicos judiciários, identificáveis como baldios. Os baldios compartilham de algumas características: “bens que, sendo de acesso livre, ou de acesso dificilmente restringível, contudo geram, entre aqueles que a eles têm acesso, problemas de rivalidade no uso, no sentido de que a utilização que é dada por cada um pode conflitar, ao menos a partir de certo nível de intensidade, com a utilização que fica disponível para os demais” (ARAÚJO, Fernando. *A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema econômico do nível ótimo de apropriação*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 61-109.). No caso dos serviços judiciais, o a) livre acesso, que gera incentivos para a sobreutilização dos tribunais (sob o ponto de vista do jurisdicionado, é racional ampliar a utilização do Poder Judiciário, ainda que para se expor a chances aleatórias ou adiar a satisfação de compromissos, por vezes incentivado por decisões randômicas e subsídios de custos de acesso), combinado com a b) rivalidade de uso (litigantes competem entre si pela atenção do julgador), resulta em problema endêmico de c) congestionamento da estrutura judicial (exaustão), d) em detrimento de sua função pública originalmente assinalada, de prestação jurisdicional efetiva. Ainda como ensina Araújo (obra citada, p. 61-62), o termo ‘tragédia’ foi empregado pelo ecologista Garrett Hardin, que tratou do tema pioneiramente em 1968, no artigo intitulado *The Tragedy of the Commons*. Aludindo à “solemnity of the remorseless working of things” (Alfred North Whitehead), ou “à imutabilidade de uma situação indesejada”, a definição remete à “consequência extrema de congestionamento e colapso na utilização de recursos [comuns]”. A exaustão pode refletir o colapso de coordenação.
- O congestionamento dos serviços judiciais amplia também outros custos indiretos, como os decorrentes da incapacidade administrativa, da burocracia (red tape), da incerteza, do erro judicial etc.
- Custos são entendidos no sentido econômico, englobando desde o desembolso monetário até às utilidades sacrificadas em virtude do processo judicial, como o lazer que as partes deixarão de fruir pela opção de se ocuparem com a demanda. Incluem-se nessa equação, portanto, além do tempo, os custos de oportunidade, ou “o custo econômico de uma alternativa que foi deixada de lado” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. São Paulo: Bookman, 2010. p. 53.).
- Quanto a decisão sobre litigar, autores da Análise Econômica do Direito estabelecem que partes neutras ao risco irão optar por ajuizar demanda quando os custos despendidos forem inferiores à quantificação de suas pretensões jurídicas, ou seja, menores que o valor que o requerente espera receber e maiores dos que o requerido espera ser condenado a pagar (KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Law*. Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper n. 251, fev./1999, p. 46.). Contrariamente, ações frívolas ou temerárias, com valor negativo esperado (negative expected value), podem custar ao requerente mais do que o importe que acredita lhe seja devido, sendo manejadas na expectativa estratégica de ganhos derivados de erro judicial ou da realização de acerto. Ver P’NG, Ivan P.L. *Strategic Behaviour*. In: SUIT; SETTLEMENT; TRIAL. *The Bell Journal of Economics*, v. 14, n. 2, p. 539-550, 1983; BEBCHUK, Lucian A.; KLEMENT, Alon. *Negative Expected-Value Suits*. *Elgar Encyclopedia of Law and Economics*. 2. ed., forthcoming, Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection, Discussion Paper n. 656, dez./2009.

Contando que baixo percentual de ajuizamentos e de condenações, se comparado ao número de lesões jurídicas perpetradas, irá redundar em diminuto índice de responsabilização civil, fornecedores de bens e serviços e outros atores econômicos podem, estrategicamente, optar por decrescer, a níveis subótimos, a tomada de medidas de prevenção de danos a terceiros. A fraqueza coativa estatal é observável e previsível e, quando associada à baixa concorrência e à insuficiência das normas sociais e comerciais em algumas regiões brasileiras, cria ambiente propício à ação oportunista, interferindo negativamente no conjunto de incentivos legais,⁹ uma vez se sabe de antemão ser reduzida a probabilidade de responsabilização.⁹

Dessa forma, pode ser atraente para empresas fornecedoras de serviços considerados essenciais, que naturalmente afetam grande número de consumidores que postulam perante os Juizados Especiais (como os de telefonia, por exemplo), poupar recursos tendentes ao aprimoramento administrativo e tecnológico e à melhoria da prestação contratual e prevenção de danos ao consumidor, ante a expectativa de que apenas ínfimo percentual de usuários postule seus direitos em juízo. Assim, a baixa probabilidade de responsabilização torna a estratégia do descumprimento da regulamentação, que fixa parâmetros de qualidade de atendimento, mais vantajosa que a do seu cumprimento.

De outra parte, mesmo que as agências reguladoras pudessem atingir a excelência na atuação fiscalizadora e coativa, libertas de problemas de captura¹⁰ e de limitações de orçamento e de capacidade administrativa,¹¹ e que houvesse no país ampla proteção concorrencial a promover a seleção de bens e serviços em prol do consumidor, ainda

assim seria inevitável a ocorrência de externalidades negativas, a desafiar a estrutura e a eficiência judiciais. Além disso, sobrevivendo, como natural, o incremento da consciência da população em relação aos seus direitos,¹² não se estará livre de novo topo no número de demandas ajuizadas, aos milhões dada a economia de escala, principalmente indenizatórias.

De qualquer modo, cabe pesquisar tecnologias que gerem maior eficiência judicial e que tornem mais rápida e barata a solução da imensa litigiosidade. Ante os vários enfoques pelos quais é possível pensar a complexa questão, lança-se reflexão, ainda que em nível introdutório, sobre a escolha do grau de precisão da prestação jurisdicional na fixação de danos em litígios de massa, decorrentes da economia de escala, ou em ações geradas por fatos que vitimem grande número de particulares, agrupáveis pelo critério da homogeneidade. Nesse sentido, propõe-se a redução da precisão judicial na quantificação desses prejuízos, mediante a adoção de tabelas de valores médios, produzidas estatisticamente com base em julgamentos-amostra ou no acervo jurisprudencial, com estrito respeito às variáveis jurídicas aplicáveis.

A simplificação do procedimento de quantificação de danos não aferíveis de plano em litígios de massa, individuais ou coletivos, principalmente em demandas de competência dos Juizados Especiais Cíveis, além de contribuir para maior isonomia, estabilidade e certeza jurídica, pode colaborar para a racionalização de custos privados e sociais do litígio, com redução do tempo de tramitação de processos e do congestionamento do sistema judiciário. Além disso, abre-se espaço para o planejamento qualitativo da litigiosidade e o incremento dos efeitos preventivos e dissuasórios da

8. *É possível visualizar a função legal punitiva da seguinte maneira: o Estado, ao concretizar o enforcement legal, insere na conta racional do ofensor uma variável – a punição – que pode ser vista como a adição de um custo ou preço à decisão de desrespeitar a lei, que reduzirá os lucros derivados do ilícito. Muito simplificado, se o ganho oriundo da atividade ilícita de formação de cartel (combinação de preços entre competidores em detrimento dos consumidores) for de R\$ 0,50 por unidade vendida, a sanção, multiplicada pela probabilidade de ser aplicada, deverá superar este ganho ilícito, de modo a reduzir suas vantagens e induzir o cumprimento da lei. Se a sanção for diminuta ou se a probabilidade de sua incidência se aproximar do zero, a sanção legal perderá o seu efeito inibidor.*
9. *Sobre a probabilidade, a Economia Pública parte da suposição de que o agente, ao decidir por violar quaisquer regras legais, seja capaz de, ainda que superficialmente, comparar benefícios e custos da violação, atuando tão somente se preponderantes aqueles. Para inibir ilícitos, a lei deve estabelecer a punição F, fazendo que os custos da infração passem a superar os seus benefícios (B). Na prática, contudo, a superveniência da punição nem sempre ocorre, sendo imposta à razão de determinada probabilidade (p). O ótimo enforcement das regras legais é representado pela equação $pF > B$. Vale dizer, o benefício da violação da lei não pode ser superior ao custo da pena aplicada, multiplicada pela probabilidade de sua aplicação. Baixa probabilidade 'p' indicaria a fraqueza do enforcement estatal para determinado tipo de violação (aparato coativo ineficiente e/ou falta de precisão judicial). Uma vez relacionada a variável "probabilidade da pena" ao cálculo racional do agente, interessante abrir parênteses para prosseguir ainda além: se reduzida a probabilidade da incidência da pena (v.g., por ineficiência do aparato coativo do Estado), seria possível buscar a preservação da inferioridade do benefício 'B' relativamente a 'pF' (ou seja, o desincentivo à violação da lei) por meio do aumento da gravidade das sanções (aumento de 'F'). Elevar sanções 'F' seria um meio menos dispendioso para prover o aumento de 'p' (redução de gastos em fiscalização de comportamentos, julgamento e aplicação de sanções). Conduzindo a ideia ao extremo, teoricamente a maneira mais barata de obter obediência seria combinar penas extremamente pesadas com relativamente baixa probabilidade de sua incidência. Contudo, essa solução apresenta limites inerentes, a começar pelo sentimento de justiça, com a recusa dos Tribunais em impor penalidades excessivas, desproporcionais às condutas perpetradas. Outra razão seria, mal traduzindo, a "evasão sancionatória" (sanction avoidance): o sistema estatal não é capaz de impor sanções fortes porque tais sanções fortes recebem preferencialmente forte antagonismo pelos defendentes. A aplicação das sanções pode ser adiada ou evitada a determinado custo, e o agente estará mais motivado a despendê-lo quanto mais grave a punição prevista: para evitar sanções mais extremadas, o agente estará disposto a desembolsar mais recursos. Podem ser evitadas ou postergadas, v.g., através do protelar do processo, fuga, corrupção, contratação de advogados mais hábeis, intimidação ou captura de testemunhas, falsificação de provas. Supondo que exista um custo a ser despendido para evitar a aplicação de sanções (X), este custo poderá ser usado como uma medida da fraqueza da capacidade administrativa do Estado de obrigar à obediência legal: nenhuma sanção será aplicada se exceder 'X', pois quando a sanção for maior que 'X' o agente irá arcar com este custo para evadir da sanção. (POLISHCHUK, Leonid. Public economics course. Department of Economics, Higher School of Economics. Coursera Org., May/2014, Lecture 3-3-3.3, The role of administrative capacity).*
10. *Governos não operam livres de limitações (orçamentárias, políticas, administrativas), sendo previsível que alguns níveis de operação, recursos e funções sejam capturados por grupos estreitos de interesse, voltando-se então contra a sociedade. O Nobel James Buchanan (Politics without romance, 1979) alertava para os riscos de que um governo não benevolente, com excessivos poderes e instrumentos de tributação, pudesse passar a extrair renda da sociedade em vez de entregar serviços públicos. O Nobel George J. Stigler (The theory of economic regulation, 1971), por sua vez, descreveu que agentes públicos podem ser capturados para que, desvinculados de sua finalidade social, passem a atuar em favor dos interesses privados dos segmentos regulados, detentores de maiores meios, interesses e poderes de imposição em relação ao grupo social. A captura se dá de diversas formas, bastando que o regulador esteja demasiado atarefado para tomar medidas efetivas contra os regulados (o congestionamento do Poder Judiciário constituiria, nesse sentido, espécie de captura); imponha barreiras para entrada de novos concorrentes (efeito De Soto); autorize o reajuste de preços divorciados dos custos ou da realidade inflacionária ou pratique a corrupção (favorecida por quadros técnicos com qualificação e remuneração inferior aos dos regulados), leniência ou procrastinação (abstendo-se de fiscalizar as atividades ou a qualidade das informações prestadas pelos regulados).*
11. *O reduzido nível de deferência com que procede o Judiciário perante medidas tomadas administrativamente (v.g., a concessão de liminar suspendendo providências sancionatórias adotadas em face de lesões a populações consumidoras de serviços públicos) concorre para o enfraquecimento das ações das agências reguladoras.*
12. *Como exemplo, brasileiros ainda não estão despertados para a defesa de seus direitos à livre competição (antitruste), havendo ampla margem para responsabilização de empresas por meio de ações movidas pelo setor privado (enforcement privado), relativamente a (extremamente lesivos) casos de cartel, divisão de mercado e outros. E o aumento da concorrência tende a mitigar, circularmente, o congestionamento do Judiciário, pois empresas deixam de externalizar sobre ele a solução dos conflitos que geram em suas relações jurídicas, internalizando-a. Essencialmente, essas leis proíbem empresas de práticas que privem consumidores dos benefícios da competição, que geram inércia tecnológica e administrativa, preços mais altos e menor oferta de produtos e serviços. Em um mercado competitivo, cada empresa irá buscar atrair consumidores cortando preços e aumentando a qualidade, estimulando a pesquisa de métodos novos, inovativos e mais eficientes de produção e prevenção de litígios. Segundo a Comissão Europeia (European Commission), a competição de mercado – que dá suporte à existência da própria Comunidade Europeia – "leva companhias a oferecer aos consumidores bens e serviços em termos mais favoráveis [...] encoraja a eficiência e a inovação e reduz preços. Para ser efetiva, a competição requer que companhias ajam com independência entre si, e sujeitas a pressão exercida umas sobre as outras" (EUROPEAN COMMISSION. Antitrust – overview. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/overview_en.html>. Acesso em: 26 jul. 2014).*

lei, decorrentes da maior probabilidade de incidência de sancionamento – o ajuizamento de ações sublitigadas, relativas a direitos que necessitem de desenvolvimento, pode ser incentivado, liberando o escasso orçamento de agências reguladoras para atividades prioritárias e de coordenação.¹³

O tópico será tratado sob o prisma da Análise Econômica do Direito¹⁴ e tomará como base os estudos de Louis Kaplow,¹⁵ entre outros.

Como a questão envolve problemas de escolha coletiva e de políticas públicas, supõe-se o deslocamento da forma de abordar o fenômeno processual, migrando do interno ou micro (soluções que partem do ponto de vista dos particulares envolvidos em uma questão judicial, contemplado o Direito internamente) para o externo¹⁶ ou macro, centrando-se nos problemas, ônus e benefícios sociais, ou supraindividuais, da jurisdição – descartadas as opções justificáveis apenas sob o ponto de vista do processo individual, mas que não possam ser replicadas no universo judicial em virtude de limites que se tornam evidentes, vale dizer, que não sejam aprovados no teste da universalidade.¹⁷

Finalmente, agregam-se ao debate algumas ideias-chave pouco exploradas pelas ciências jurídicas, mas reconhecidas pelas ciências econômicas. Entre essas pode-se citar, por exemplo, a da escassez de recursos e da sua conseqüente necessidade de dilemáticas escolhas distributivas,¹⁸ da assimetria informativa e do grau ótimo de precisão judicial,¹⁹ além da menção à estatística, econometria²⁰ ou jurimetria, que possibilita a quantificação média de danos (ou o cálculo de danos por amostragem).

1. Precisão na Jurisdição e a assimetria informativa

Antes de mais nada, cabe estabelecer o que se poderá compreender por precisão, no contexto da jurisdição. O acréscimo em precisão pode ser percebido como “o movimento que parte de acertar algumas vezes em direção

ao de acertar todo o tempo”²¹, e o seu antônimo reside no erro judicial, ou na produção de falsas absolvições e condenações.²²

Partindo-se do estudo de Kaplow, pode-se dizer que a descoberta da verdade é comumente vista como condição indispensável à realização da justiça. Efetivamente, parte das regras legais que disciplinam a resolução de conflitos versa sobre a coleta, processamento e avaliação de informações, cuja revelação é ordinariamente vinculada à noção de justiça. O julgador, para decidir, deve superar a natural assimetria informativa inerente à sua posição de terceiro neutro ao conflito. É por isso que tribunais dispõem volumosos recursos processando informações com o objetivo de desvendar e analisar a legalidade de fatos jurídicos relevantes²³ às causas em apreciação, como também para apreender o sentido das normas e aplicá-las aos litígios.

Exemplificativamente, é razoável esperar que a declaração judicial da paternidade, ou a condenação à sanção criminal, se qualifiquem como mais precisas se lastradas em provas elaboradas e caras, como a perícia técnica de DNA, e menos precisas se calcadas em prova testemunhal ou indiciária.

No caso das ações indenizatórias, maior precisão na mensuração de danos morais ou materiais não aferíveis de plano implica a precificação mais fidedigna e individualizada do prejuízo impingido à vítima, por meio de procedimentos que consomem recursos, relevando, *grosso modo*, apurar os rendimentos usuais do requerente e a capacidade patrimonial do requerido, bem como a magnitude da dor, na busca do equilíbrio entre compensar o sofrimento e obter o efeito retributivo, gerador da precaução.

Registre-se que a transformação, com boa qualidade, da informação privada em pública, não se opera gratuitamente, sendo possível afirmar que a busca de maior precisão na prestação jurisdicional implica elevados custos, sociais e individuais, e que haverá um ponto a partir do qual não será justificável a produção de provas adicionais, seja pelo

13. Sobre os limites orçamentários que obrigam a escolhas fiscalizatórias, ver AZEVEDO, Paulo F. *Análise Econômica da Defesa da Concorrência*. In: TIM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 266-295.
14. Para tanto, será vertido ao português, sub censura, acepções estrangeiras, destacando-se a importância de que sejam incorporados ao debate nacional argumentos da “mais bem-sucedida corrente jurídica norte-americana da segunda metade do século XX” (Harris, Landes e Posner, citados por ARAÚJO, Fernando. *Análise econômica do direito: programa e guia de estudo*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 19), e que tem suas obras e autores entre os mais lidos e citados nas revistas e bases de dados jurídicas: “quem hoje queira conhecer a doutrina jurídica norte-americana na maior parte dos temas [...] tem que ser versado em *Análise Econômica do Direito* – sob pena de os desenvolvimentos de vanguarda se lhe tornarem totalmente ininteligíveis, mesmo nos enquadramentos conceituais mais básicos” (citando Manne, ARAÚJO, *Análise Econômica...*, p. 19).
15. KAPLOW, Louis. *The value of accuracy in adjudication: an economic analysis*. *The Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 1, jan. 1994, p. 356; KAPLOW, Louis. *Accuracy in Adjudication*. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, v. 1, p. 1-6, 1998.
16. ATAÍDE JUNIOR, Vicente. *Processo civil pragmático*. Tese de Doutorado, Departamento de Direito, Direito das Relações Sociais, UFPR, Curitiba, 289p., 2003, p. 47.
17. Sublinhe-se que o presente trabalho não tem por objeto ou fundamento quaisquer perquirições no campo da filosofia jurídica, não integrando seus objetivos o debate moral ou a comparação entre critérios de Justiça. A reflexão está circunscrita ao nível da aplicação da lei (enforcement). Contudo, a idéia de submissão de propostas ao teste da universalidade - imaginar hipoteticamente, ou testar empiricamente, se será possível estendê-las a todos os demais casos semelhantes, presentes e futuros, à vista de evidentes constrangimentos (v.g., o custeio, pelo Estado, de tratamento médico padrão ouro a todos os pacientes, pode não passar no teste da universalidade, diante de constrangimentos orçamentários) não é todo estranha também à teoria moral kantiana.
18. Diante da escassez, os custos ganham relevo e a boa distribuição dos bens amplia a felicidade social. “Houvesse bens (direitos então livres) e recursos ilimitados, e sequer existiria a economia, que se dedica precipuamente à questão de como produzir o máximo de bens econômicos a partir da escassez de recursos. Não os há, e é preciso alocá-los (isto é, distribuir os que existem) [A escassez] impõe à comunidade – principalmente ao poder público estabelecido conforme a organização política adotada em dada sociedade – a complexa tarefa de direcioná-los. A escassez gera conflito entre os homens em torno aos bens” (GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 155-156.). Contrariamente, os bens livres, como o ar, não são escassos. Os serviços judiciais podem ser vistos como bens econômicos, pois, dotados de utilidade, sobre eles a escassez projeta seus efeitos (rivalidade de uso, exaustão etc.).
19. O debate em torno do grau de precisão judicial traz a consciência importantes elementos para pensar o problema da litigiosidade, envolvendo a consideração de limites reais, que obrigam opções dilemáticas; a revelação da coerência implícita nas escolhas legais; o balizamento de reformas legislativas futuras; e a relevância dos custos, vantagens e limites em torno do grau de precisão com que irá operar o sistema judicial.
20. A econometria perfaz estudos de observações empíricas através de métodos estatísticos, sendo o trabalho estatístico guiado pela teoria econômica, que determina a direção mais relevante e proveitosa da pesquisa. Estudos empíricos e análises teóricas são complementares e se alimentam mutuamente, considerando que a validade de teorias deve ser testada empiricamente. Ver também jurimetria.
21. McG. BUNDY, Stephen. *Valuing Accuracy – Filling out the Framework*. *The Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 1, jan./1994, p. 414.
22. Seguindo a linha da doutrina pesquisada, no presente relatório será utilizada a fórmula simplificada de falsas absolvições e condenações (erros tipo I, ou falsos negativos, e erros tipo II, ou falsos positivos) para referir às ações penais e cíveis em que houver equivocada improcedência ou procedência do pedido, e a fixação para mais ou para menos da indenização. A teoria estatística inspirou a transposição da tipologia para a área jurídica, o que foi feito pelo Juiz Easterbrook (EASTERBROOK, Frank H. *The Limits of Antitrust*. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, p. 1-40, ago./1984).
23. Kaplow designa fato como “algo verdadeiro sobre o mundo”, ao passo em que evidência é “algo que fornece prova de um fato” (KAPLOW, Louis. *Multistage Adjudication*. *Harvard Law Review*, Forthcoming, *Harvard Public Law Working Paper* n. 12-41, set. 2012).

custo proibitivo, seja porque o excedente não implicará correspondente aperfeiçoamento marginal na dicção do direito (vale dizer, em maior precisão).

Os custos podem ser privados (despendidos pelas partes que integram a relação processual ou terceiros admitidos à lide) ou sociais (cobertos pela sociedade). Além dos custos monetários para a manutenção da estrutura material do Poder Judiciário e órgãos públicos e privados relacionados à atividade fim (prédios, equipamentos, veículos) e para a remuneração de mão de obra (juízes, advogados, delegados, peritos, servidores e pensionistas), compreendem-se outros custos econômicos não monetários, como os relativos à duração do processo (tempo), ao erro judicial, à congestão dos tribunais e outros órgãos e absorção de sua mão de obra.²⁴ Tais custos não são suportados pelas partes privadas envolvidas no litígio, especialmente no caso dos julgados especiais cíveis, mas pela sociedade (custos sociais), primordialmente mediante recursos obtidos por meio da interferência do Estado na liberdade e propriedade individuais, pela cobrança de impostos.²⁵

Maior precisão – na jurisdição, genericamente, ou na fixação de danos pelos Juizados Especiais, especificamente – será obtida por meio da coleta e análise de mais e melhores provas, o que pressupõe maiores custos, privados e sociais. Quanto mais numerosos e complexos os atos processuais necessários para que se decida o litígio (longas audiências, elaboração de perícias judiciais intrincadas, e até a compreensão de leis altamente complexas, como as que regulam certas operações financeiras etc.), mais se destacam os custos econômicos envolvidos no aumento na precisão.

Para justificar este investimento social, logicamente devem ser esperados benefícios, privados e sociais, de igual ou superior magnitude. Dessa forma, aos custos sociais para

maior precisão da prestação jurisdicional correspondem benefícios sociais, ganhos que se espraiam para além da realização da justiça, a coordenação social,²⁶ a redução da litigiosidade,²⁷ a moldagem de comportamentos, a inibição da litigância frívola,²⁸ a dissuasão de atividades ilícitas etc.

Entre tais efeitos, para os fins do presente estudo, destaca-se o efeito da dissuasão de comportamentos ilícitos.

2. A dissuasão de comportamentos ilícitos

A obtenção de ótima dissuasão de comportamentos ilícitos é um dos pontos relevantes no contexto da precisão judicial. Se os indivíduos que não violaram a lei forem equivocadamente condenados à sanção criminal ou à pagar indenização, o custo esperado de violar a lei, em comparação ao de cumpri-la, será reduzido.³⁰

Posner³¹ demonstra como a precisão na adjudicação³² está relacionada à dissuasão, advertindo que o erro judicial – ou a aplicação incorreta da lei – pode minar o valor preventivo (dissuasivo) da aplicação de sanções e de outras consequências jurídicas.

Para que se visualize o caráter persuasivo da adjudicação, é possível se valer do exemplo trazido por Friedman,³³ no qual o sobrinho, sendo pobre, aproveita rara oportunidade para empurrar seu tio milionário de um penhasco. Porém a cena é flagrada por um fotógrafo, o que faz que ele a seja julgado e condenado pela morte do tio. Em sua defesa, alega que o crime foi fruto de extraordinária tentação e improvável oportunidade, não tendendo a se repetir: somente tinha um único tio rico, e potenciais futuras vítimas não irão subir em um penhasco consigo. O que quer que a corte faça não devolverá a vida ao morto, mas a condenação arruinará a do acusado, gerando a prisão e custos sociais, assevera.

24. Não se olvidando a presença de custos sociais indiretos, como os relativos à restrição de liberdade e propriedade oriundos do exercício do poder de tributar, ao crescimento da burocracia estatal etc. Para além, erros provocados por outros limites inerentes, como a incapacidade administrativa e a limitação cognitiva de operadores humanos, demandariam custos exorbitantes para serem vencidos.
25. Despesas públicas são custeadas via expropriação de recursos da atividade produtiva e que essa interferência na liberdade dos contribuintes também está submetida a constrangimentos de ordem jurídica, política e material. A otimização dos recursos públicos se impõe dados os limites arrecadatórios e à óbvia impossibilidade de que a sociedade gaste mais do que a riqueza produz, descontadas as despesas de arrecadação – “pobreza, no contexto do orçamento, é auto-explicativa” (STRAUSSMAN, Jeffrey D. *Courts and Public Purse Strings: Have Portraits of Budgeting Missed Something? Public Administration Review*, vol. 46, n. 4, p. 345-351, jul./aug. 1986, p. 345). São menos difundidos, porém, outros efeitos nefastos decorrentes da arrecadação, que geram distorções materiais acentuadas, depauperando os recursos de uma sociedade – e com isso reduzindo a própria arrecadação, circularmente – a clamar que a coleta de tributos se opere da forma menos nociva. A incidência tributária causa ruídos e falhas de mercado, tornando menos eficiente a alocação de recursos destinados a produzir riqueza social. Por exemplo, se a taxa não é fixada para corrigir externalidades (Pegovian tax), mas para custear as atividades do governo, é estratégico que recaia sobre fatos geradores menos elásticos, ou menos reativos à tributação, pois, na medida em que o contribuinte conte com a escolha de se transferir para outro mercado ou jurisdição (não tributada, ou menos tributada), a exação irá causar dramática alteração comportamental: agentes irão buscar refúgio transferindo suas operações e atividades para outras jurisdições ou áreas menos tributadas, afetando negativamente a atividade sobre a qual incidir a alíquota, com encolhimento do respectivo mercado (e então do próprio tributo). A parcela reduzida deste mercado simplesmente desaparece, irremediavelmente perdida, não sendo apropriada pelo Estado ou pela sociedade (dead weight loss), perda que pode chegar a 50% do valor arrecadado. Um dos melhores exemplos é o capital, elástico porque volátil, nervoso, e sensível ao risco, sendo facilmente ocultável ou transferível a outra jurisdição, mais benéfica. Opostamente, se o governo avançar sobre fatos geradores menos elásticos, com menores opções de refúgio aos contribuintes – como é, v.g., o trabalho assalariado, não contando o trabalhador com outras opções de rendimentos – o mercado e o ente tributante não sentem de forma profunda a distorção. Em consequência, sob o ponto de vista do bem estar social, a tributação de fatos geradores como o trabalho causará menores danos que a tributação do capital (Ramsey Theory), por injusta que a idéia possa soar – e justamente aí reside este pouco conhecido (entre os juristas) problema derivado do gasto público.
26. Mesmo a circulação de veículos pelas vias públicas envolve a existência e efetividade de regras legais, passíveis de cumprimento coativo, que permitem a ação coordenada dos condutores de automóveis, sem as quais não seria possível o tráfego. Por vezes as normas sociais falham em normalizar as relações jurídicas, ainda que sobrepare, a reforçar sua eficácia, a ameaça da possibilidade de acesso ao juiz.
27. Cooter e Ulen, ao referir os jogos de negociação que testam o Teorema de Coase (COASE, Ronald H. *O problema do custo social*. Trad. Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla, PUC/PR), mencionam evidências empíricas no sentido de que negociadores, ou litigantes adversos, entrarão em cooperação mais frequentemente quando os seus direitos forem claros, reduzida esta probabilidade quando os direitos são ambíguos, pois o direito define os valores de ameaça – ou “o quanto seria obtido sem cooperação” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. São Paulo: Bookman, 2010, p. 429). Logo, a cooperação entre litigantes ocorreria com maior facilidade quando os valores de ameaça, definidos pelo direito, fossem de conhecimento público, e reduzida se os Tribunais não emitirem sinais uniformes e adequados sobre a titularidade e o valor dos direitos em causa.
28. A moldagem de comportamentos está diretamente ligada à precisão na jurisdição, em função da capacidade do Judiciário de distinguir entre atividades lícitas e ilícitas, inibindo as últimas sem contudo prejudicar as primeiras, responsáveis pela riqueza e bem estar social.
29. O aumento de precisão está diretamente relacionado à probabilidade de se detectar a litigância de má-fé. Se houver coincidência entre as indicações probatórias de frivolidade e as do mérito, com frequência a melhora na precisão jurisdicional possibilita que o juiz possa avaliar a sinceridade da demanda (McG. Bundy, p. 425), pois é da capacidade de melhor perceber estados de mundo e sobre eles aplicar o direito que se está tratando.
30. Ver P’NG, Ivan P.L., *Optimal Subsidies and Damages in the Presence of Judicial Error*. *International Review of Law and Economics*, v. 6, n. 1, 1986, p. 101. No artigo citado, o autor apresenta alternativa para contornar o erro judicial ou do regulador, consistente em acoplar um ajustamento da sanção com um subsídio apropriado, para indivíduos neutros ao risco.
31. POSNER, Richard. *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, 1973, p. 411.
32. Adjudicação, para a Análise Econômica do Direito, é termo que significa genericamente a decisão que resolve o litígio (ou garante um direito). O adjudicador será o juiz, Tribunal do Juri, Tribunal de Justiça, STF, mediador, árbitro ou tribunal arbitral, administrador, autoridade pública etc.
33. FRIEDMAN, David D. *Law’s order, what economics has to do with law and why it matters*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2000. p. 11-12.

Contudo, o lógico – porém bizarro – argumento não pode preponderar, pois parte de um equívoco: focaliza o crime já cometido ao invés dos crimes futuros. Embora não traga a vida perdida, a condenação materializada confirmará a regra legal, o que irá deter futuros assassinatos e salvar futuras vítimas.

Por isso que regras legais aplicadas adequadamente pelas cortes, e não somente as criminais, podem ser analisadas pela estrutura de incentivos que fornecem, ocasionando como resposta a alteração de comportamentos: multas de trânsito visam à redução da velocidade pelos motoristas; indenizações por acidentes incentivam a precaução, como investigar privadamente problemas com seus produtos que possam ser objeto de litígio; regras de processo civil estimulam pessoas e empresas a manter registros; regras de divórcio determinam em que circunstâncias irá ocorrer o término do casamento, propiciando que os envolvidos decidam se irão ou não casar etc.

Grande confiança em decisões judiciais acertadas permite que determinado nível de dissuasão de comportamentos ilícitos possa ser assegurado, com a imposição menos frequente de sanções, ou de sanções menos pesadas, as quais geram, elas próprias, acentuado custo social e privado. A necessidade de imposição de sanção derivada da ótima precisão irá reduzir, também, a solicitação da estrutura coercitiva do Estado³⁴ e fará que menor esforço de *enforcement* seja envidado, resultando, mais uma vez, eficiente economia de recursos. É necessário cogitar-se que o evento condenação irá depender de diversos fatores, muitos deles relacionados à precisão, ponderáveis juntamente com o lucro resultante da atividade. No Direito Penal, irá depender de detecção por agentes do Estado; efetiva instauração de investigação (materialidade e autoria); enquadramento típico do fato; oferecimento de denúncia e seu recebimento; condenação sem erro e em determinado prazo, e efetivo cumprimento da pena. A condenação pode não ser esperada, ser improvável ou até impossível, o que entra em conta, ao lado da precisão judicial, para a opção pelo comportamento ilícito, conforme análise de Becker.³⁵ Assim, considerados os fatores em conjunto, o aumento da precisão pode implicar no abrandamento das sanções e na redução da estrutura institucional estatal, segundo Kaplow.

O efeito de dissuasão, principalmente na esfera criminal, vem sendo discutido há alguns séculos.³⁶ Ultimamente, Bok sustenta que investimentos em litigância são frequentemente injustificados porque a adjudicação não surtirá efeitos nos comportamentos do mundo real. Robinson,³⁷ apesar de reconhecer que a existência de um sistema penal ocasiona efeito geral na influência de potenciais ofensores, discorda que a particular formulação e aplicação das regras possa gerar efeitos adicionais na

dissuasão. Lando³⁸ defende que a falta de precisão na condenação criminal de pessoa inocente (erro quanto à autoria), quando a materialidade do delito não está em dúvida, não interfere de forma direta e significativa nos níveis de dissuasão. Aduz que o forte desejo social de evitar condenações injustas nestes casos não se deve ao efeito preventivo da pena, mas a outras considerações, como o desejo subjetivo de evitar a injustiça de apenar um inocente. Polinsky e Shavell³⁹ indagam como a duração da pena de reclusão irá afetar a teoria da dissuasão, compreensíveis três possibilidades: (1) a perda de utilidade cresce na mesma proporção do que a duração da reclusão; (2) a perda de utilidade cresce em maior proporção do que o tempo (supondo-se que a prisão se torna mais difícil de tolerar com o tempo); e (3) a perda de utilidade cresce em menor proporção do que o tempo (supondo que o período inicial de reclusão implique grande perda de utilidade relativa).

Muito embora a polêmica, pode-se afirmar que grande incidência de falsos negativos ou absolvições equivocadas aumentará a probabilidade da sanção perder seus efeitos como provedora de incentivos. Falhando as normas sociais e culturais é provável que, ausente a sanção, aumente a atratividade da atividade ilícita para o agente, que irá aderir ao oportunismo e, v.g., não mais cuidará de despendar custos de prevenção de danos.

Pois bem, é sabido que adjudicação pode estar voltada a quantificar prejuízos (*quantum debeat*) ou a definir a responsabilidade (*si debeat*). Kaplow⁴⁰ assume que “uma apuração de danos mais precisa poderá ampliar os incentivos para que indivíduos se comportem de forma apropriada”.⁴¹ Estabelece, porém, que a relação entre o aumento de precisão na quantificação de danos e a dissuasão depende de que o agente detenha informação prévia sobre o nível de precisão judicial, além da previsibilidade do montante real dos danos que serão ocasionados por determinada atividade.

Para o autor, portanto, grande precisão na mensuração de danos não irá aprimorar comportamento, salvo se “no tempo em que contemplam como agir, indivíduos anteciparem as informações que os tribunais irão posteriormente obter e as sanções que serão aplicadas”.⁴² Outra condição é que o agente possa antecipar os danos que irá causar. Porém sabe-se que alguns danos não são antecipáveis e que alguns agentes têm baixa informação e/ou capacidade de previsão (*poor harm predictors*).

Por exemplo, a dimensão dos danos perpetrados pela colisão de veículo contra uma pessoa é bastante imprevisível, dependendo da extensão das lesões corporais, da ocorrência ou não da incapacitação e do óbito, bem como da situação socioeconômica, familiar e

34. Sobre a relação entre o nível de precisão e o de frequência e gravidade da imposição de sanção para obtenção de determinado patamar de dissuasão, ver Kaplow, *Accuracy...*, p. 310 e 346-355. Simplificadamente, atingido certo nível de dissuasão, sanções mais gravosas permitem que o esforço de *enforcement* seja reduzido, resultando que sanções sejam erroneamente impostas menos frequentemente. Ainda, quando o *enforcement* é reduzido, o aumento de precisão se torna menos custoso porque os adicionais dispêndios por ela exigidos serão necessários em poucos casos.

35. BECKER, Gary S. *Crime and punishment: an economic approach*. *Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.

36. No século XVIII, Beccaria introduziu a ideia de que a punição criminal seria justificada pela dissuasão.

37. ROBINSON, Paul. *The role of deterrence in the formulation of criminal law rules: at its worst when doing its best*. *Faculty Scholarship*, paper 56, 2003, 46p. O autor menciona, entre outros argumentos, que a demora entre violação e punição afeta negativamente o efeito de dissuasão.

38. LANDO, Henrik. *Does Wrongful Conviction Lower Deterrence?* *American Law & Economics Association Annual Meetings*, paper 59, *Bepress Legal Repository*, 2005.

39. POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Imprisonment and the theory of deterrence*. *The Journal of Legal Studies*, v. 28, n. 1, jan. 1999.

40. Kaplow, *The Value of Accuracy...*, p. 313 e seguintes.

41. Kaplow, *The Value of Accuracy...*, p. 309.

42. Kaplow e Shavell. *Legal Advice about Information to Present in Litigation*, apud McG. Bundy, p. 415.

etária da vítima. Para esses casos, seria recomendável que esforços fossem envidados para proceder apuração *mais precisa e individualizada*, retirando do ofensor qualquer possibilidade de extração de benefício marginal do ato ilícito, o que poderia ser gerado pela adoção de parâmetros de danos médios. Saber que os Tribunais seriam eficientes em calcular sua responsabilidade constituiria fator provocador de dissuasão de comportamento ilícito.

Há casos, contudo, em que maior precisão não irá implicar o aprimoramento da dissuasão, porque o agente não tem como avaliar qual será o dano exato antes de perpetrar a conduta ilícita, e quando a homogeneidade dos atingidos for acentuada (a pequena variação entre a quantificação dos danos será insignificante para a decisão de adotar precaução). Nesses casos, a dissuasão seria mais eficientemente incrementada pela redução do grau de precisão individual da decisão judicial e concomitante aumento da probabilidade de incidência de sanção, ou de sua gravidade.

Logo, em se tratando de processos repetitivos relacionados a grandes grupos de atingidos, os benefícios de dissuasão não sofrerão impacto significativo com a redução do grau de precisão na apuração de danos, podendo ser adotada a formulação de danos médios sem prejuízo dos efeitos de dissuasão de comportamentos ilícitos.

Nessa hipótese particular, a redução dos custos de precisão seria mais benéfica socialmente que o seu acréscimo, porque permitiria a alocação da estrutura judiciária para processos que envolvam interesses mais relevantes. Favoreceria, ainda, o incremento no *enforcement* privado, decorrente da redução do custo do particular para ingressar com demandas sublitigadas. Para as partes, promoveria resultados satisfatórios a menor custo e, principalmente, de forma mais célere, quando estivessem em jogo pequenas diferenças monetárias, como se verá adiante.

Outro aspecto digno de menção é o das opções alocativas implícitas no sistema jurídico. Considerados em perspectiva os custos e os benefícios sociais inerentes ao grau de precisão judicial, o ordenamento legal realiza inúmeras decisões sobre o quanto investir em cada série de situações, dependendo da estatura do direito em causa. Não é sem motivo que as causas singelas sejam atribuídas ao Juizados Especiais e solucionadas mediante procedimentos menos custosos e mais rápidos, porém com menor precisão. Como também não é por acaso que as questões envolvendo interesses relevantes, como a propriedade imobiliária e a liberdade individual, impliquem formas mais sofisticadas e caras, como registro notarial para a primeira e procedimento necessariamente judicial, com rito amplo e ordinário, para a segunda, envolvendo maiores custos destinados ao aumento da precisão. Pode-se dizer que, ao prever fórmulas mais precisas, a lei visa blindar os direitos de maior importância contra o erro judicial.

É obrigatório que se decida ativamente sobre o grau ótimo de precisão a ser destinado a cada série de situações, sob pena de distribuição aleatória e inconsciente da estrutura judicial escassa, provocando desperdício e ineficiência. Conhecer as circunstâncias que determinam essa escolha permite conciliar a formulação de políticas públicas com os princípios fundamentais em conflito, que a subjazem. Possibilita mediar o choque de realidade entre as aspirações individuais e a finitude do sistema judiciário (como o devido processo legal *versus* a duração razoável do processo). A eleição consciente de opções interpretativas do direito instrui o direcionamento de recursos escassos, com a detecção de melhores possibilidades de procedimento, aprovadas na relação custo-efetividade e, ao mesmo tempo, atendendo o maior número – ou a maior porção – dos princípios fundamentais que lhes dão expressão jurídica.

Parece não se justificar a opção por alocar volumosos recursos judiciais, subsidiados pelo Estado, para a definição individualizada e exata do montante de danos em algumas pretensões repetitivas, no âmbito das causas de pequeno valor, em detrimento de valores mais importantes, quando for suficiente a fixação de danos aproximados procedida com celeridade, como se procurará demonstrar.

3. Indenizações por atos ilícitos que afetam grupos homogêneos de pessoas

Pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), realizada em 2013, demonstrou que, nos Juizados Especiais Cíveis dos três estados da federação abrangidos na amostragem (Rio de Janeiro, Ceará e Amapá), prevalecem ações relacionadas a relações consumeristas,⁴³ sendo que, “nos estados do Rio de Janeiro e do Ceará a ênfase recai(a) sobre as relações entre clientes e prestadores de serviços de telecomunicações, de energia elétrica, e do sistema financeiro”,⁴⁴ enquanto no Amapá intensificam-se as relacionadas ao comércio de varejo.⁴⁵ Lembre-se que em 42,37% dos casos o pedido é procedente, com concessão de indenização.⁴⁶

Daí é possível concluir que, nos Juizados Especiais Cíveis, tramita expressivo número de demandas que exigem o processamento de informações e cálculos para quantificar danos, morais ou materiais não aferíveis de plano. Tais demandas, além do mais, guardam uniformidade ou similitude entre si, tendo por objeto lesões assemelhadas, seja pela origem comum (consumerista), seja pela repetitividade – a causa de pedir acaba tendo semelhantes contornos, o que favorece o agrupamento estatístico.⁴⁷

Adicionalmente, tais pretensões podem, ainda, se dirigir reiteradamente contra o mesmo requerido, o que amplia a homogeneidade.

Nesses casos, uma vez que o juiz delibere pela procedência da indenização (*si debeat*), por considerar comprovada

43. BRASIL. CNJ. *Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis...*, p. 18.

44. BRASIL. CNJ. *Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis...*, p. 19.

45. “No estado do Amapá, em 63,46% dos autos o requerido é constituído por pessoa física. Uma hipótese possível é a da proeminência das relações de consumo no varejo e daqueles que trabalham de maneira informal, não constituindo ‘pessoa jurídica’ nas relações consumeristas” (BRASIL. CNJ. *Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis...*, p. 22).

46. Ver BRASIL. CNJ. *Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis...*, Tabela 16: Teor da Sentença, p. 23. No Rio de Janeiro, 29,21% das sentenças homologa o acordo, ao passo que 42,37% (ou seja, 36,58% mais 5,79%) são de procedência.

47. A similaridade é aqui destacada por viabilizar o agrupamento estatístico, a escolha de amostras e a fixação de danos médios. Pode ou não coincidir com o conceito legal de homogeneidade para o âmbito do direito do consumidor (Art. 81, Parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor).

a responsabilidade civil e a existência os prejuízos, de forma individualizada ou em ação coletiva, pode ser preferível mensurar tais danos (*quantum debeat*) de forma menos precisa, por meio de tabelas de danos médios, estabelecidas estatisticamente com base no repertório dos casos idênticos já julgados, obedecidas as variáveis jurídicas determinadas pela lei e jurisprudência. A definição menos precisa dos danos, nesses casos, não afetará negativamente a dissuasão de comportamentos ilícitos – espera-se – mas a incrementará, uma vez que amplia a probabilidade de responsabilização.

Patamares de danos médios podem ser calculados pelo julgamento, bastante preciso, de uma fração do acervo (processos-amostra), aplicando-se aos litígios remanescentes os resultados dessa amostragem (método não circunscrito, aliás, às disputas consumeristas). Para ilustrar o procedimento sugerido, convém evocar o episódio dos trabalhadores expostos à toxicidade do amianto,⁴⁸ ocorrido nos Estados Unidos da América na década de 1940. A intoxicação gerou mais de 730.000 processos, desafiando os serviços judiciais americanos, incapazes de apreciá-los em tempo razoável. O Juiz Federal Robert Paker (*Cimino v. Raymark Indus. Inc.*), do Distrito do Leste do Texas, que teve perante si 5.000 desses processos, deliberou estipular danos médios, cujos valores foram obtidos por amostragem. Naquela ocasião, após o julgamento, com alto grau de precisão, de 160 casos-amostra, foram descobertas e classificadas cinco categorias possíveis de danos à saúde, conforme critérios fáticos e jurídicos aplicáveis. A cada uma dessas categorias foi atribuído determinado valor médio de indenização (ou valor zero). O método propiciou a resolução, de forma estatística, dos demais processos, como se detalhará ao final.

Deve-se ter em conta que a fixação de danos médios parece já estar, de algum modo, sendo procedida em postulações que envolvem direitos reiteradamente julgados pelas cortes brasileiras, como os que versam sobre a inclusão indevida em cadastro de devedores. Isso ocorre quando, dispensada a prova do valor do dano, adotam-se patamares médios.⁴⁹ Nessas hipóteses poderia tanto ser utilizado, quanto ser dispensado, o julgamento de novos casos-amostra, a depender da qualidade e suficiente abrangência da jurisprudência existente. Incidiriam as operações estatísticas sobre os elementos já constantes de milhares de processos julgados, aplicando-se aos demais casos as mesmas variáveis fático-jurídicas testadas e consagradas pelo entendimento jurisprudencial. Os precedentes jurisprudenciais das Turmas Recursais incorporariam, então, faixas de valores a indenizar, cumprindo a função de coordenação jurisprudencial dos Juizados de primeiro grau.

4. O congestionamento da estrutura judiciária

Uma das maneiras de justificar essa pontual redução na precisão judicial é proceder a um exercício mental do preço em que a busca de exatidão cobra do sistema judicial, da sociedade e dos jurisdicionados.

Dados apurados em pesquisas permitem visualizar o *deficit* estrutural e administrativo do Judiciário para a apuração completa, individualizada e precisa, ao tempo em que célere e efetiva, dos fatos jurídicos. A rivalidade de uso caracteriza o serviço público jurisdicional, sendo que a sobreanálise de alguns casos acarreta prejuízos a outros, provocando, como já se disse, colisão entre princípios constitucionais, como o do direito de ação, do devido processo legal e o da duração razoável do processo, que, não sendo, por natureza, ilimitados, necessitam ser prudentemente ponderados.

No extremo, consequências derivadas da exaustão judiciária podem levar ao aniquilamento do direito de ação e do próprio direito substantivo das partes. Tomem-se os custos da demora enfrentados por titulares de direitos que necessitam de grande celeridade na resposta jurisdicional. Excessiva precisão demandará mais tempo de permanência do processo em trâmite, dado o aumento do número global de atos processuais a realizar. Considerados em conjunto, o aumento da quantidade de atos para cada processo agrava a incapacidade administrativa e a burocracia (*red tape*⁵⁰), atingindo a totalidade do acervo. Abre-se, assim, margem à priorização (que supõe preteridos), à facilitação e até à corrupção. Se a parte não dispõe de instrumentos para sustentar tais alternativas, ou se o litígio tiver lugar em um meio judicial não receptivo a elas, a ineficiência pressiona as partes mais sensíveis à demora a que, paradoxalmente, alienem seus direitos, ofertando “desconto” à troca da satisfação da obrigação que o Judiciário deveria assegurar. Tal fato parece estar demonstrado na pesquisa do CNJ:

[...] a partir dos relatos dos pesquisadores de campo do Ceará, podemos constatar que nesse estado, devido ao grande número de remarcações das audiências de instrução e julgamento, a parte acaba aceitando o acordo, pois na maioria dos casos é a única possibilidade de resolução do conflito.⁵¹

Está claro que a demora excessiva ameaça materialmente o direito constitucional de ação, reduzindo as possibilidades fáticas para que o interessado possa exercer, em sua plenitude, a prerrogativa de estar em juízo. Permitir, portanto, que atos processuais se multipliquem excessivamente no seio dos Juizados Especiais conflituará com outros direitos fundamentais.

Dessa forma, nem sempre a vazão de informações para

48. *Maior e mais custoso episódio (ainda em andamento) de litigiosidade de massa dos Estados Unidos, a exposição ocupacional ao amianto, no período de 1940 a 1979, pode ter causado mais de 225.000 mortes prematuras, além de outros danos à saúde. Após 1973, com a decisão no caso Fibreboard vs. Borel, empregadoras foram julgadas responsáveis, e mais de 6.000 empresas, em 75 diferentes setores, já foram acionadas. Estima-se que mais de 54 bilhões de dólares foram gastos em litígios, mais da metade do valor absorvido em custos processuais (custos de transação). Estima-se que ainda serão ajuizadas de 1,2 a 3 milhões de demandas, ao custo de 200 a 265 bilhões de dólares, sem perspectiva de que sejam realizados os objetivos do direito (compensação das vítimas e provisão de justiça corretiva e preventiva). KESSLER, Daniel P.; RUBINFELD, Daniel L. Empirical Study of the Civil Justice System. In: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven (Org.). Handbook of law and economics. North-Holland: Elsevier B.V., 2007, p. 366-367, v. 1.*

49. STJ, REsp 696.717/SE

50. *Red tape é a exigência burocrática que envolve requerimentos, provas, verificações, papelada e atrasos, que pode perversamente funcionar como um dispositivo de triagem, resolvendo assimetria informativa e oferecendo aos interessados com maiores meios (e cujo tempo seja mais valioso) e/ou àqueles com maior necessidade de urgência, a oportunidade de acelerar seu processo pelo uso de vias paralelas – como a do favorecimento ou da corrupção. Se indisponíveis os instrumentos para sustentar tais alternativas, ou se litígio tiver lugar em um meio judicial não receptivo a elas, a ineficiência burocrática abre caminho ao comportamento oportunista da parte contrária: torna-se uma opção estratégica o exercício da procrastinação processual, que obriga a parte afetada pela urgência à desistência da pretensão ou de parte dela (mediante a exigência de desconto, ou desajuste, como condição para realização de acordo que permita o cumprimento da obrigação), ou, ainda, a cessão, igualmente descontada, dos direitos em litígio, em prol daqueles que possam esperar (eventualmente, com a formação de um mercado de adquirentes de ações descontadas).*

51. CNJ. Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis..., p. 23.

os autos, que agrava o congestionamento, resulta em correspondente vantagem às próprias partes que integram a relação processual. O excesso de informações ou de diferenciação será ineficiente quando dele não resultar equivalente melhora nos julgamentos.⁵² Por isso que, segundo Cooter e Rubinfeld,⁵³ o equilíbrio entre o custo de informações adicionais e o benefício da redução de erros judiciais é questão normativa central nas discussões sobre procedimento judicial.

Do que foi exposto, pode-se concluir que a decisão sobre o grau ótimo de precisão judicial beneficiará tanto as partes em litígio, quanto terá impacto positivo no combate ao congestionamento do sistema judicial.

Destaque-se que a legislação regula com frequência a dosagem da atenção a ser dedicada a cada série de disputas, estabelecendo diversos limites ao princípio do devido processo legal em prol do funcionamento da máquina judiciária.⁵⁴ Ressalte-se, ainda, que algumas questões de direito material seguem necessitando da tutela judicial, que formará precedentes e sinalizará reprovação. Isso significa que nem sempre se poderá resolver o problema da exaustão pela restrição de acesso ao Judiciário. Essa questão será enfocada no item seguinte.

5. O valor do *enforcement* privado

A pesquisa *Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira*, patrocinada pelo CNJ, evidencia a necessidade da restrição de acesso ao Judiciário, protegendo-o de agentes oportunistas – caso, por exemplo, de devedores que litigam para se furta do cumprimento de obrigações, ou de quem, a risco zero, procura as chances da litigiosidade frívola,⁵⁵ ambos colaborando para a exaustão do sistema judicial.

Contudo, a restrição indiscriminada nem sempre será a melhor escolha coletiva – preferivelmente, deverá se dirigir às demandas suficientemente frequentes e inaptas a agregar benefícios sociais marginais, como os dissuasórios. Opostamente, algumas demandas sublitigadas podem

ser estimuladas, para que, por via da adjudicação, seja preservada a inibição de comportamentos ilícitos.

Reduzida adesão ao cumprimento da lei (*vide* o atraso para a implantação profusa, no Brasil, de programas de *compliance*) pode decorrer da baixa probabilidade da punição (insuficiente responsabilização em juízo). A ausência de sinalização clara, pelo Poder Judiciário, de que comportamentos ilícitos serão apurados e punidos irá, entre outros prejuízos à função de coordenação, enfraquecer a dissuasão de tais comportamentos.⁵⁶

O ingresso de litígios, individuais ou coletivos⁵⁷, por pessoas privadas,⁵⁸ em áreas que demandam dinamicamente maior exercício de coação estatal, além do desenvolvimento do direito, gera ainda outros benefícios sociais. Apertados recursos orçamentários de agências públicas (*enforcement* público), poderão ser dirigidos a atividades prioritárias e de coordenação, mantendo-se o aparelho estatal enxuto e em dimensões administráveis, mais livres da possibilidade de captura e do *red tape*. Assim, deve ser planejadamente incentivada a fiscalização e exigência, pela própria sociedade, perante adjudicadores, do cumprimento de direitos, nomeadamente os de ênfase coletiva.

Exemplo eloquente é o do combate às lesivas práticas anticoncorrenciais nos Estados Unidos da América. Naquele país, a propositura de indenizações perante a justiça cível por particulares e setores sociais organizados é grandemente responsável pela evolução do direito concorrencial⁵⁹ e pela fiscalização e punição dos empreendimentos que se engajam em combinação de preços. Ações coletivas (*class actions*) invocando o *Sherman Antitrust Act*, de 1890, induzem empresas a compromissos e investimentos ativos para a obediência à lei e, ao mesmo tempo, preservam o orçamento das autoridades federais e estaduais da concorrência para atividades de coordenação e para apuração criminal das práticas delituosas.⁶⁰

Desse modo, considerado o Estado como um todo, é possível reduzir custos de fiscalização (custo do aparato

52. Por isso a legislação processual limita a produção de provas àquelas que forem necessárias, não tendo as partes o direito indiscriminado de produzi-las. Como exemplifica Vermeule (VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 108.), nem sempre mais informação produz decisões mais acuradas. Regras legais, como as que restringem a admissibilidade de provas escabrosas (*lurid*) ou prejudiciais (*prejudicial evidence*) em julgamentos pelo tribunal do júri no direito norte americano, repousam na premissa de que certos tipos de informação são particularmente distorcidas, inflamatórias ou onerosas se consideradas por um adjudicador com limitada capacidade de absorver e avaliar a informação.

53. COOTER, Robert D.; RUBINFELD, Daniel L. *Economic analysis of the legal disputes and their resolution*. *Journal of Economic Literatures*, vol. 27, n. 3, p. 1067-1097, 1989.

54. Como se verá no item 6.

55. "Os usuários do Judiciário são agentes racionais que têm variadas motivações para litigar: ausência ou baixo nível dos custos, incluindo aqui também o baixo risco; a busca de um ganho; busca do Judiciário como meio, por exemplo, para postergar responsabilidades (uso instrumental); e a percepção de ter sido lesado moral, financeira ou fisicamente. Dentre todas essas motivações, sobressaem-se em muito, na percepção dos diversos grupos de entrevistados, a conjugação de baixos custos com baixa exposição a riscos" (BRASIL. CNJ. *Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira*. Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2013.

56. Inibir o ilícito exige que o sistema judicial opere em níveis mínimos de precisão, determinante para a decisão de ajuizar demanda por requerentes com forte preferência pela qualidade do resultado da jurisdição - v.g., a aplicação da lei em casos de crimes sexuais exige que as vítimas atuem processualmente, devotando grande investimento pessoal. Para tanto é essencial que percebam a aptidão da Corte para realizar julgamento acurado, preciso. Se o Judiciário não ostenta tais predicados, ações não serão aforadas ou instruídas, enfraquecendo a dissuasão específica destes atos ilícitos (ver McG. Bundy, p. 426).

57. Sobressaindo a discussão sobre o aforamento de ações coletivas perante Juizados Especiais Cíveis.

58. Para estimular o ingresso de litígios de interesse social, autores da Análise Econômica do Direito propõem que o Estado possa subsidiar particulares nas demandas que devem ser fomentadas em determinado momento, ou adotar medidas como instituição de tribunais especializados; facilitação do manejo de ações coletivas; adoção do sistema *pro-plaintiff fee-shifting* (o requerido pagará os custos legais de ambas as partes se o requerente for vencedor, mas não o oposto, podendo a regra ser invertida para inibir o ingresso de demandas sobrelitigadas, regra que pode ser utilizada apenas quando acordo é injustificadamente recusado e o valor obtido pela condenação diferir, a determinada grandeza específica, da proposta rejeitada); inserção de multiplicadores de danos (o aumento do valor esperado da demanda relativamente aos seus custos incentiva a proposição, como o exemplifica a legislação antitruste americana) ou *decoupling* (o valor dos danos é elevado, para, ampliando a severidade da sanção, incentivar o requerido à precaução. O requerente não irá receber, porém, todo o valor da condenação, que será reduzido, se presente excessivo ajuizamento de processos, redestinando-se o excedente). A respeito, ver Kaplow e Shavell (KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Law*. Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper n. 251, fev./1999, p. 48 e 55).

59. BAKER, Jonathan B. *The Case for Antitrust Enforcement*. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 17, n. 4, 2003, p. 27-50.

60. Para incentivar que os consumidores promovam judicialmente a responsabilização das empresas engajadas em práticas anticompetitivas, a legislação, ademais, agrava as sanções cíveis. O valor dos danos é multiplicado por três, melhor equilibrando a equação proveito da demanda com os custos para a sua promoção. A sociedade, por meio de associações de consumidores e outras organizações, terá incentivos para coordenar-se em torno da investigação da existência de cartéis e ingressar com demandas cíveis.

coativo público) por meio do estímulo à litigiosidade privada em questões coletivas que necessitem da expansão do desenvolvimento jurídico. Daí a afirmação de que nem sempre a restrição não planejada ao acesso de litigantes ao Poder Judiciário será a solução preferencial para o problema do congestionamento.

É de se questionar se, em face do estágio de maturidade das relações de consumo no Brasil, pode-se dispensar o apoio coativo Estatal derivado do exercício dos direitos, pelos particulares, perante o Juiz.⁶¹ Por isso, o presente trabalho propõe que a compreensão mais profunda do grau de precisão judicial, reconhecidas as limitações reais ao princípio do devido processo legal, pode dar lugar à preservação, em maior proporção, dos direitos de ação e à duração razoável do processo.

6. Decisão sobre o grau ótimo de precisão judicial

O aumento de eficiência deve atingir todas as etapas do processo. Ganhos de eficiência podem ser obtidos com o controle do fluxo de informações, ou do nível de precisão, com que serão apreciadas as causas judiciais, com a redução da atenção destinada a cada uma delas individualmente, quando, neutros os benefícios sociais da demanda, os interesses em combate tiverem importância ou valor mitigado e os proveitos marginais da produção de provas não justificarem o subsídio Estatal,⁶² entre outros critérios a definir.

Em verdade, o sistema legal implicitamente escolhe a quantidade e qualidade das informações que serão canalizadas para cada série de relações sob julgamento, vale dizer, determina o grau de precisão.

Comprova-o diversos exemplos. Como já se comentou, o rito que instrumentaliza o julgamento de causas singelas, submetidas ao Juizado Especial, supõe menores esforços tendentes à exatidão do que o procedimento ordinário que apura crime apenado com reclusão. No primeiro, não só etapas processuais serão suprimidas, como o número de testemunhas será reduzido, sendo vedada a produção de provas complexas. Permite-se a revisão de julgados por juízes de primeira instância e a atuação de árbitros leigos. Já para apuração de delitos graves, o procedimento ordinário favorece maior precisão e o fluxo de informações, permitindo a produção de provas complexas e ampla argumentação das partes.

Não sendo possível (sob pena de inviabilidade do sistema)

que o processo judicial esgote a si próprio nos esforços de apreender os estados de mundo, tais exemplos permitem constar que um dos critérios alocativos praticados pela legislação é o da importância do bem jurídico em questão (no caso, direito patrimonial de pequeno valor *versus* direito à liberdade⁶³).

Para regular o grau de precisão em relação à relevância do direito em causa, instituem-se, também, cortes de maior qualificação, que atuarão conforme valores de alçada, comprovação de relevância geral ou repercussão constitucional do direito (benefícios sociais), atuando, a um custo social significativamente mais elevado, em casos escolhidos.

A lei busca a precisão, também, quando admite expressamente a presença e a retificação de erros – permite a propositura de revisão criminal em favor de réu condenado,⁶⁴ a qualquer tempo, e a ação rescisória no cível,⁶⁵ pelo prazo de dois anos após o trânsito em julgado.⁶⁶

A própria chancela legal para o manejo das ações coletivas e o disciplinamento de recursos repetitivos significa a restrição e planificação de diferenciais jurídicos individuais, a fim de que particulares sejam reunidos e julgados sob o prisma dos interesses comuns, com decréscimo da precisão individual, mas em benefício de resultados.

A quantificação de danos em processos repetitivos, especialmente se em trâmite nos Juizados Especiais, parece ser seara destacadamente apropriada para a redução da precisão, como se verá a seguir.

7. Precisão judicial na quantificação de danos

Proceder detalhada instrução probatória para aferir o *quantum* exato dos danos, no seio de processos repetitivos, implica discutir o acréscimo ou decréscimo de diferenças pecuniárias. A contenda poderá girar em torno de detalhes monetários de pequena magnitude e será subsidiada pelo Estado, por meio do recolhimento de impostos – e enquanto uma das partes busca alongar a disputa, a fundo perdido e eventualmente ocultando razões protelatórias, colaborando para o descrédito do sistema, outros milhares de processos esperam na fila, e tantas partes se vêm obrigadas a fazer frente aos prejuízos e custos da demora.

D'Agostini, Pereira e Domingues⁶⁷ procederam análise estatística das sentenças de telefonia no âmbito dos Juizados Especiais a partir de dados do Tribunal de Justiça

61. Parece haver margem para que se aprimore o fornecimento de bens e serviços no Brasil, ficando apenas no exemplo consumerista. Esta melhoria não pressupõe o repasse do valor das indenizações judiciais ao preço do produto, mas sim a realização de investimentos para aumento de eficiência, de gestão e de tecnologia. A fortificação da liberdade de mercado pressionaria simultaneamente por melhores preços e qualidade, em prol do consumidor.

62. Em conferência ocorrida em 1976 (Pound Conference), Frank Sander defendeu, na América, a ideia de uma "Corte de Várias Portas" (Multidoor Courthouse), com modalidades de resoluções de disputas adaptadas a cada problema concreto (pequenas causas, arbitragem, mediação, tribunais colegiados de primeira instância etc.). Pretendia que soluções ocorressem a menor custo. Para determinar o nível apropriado de investimento para os diferentes casos, ele sugeria que as cortes analisassem a relação custo-benefício, balanceando o valor da causa, a importância da matéria em discussão, a sua complexidade, o relevo da disputa para as partes. Criticava particularmente que a sociedade subsidiasse largamente (como ocorre no Brasil) os serviços públicos de adjudicação, sugerindo que usuários pagassem valores mais próximos do custo real de manutenção da estrutura judicial (SANDER, Frank. Multidoor Courthouse. *Barrister*, v. 3, n. 18, 1976). Jeffrey Stempel, revisando o artigo de Sander e as conclusões da Pound Conference, argumenta que não deve haver qualquer subsídio público (desalinhamento entre a magnitude dos custos públicos e privados do litígio) para partes sofisticadas e com poder econômico para contratar advogados e desenhar cláusulas adequadas de solução de disputas, quando as demandas forem singulares (v.g., não gerarem o ganho público de criar precedente para guiar futuros casos) e interessarem somente as partes (v.g., quando a divulgação de informações públicas relevantes não estiver em jogo). Nestes casos, defende que as partes suportem privadamente a resolução de seus litígios, sem qualquer dispêndio de recursos públicos (STEMPEL, Jeffrey W. Reflections on judicial ADR and the multi-door courthouse at twenty: fait accompli, failed overture, or fledgling adulthood. *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, v. 11, 1996).

63. Não somente a liberdade do acusado, mas de todos os potenciais acusados; e não somente o direito de liberdade do apenado, mas a confirmação da pena para efeitos de dissuasão geral de comportamentos ilícitos.

64. Art. 621, do CPP.

65. Art. 485, do CPC.

66. A ampla diferenciação entre estes prazos para rescisão de acórdãos cíveis e criminais revela opção do ordenamento jurídico no que respeita ao grau de precisão da jurisdição, desejado com maior intensidade na seara criminal, dada a relevância dos direitos em questão, no caso, liberdade e reputação (*status dignitatis*).

67. D'AGOSTINI, Luciano L.M.; PEREIRA, Luiz F. C.; DOMINGUES, Victor H. Quanto vale a causa? Uma análise estatística das sentenças de telefonia no âmbito dos juizados especiais. XVII Annual Conference, Latin American and Iberian Law and Economics Association, Rio de Janeiro, 17-18/jun./2013. Trabalho não publicado.

do Estado do Paraná (TJPR). Processaram 589 amostras envolvendo a empresa Brasil Telecom no ano de 2011, englobando a totalidade das causas de pedir, chegando aos seguintes valores pecuniários médios das sentenças em casos de telefonia:

- a) 16,58% dos processos apresentam-se na faixa de preços entre R\$ 3.500,00 a R\$ 4.000,00;
- b) 16,08% dos processos apresentam-se na faixa de preços entre R\$ 4.500,00 a R\$ 5.000,00;
- c) 16,08% dos processos apresentam-se na faixa de preços entre R\$ 5.500,00 a R\$ 6.000,00;
- d) 12,06% dos processos apresentam-se na faixa de preços entre R\$ 2.500,00 a R\$ 3.000,00;
- e) 7,04% dos processos apresentam-se na faixa de preços entre R\$ 1.500,00 a R\$ 2.000,00;
- f) 6,53% dos processos apresentam-se na faixa de preços entre R\$ 7.500,00 a R\$ 8.000,00;
- g) 5,53% dos processos apresentam-se na faixa de preços entre R\$ 6.500,00 a R\$ 7.000,00;
- h) Demais faixas de preços de processos apresentam-se com frequência inferior a 5%.

Quanto à concentração, 48,74% dos processos estão na faixa de preços entre R\$ 3.500,00 a R\$ 6.000,00; 60,80% dos processos estão na faixa de preços entre R\$ 2.500,00 a R\$ 6.000,00 e, por fim, como relevância na amostra, 86,93% dos processos contém preços inferiores a R\$ 7.000,00.

Prosseguindo, os autores traçaram a "Caixa de Wisker", concluindo ser "normal, do tipo unimodal Gaussiana, simétrica, de afunilamento médio, com pequeno desvio desprezível à esquerda", significando que os valores das condenações judiciais nos casos de telefonia, consideradas todas as 24 diferentes causas de pedir,⁶⁸ não apresentam acentuada dispersão, a saber:

- a) 68% dos preços dos processos encontram-se a uma distância da média de preços inferior a um desvio padrão. Isto significa que 68% dos processos têm preços no intervalo de R\$ 2.816,66 a R\$ 7.079,42.
- b) 95% dos valores encontram-se a uma distância da média de preços inferior a duas vezes o desvio padrão. Isto significa que 95% dos processos tem preços no intervalo de R\$ 685,28 a R\$ 9.210,80.

Naturalmente, se fossem discriminadas as diferentes causas de pedir, assim como outras variáveis importantes, a dispersão de resultados poderia ser drasticamente reduzida. O fato é que, ao se falar de ações indenizatórias envolvendo serviço de telefonia nos Juizados Cíveis do Paraná, está-se tratando de um universo de demandas que resultam, em sua maioria (68%), entre R\$ 2.816,66 a R\$ 7.079,42.

Pois bem. A discussão sobre a mensuração dos danos limita-se ao requerente buscar o aumento dos valores e o requerido a sua redução. Logo, apenas determinado percentual dos preços acima apontados compõe a verdadeira matéria litigiosa. Os custos para mensuração individualizada dos danos serão consideráveis, em face

da baixa expressividade econômica da grande maioria das disputas.

Esta relação custo-efetividade poderá ser significativamente otimizada se as soluções jurídicas concretas, desenvolvidas e cristalizadas nos julgados, submetidas ao teste contínuo da aplicação em situações reais, puderem reverter em proveito para os demais casos futuros, mediante a incorporação de tecnologias de tratamento de informação como a estatística.

Excessiva precisão para quantificar danos em processos hegemônicos e de pequeno valor irá conjugar prejuízo social com reduzido ganho individual, sendo, com justiça, substituível pela aplicação de valores médios, baseados na expressividade econômica de miríade de casos anteriores, evitando o reinventar contínuo da roda.

Variáveis serão estabelecidas com base no passado histórico de pronunciamentos judiciais. Se a questão de fundo, apesar de hegemônica, apresentar peculiaridades diversas, gerando danos extraordinariamente altos ou diminutos, ainda assim parte-se do valor médio estabelecido, acrescido ou decrescido da parcela específica ao evento diferenciador, limitando a matéria litigiosa, então, a esse ponto. Dessa forma, o pouco que uma das partes eventualmente possa perder em precisão é amplamente compensado pelo ganho de todos (inclusive da própria parte) em economia e rapidez.

A solução tem amparo na regra constitucional ("procedimentos oral e sumariíssimo") que determina o formato dos Juizados Especiais, desenhado para oferecer solução célere, embora menos precisa, às causas mais simples. Decisões dos Superior Tribunal de Justiça já apontam valores tidos por razoáveis, inserindo como conteúdo da jurisprudência reiterada a dimensão monetária, podendo as Turmas Recursais estabelecer valores médios em seus enunciados (pois nada mais serão que a sinalização de provimentos judiciais reiterados). Em último caso, nada obsta que reforma legal pontual seja estudada, com o que resultará solvido o conflito de interesses constitucionais subjacente.

Adicionem-se como benefícios a diminuição dos custos, sociais e privados, inclusive gerados por erros randômicos de determinados processos (erro do advogado, do juiz e da parte) e pela morosidade, o incremento dos benefícios sociais anteriormente mencionados, assim como a isonomia, evitando-se a aleatoriedade das decisões.

A isonomia dos resultados jurisdicionais está relacionada ao reforço do capital jurídico pátrio e à segurança jurídica. A consolidação de jurisprudência definindo a expressão econômica de direitos é socialmente útil porque informa a sociedade e demarca os valores de ameaça, estimulando o aumento da cooperação entre as partes e a solução espontânea de divergências.⁶⁹ O alinhamento entre as utilidades social e privada do litígio implica o

68. D'Agostini, Pereira e Domingues identificam tais causas de pedir, por vezes mais de uma em cada processo: "As que ocorrem com maior frequência (acima de 10%), pela ordem, são: cobrança indevida, 86 casos (21,2%); inscrição indevida OPC, 73 casos (18%); falha na prestação de serviços, 49 casos (12,1%). As causas de pedir que ocorrem com média frequência (entre 3% a 10%), pela ordem, são: call center ineficiente, 35 casos (8,6%); fatura/ endereço diverso, 27 casos (6,7%); serviços não solicitados (6,7%); cobrança após cancelamento, 19 casos (4,7%); suspensão imotivada/bloqueio indevido, 18 casos (4,4%); navegação internet, 17 casos (4,3%); fraude, 13 casos (3,4%); ausência de relação jurídica contratual entre partes, 12 casos (3%). As causas de pedir que ocorrem com baixa frequência (menor que 3%), pela ordem, são: provedor internet, ausência de notificação, ambos com 6 casos (1,5% cada); cobrança em dobro e portabilidade, 5 casos cada (1,2%); plano não instalado, 3 casos (0,7%); venda casada, 2 casos (0,5%); eventos esportivos, interceptação e transferência de titular, ambos com 1 caso, (0,2%); cada e, acordo Procon, ligação internacional, troca de código de acesso e cobranças de serviços sem ocorrências (0%)".

69. Ver Nota 26.

redirecionamento da jurisdição, para que cumpra, de modo mais orgânico, também os propósitos de coordenação social, como a contenção de atividades indesejadas, o desenvolvimento do direito em questões pouco litigadas, a divulgação de informações socialmente úteis (v.g., sobre a nocividade de produtos) etc.

Por último, tenha-se que, com alguma oscilação, a jurisprudência já opera a indicação de valores *razoáveis* para a indenização, v.g., em casos de inserção indevida em cadastro de devedores. O conjunto jurisprudencial pretérito pode constituir, em havendo informações suficientes, fonte para a estipulação de faixas de danos médios.

Em conclusão, a diferença percentual entre os valores passíveis de fixação judicial não justificaria, sequer sob o ponto de vista privado dos litigantes – um deles provavelmente arrastado, pelo abuso do direito de defesa do outro, a uma delongada disputa – o atraso na prestação jurisdicional e todo o gasto social em maior precisão.

8. Julgamento por amostragem

A essa altura, a análise de um exemplo pode demonstrar como, contraintuitivamente, a redução de esforços tendentes à maior precisão individual pode conduzir a uma maior precisão para a maioria dos casos, além de celeridade, menor custo, redução do congestionamento e impacto positivo na litigiosidade geral: o julgamento por amostragem.

Litígios envolvendo crescentes questões regulatórias, problemas de consumo e de interesses transindividuais e coletivos, bem como lesões que por natureza afetam grandes grupos de indivíduos, não dispõem, no Brasil e internacionalmente, de um sistema processual que lhes dê vazão. Vários exemplos são usualmente trazidos pela literatura, como, nos Estados Unidos, o caso *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*,⁷⁰ de indenização por discriminação de empregadas. O seu resultado envolve potencialmente 1,5 milhões de mulheres e em breve irá desafiar a capacidade das cortes de endereçar jurisdição individualizada a custo e em prazo minimamente razoáveis.

Nessa conjuntura, convém iniciar debate, na comunidade jurídica brasileira, sobre a adoção de danos médios, obtidos por tratamento estatístico de resultados jurisprudenciais, ou através de julgamento estatístico ou por amostragem (*trial sampling* ou *bellwether trial*), solução que, se aplicada de forma cuidadosa, pode assegurar, a um só tempo, precisão geral e novo fôlego na dicção jurisdiccional,⁷¹ uma vez atingidos seus objetivos sociais, conforme trabalhos de Bone e de Saks e Blanck.⁷³

Saks e Blanck, assim como Cheng, destacam que o

juízo por amostragem não seria aqui a segunda melhor solução (*the second best*⁷⁵) em termos de precisão judicial. Opostamente, dadas as condições ajustadas, uma das quais a existência de expressivo número de atingidos compondo um grupo homogêneo, seria mesmo a opção preferencial (*the first best*), produzindo até mesmo resultados individualmente mais acurados do que a jurisdição individualizada, confinada em seus próprios limites de fatos revelados e possíveis erros, e reduzindo drasticamente os custos e o tempo do julgamento. Dessa forma, contingências específicas aos casos individuais, como dificuldades da parte, variação de entendimento entre diversos julgadores, erros judiciais ou do advogado, ou mesmo tendências (ideologia, preconceito) não declaradas, passam a ter menor impacto nos resultados. Assim, a sabedoria derivada da repetição de casos seria compartilhada entre todos os do grupo.

Lahav⁷⁶ acrescenta o princípio constitucional da isonomia, destacando a igualdade dos resultados jurisdicionais aos diversos postulantes como atributo da fixação de danos coletivos por amostragem. A autora, assim, transpõe a usual apresentação do tema em termos de autonomia individual versus eficiência coletiva. O procedimento indicado, que Lahav denomina *bellwether trial*,⁷⁷ destina-se a mensurar danos quando há expressivo número de atingidos por um mesmo fato, e, a par de viabilizar julgamentos de outra forma inatingíveis pelo sistema judicial, reduz a aleatoriedade entre as diversas decisões, em atendimento ao princípio da isonomia.

O procedimento surgiu com a necessidade: mais de 730.000 processos aforados por trabalhadores expostos à toxicidade do amianto na década de 1940 nos Estados Unidos da América. O Juiz Federal Robert Paker (*Cimino v. Raymark Indus. Inc.*), que teve perante si 5.000⁷⁸ destes pedidos, aprovou plano de julgamento em três fases: as duas primeiras envolvendo a apuração da responsabilidade da empresa e da causalidade, e a terceira, por amostragem, definindo os danos. Selecionou 169 processos-amostra, solvidos perante o tribunal do júri com extrema precisão, apenas quanto ao dimensionamento dos danos, em julgamento que durou 133 dias. Foram ouvidas centenas de testemunhas e peritos, e processados milhares de documentos. “Se encerrar 169 casos for a conquista de todo este esforço, então foi um erro e não mais se repetirá”, declarou o juiz⁷⁹.

Como resultado, operou-se a classificação em cinco categorias de danos à saúde e foram estipuladas as indenizações médias devidas a cada uma delas (uma das quais resultou em valor zero). Dessa forma, foram resolvidos, estatisticamente, todos os 5.000 processos.

É verdade que o resultado não prevaleceu: por força de

70. LAHAV, Alexandra D. *Bellwether Trials*. *The George Washington Law Review*, v. 76, p. 576-638, 2008.

71. *Sobre a relação entre dano moral tarifado e estabilidade e isonomia judicial*, ver SALAMA, Bruno M. *Dano moral no Brasil*. Brasília, DF: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2011.

72. BONE, Robert G. *Statistical adjudication: rights, justice, and utility in a world of process scarcity*. *Vanderbilt Law Review*, v. 46, p. 598-617, 1993.

73. SAKS, Michael J.; BLANCK, Peter D. *Justice improved: the unrecognized benefits of aggregation and sampling in the trial of mass torts*. *Stanford Law Review*, v. 44, p. 833-841, 1992.

74. CHENG, Edward K. *When 10 Trials are better than 1000: an evidentiary perspective on trial sampling*. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 160, n. 4, p. 955-965, March 2012.

75. LIPSEY, R. G.; LANCASTER, Kelvin. *The general theory of second best*. *Review of Economic Studies*, v. 24, n. 1, p. 11-32, 1956-57.

76. Lahav, *Bellwether Trials*...

77. *Bellwether*, no inglês, é a ovelha que conduz o rebanho com um sino atado ao pescoço.

78. *Varia a literatura quanto a este número, já que as ações ainda prosseguem sendo ajuizadas*.

79. *Apud Lahav*, p. 580.

apelação da empresa requerida, os julgamentos foram anulados por falta de apuração individual, concebido o devido processo legal em sua dimensão estritamente individual, desconsiderado o conflito com outros direitos constitucionais. A doutrina, porém, longe de abandonar a ideia, tem debatido e buscado aperfeiçoar o procedimento.⁸⁰ Ademais, a prática forense registra outros casos que trilharam rumos semelhantes: o caso *World Trade Center* teve 41 ações ajuizadas (97% das vítimas e familiares optaram por receber por meio de procedimento administrativo) e, após julgamentos de processos-amostra promovidos pelo Juiz Alvin K. Hellerstein, 40 dos casos foram solucionados, muitos por força de acordo, uma vez estabelecido o valor de ameaça pelos resultados da amostragem.

Para a sua aplicabilidade, o procedimento exige que certos pressupostos sejam estritamente observados: uma amostragem suficientemente ampla, calculada e manipulada com rigor estatístico, extraída entre casos semelhantes, acuradamente instruídos e julgados. O juiz, júri ou advogados participantes poderão, então, utilizar os vereditos precedentes como base para solução dos casos remanescentes, com base nas variáveis jurídicas que foram consideradas relevantes. O julgamento poderá ser dividido em fases, como a de apuração da responsabilidade, que será instruída e julgada de forma tradicional (ou ainda em ação coletiva), e a fase de mensuração dos danos, somente esta procedida com base em amostras. Os resultados precedentes poderão ser separados conforme uma gama de variáveis, todas ordenadas segundo os critérios tradicionais de fixação de danos e serão aproveitados pelos requerentes remanescentes, desde que apresentem tipicidade (homogeneidade) e probabilidade de solução equivalente.

Nada impede que, utilizada a média estatística como base, fatores particulares discriminantes – idade, nível de renda etc. – sejam considerados para minorar ou majorar, no caso concreto, o valor médio adotado como parâmetro, desde que constituam variáveis jurídicas, mantendo-se assim íntegra a complexidade do direito. É possível, ainda, assegurar que autores possam optar cálculo individualizado dos danos.

A opção pelo julgamento estatístico pode contornar erros peculiares a certos processos ou advogados, como insuficiência de poder econômico para manter a demanda pela parte, problemas pontuais e randômicos com testemunhas, tendência (preconceito, ideologia, paternalismo etc.) de determinado julgador, captura de peritos e depoentes, eliminando desvios da média e promovendo isonomia dos resultados jurisdicionais.

A jurisdição segue cumprindo seus efeitos sociais esperados, anteriormente mencionados – prover informações socialmente valiosas, dissuadir comportamentos ilícitos, compensar as vítimas – agregando-se força ao *enforcement* privado, ao desenvolvimento do direito em determinados setores, à redução da dependência de agências regulatórias, passíveis de captura. Pode-se esperar, inclusive, melhor performance de tais agências.

As provas comunitárias são compartilhadas, sendo desnecessária a produção (revelação) repetitiva de informação nova em cada processo, reduzindo os custos privados, de ambas as partes, e sociais, bem como minorando problemas derivados da rivalidade de uso do sistema judicial. Ampliada a probabilidade de revelação de fatos, reduz-se a margem de incompetência judicial e, em consequência, o oportunismo e a manipulação das regras de alocação do ônus da prova. A litigiosidade temerária será coibida na primeira fase do procedimento, quando é acuradamente fixada a responsabilidade perante determinado postulante, individualmente.

Procedimentos são fatores de mudança social tanto quanto o é o direito substancial, e a apuração coletiva permite o aprimoramento regulatório e a adoção de políticas públicas favoráveis ao bem social, com incremento do sistema legal. O ingresso de demandas não será tão intensamente visto como um problema a ser desencorajado, tornando possível que se forneçam incentivos para o ajuizamento de demandas pouco litigadas ou que afetem grandes grupos da população, conduzindo a profundas alterações no nível de prevenção e nas políticas públicas.

Como objeções ao julgamento estatístico, alega-se insuficiente precisão para apuração da situação individual perante situações heterogêneas, além de lesão à garantia do devido processo legal.⁸¹ Tais objeções devem ser encaradas mais como desafio do que como impedimento à discussão sobre o nível geral de precisão que o sistema processual irá adotar, sendo certo que não existe qualquer direito fundamental ilimitado, sujeitos todos eles à restrição advinda de entrecosques com outros valores – como não seria absoluto ou incondicionado o direito ao devido processo legal, plenamente exercitável com diferentes contornos, como o demonstra o art. 285-A, do CPC.⁸² Este, aliás, é justamente o efeito da sedimentação jurisprudencial, que restringe a articulação de argumentos individuais – sem que tal implique mácula ao devido processo legal. A heterogeneidade pode ser preservada, ademais, pela análise de diferenciais presentes no caso concreto, ainda que se tome por base o valor médio.

Como dito, no Brasil, D'Agostini, Pereira e Domingues,⁸³ pesquisando a utilização do método estatístico para analisar o valor das sentenças que concedem indenização em face das empresas de telefonia, apresentam resultados que podem ser considerados harmônicos de quantificação judicial de danos para cada causa de pedir.

Convém observar que o grau de precisão na adjudicação não é percebido individualmente, mas sim adequado à litigiosidade de grupos estatisticamente homogêneos. Dessa forma, transcende-se a visão individualista do processo, para que se encare a conflituosidade judicial como fenômeno social, reconhecendo-se que julgamentos que afetam grandes grupos de prejudicados, em economia de escala, exigem meios apropriados de equação. Estão obviamente além da capacidade de apreciação individualizada das cortes, paralisadas por casos que se multiplicam, enquanto agentes econômicos se aproveitam

80. Ver, por exemplo, modelo de Friedman, *More Justice for Less Money...*

81. Ver Lahav (p. 604-634), que debate sobre as objeções apontadas.

82. "Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada".

83. D'Agostini... Quanto vale a causa...

estrategicamente da deficiência processual para a apuração individualizada de danos, deficiência que gera a oportunidade de amplos ganhos derivados de pequenas lesões a vasta quantidade de particulares, a própria jurisdição a gerar efeitos dissuasórios perversos.

O exemplo apresentado demonstra como os ganhos derivados da precisão judicial variam conforme o contexto, sendo lícito supor que a sociedade possa optar legitimamente por melhor dimensionar a quantidade de devido processo à expressividade da causa e subsidiar menor exatidão individual, redesenhando os contornos e a intensidade das garantias constitucionais das partes envolvidas e da coletividade em prol de outros valores de igual estatura, considerados os conflitos de direitos em presença.

Chegado o momento de iniciar debate a respeito da escolha do grau de precisão judicial, especificamente para a definição de valores de indenização em processos que tramitam nos Juizados Especiais Cíveis, quando a homogeneidade de atingidos permitir o agrupamento para amostragem, atendida a dinâmica interação entre a precisão judicial individual e a probabilidade de sancionamento para fins de dissuasão de comportamentos ilícitos.

Afinal, como afirmou o Juiz Robert Parker sobre a sua corajosa decisão em *Cimino v. Raymark*,

“requeridos reclamam quanto a 1% de possibilidade de que o resultado fosse significativamente diferente. Contudo, requerentes enfrentam um nível de certeza de 100% de que acabarão tendo denegada a efetividade do seu direito de acesso ao Judiciário. A Corte deixará aos doutrinadores o debate se nossa noção de devido processo deixa lugar à ponderação destes interesses conflitantes”.

Claudia Cristina Cristofani

Desembargadora Federal (TRF4) e Mestranda em Ciências Jurídico-Econômicas (Universidade de Lisboa).