

Julio Cesar Marcellino Junior

**O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E A ANÁLISE
ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA: A MAXIMIZAÇÃO DO ACESSO
NA BUSCA PELA EFETIVIDADE**

Tese submetida ao Curso de
Doutorado do Programa de Pós-
graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa
Catarina como requisito para a
obtenção do título de Doutor em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Horácio
Wanderlei Rodrigues

Coorientador: Prof. Dr. Alexandre
Morais da Rosa

Florianópolis
2014.

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca
Universitária da UFSC.

Marcellino Junior, Julio Cesar Marcellino Junior

O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância : a maximização do acesso na busca pela efetividade / Julio Cesar Marcellino Junior Marcellino Junior ; orientador, Horácio Wanderlei Rodrigues Rodrigues ; coorientador, Alexandre Moraes da Rosa Rosa. - Florianópolis, SC, 2014.

300 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Direito de Acesso à Justiça. 3. Litigância Abusiva. 4. Análise Econômica do Direito. I. Rodrigues, Horácio Wanderlei Rodrigues. II. Rosa, Alexandre Moraes da Rosa. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

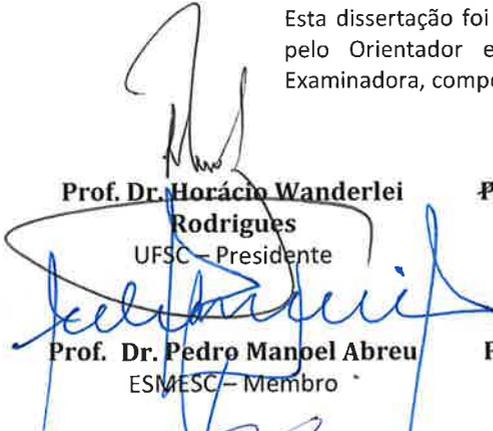
**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
TELEFONE (48) 3721-9287 - FAX (48) 3721-9733 E-mail: ppgd@contato.ufsc.br

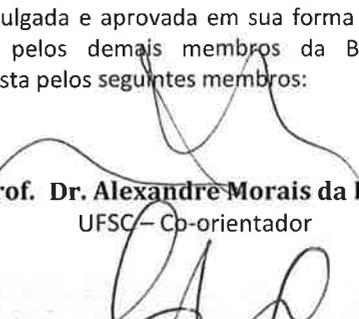
O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: a maximização do acesso na busca pela efetividade

JULIO CESAR MARCELLINO JUNIOR

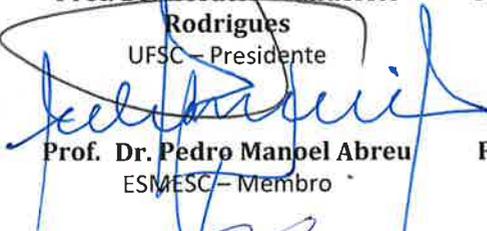
Esta dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:



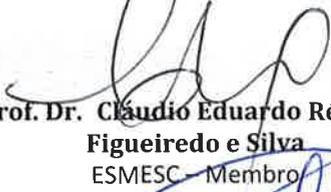
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues
UFSC – Presidente



Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa
UFSC – Co-orientador



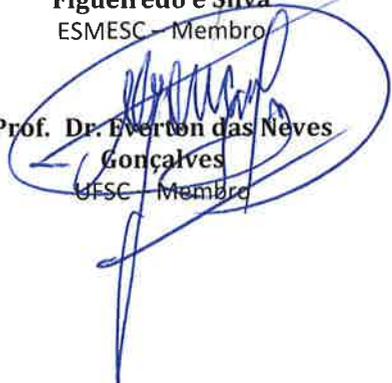
Prof. Dr. Pedro Manoel Abreu
ESMESC – Membro



Prof. Dr. Cláudio Eduardo Régis de Figueiredo e Silva
ESMESC – Membro



Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto
UFSC – Membro



Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves
UFSC – Membro



Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira
UFSC – Membro

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel
Coordenador do PPGD/UFSC

Florianópolis, 14 de março de 2014.

AGRADECIMENTOS

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, da Universidade Federal de Santa Catarina, por aceitar e acreditar no projeto de pesquisa que hoje se transforma em tese.

Ao Professor *Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues*, pela orientação acadêmica e pelo suporte teórico oferecido ao longo de todo o período de estudos do doutorado.

Ao Professor *Dr. Alexandre Moraes da Rosa*, pela coorientação acadêmica e pela longa parceria, especialmente pelo auxílio a mim dispensado para melhor compreender a teoria da Análise Econômica do Direito e suas implicações no âmbito jurídico.

Ao Professor *Dr. António Jose Avelãs Nunes*, professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pelos ensinamentos, generosidade e calorosa acolhida em Portugal durante o período de estudos naquela instituição de ensino.

Ao Professor *Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*, pelo apoio incondicional de sempre e, principalmente, pela decisiva interveniência para que o período de estudos na Faculdade de Direito de Coimbra se concretizasse.

Aos professores do PPGD, pela dedicação e pelas lições que se tornaram fundamentais para a produção desta pesquisa.

Aos servidores do PPGD, pela permanente atenção e profissionalismo no dia a dia acadêmico.

Aos meus familiares e amigos, que, pacientemente, compreenderam a ausência nesta fase de estudos.

RESUMO

O presente estudo aborda sobre o direito de acesso à justiça e o problema da litigância abusiva, utilizando como marco de pesquisa a Teoria da Análise Econômica do Direito. Constatou-se que o excesso de litigância possui implicações importantes no que concerne ao acesso à justiça. A litigância frívola, que diz respeito àquelas demandas propostas com baixa probabilidade de êxito e/ou com custo do processo superior aos benefícios que possam ser alcançados, ao lado da litigância habitual, referente àquelas ações repetitivas que, de regra, tratam de questões consumeristas, são fenômenos processuais a partir dos quais se constata abuso no manejo do direito de ação. Esses dois fenômenos acarretam aumento expressivo no volume de ações que tramitam nas varas judiciárias, o que dificulta a efetivação do pleno acesso à justiça, previsto na Constituição da República. O modelo tradicional de acesso é calcado na lógica de universalidade e gratuidade aos desafortunados, com poucas restrições para o ingresso de demandas, o que facilita a ocorrência de abuso no exercício de direito de ação. A análise econômica da litigância demonstra que é possível ao magistrado a utilização do critério custo-benefício para decidir sobre a admissibilidade de demandas. Poder-se-ia concretizar esta iniciativa por intermédio de uma estratégia hermenêutica inspirada no modelo juiz-pragmático, descrita por Richard Posner, que defende a abordagem consequencialista do Direito. Assim, por meio dessa alternativa, entende-se ser exequível a concretização de um acesso efetivo e eficiente à Justiça.

Palavras-chave: Direito de Acesso à Justiça. Litigância Abusiva. Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

The present study is focused on the right of access to justice and the problem of abusive litigation and use the theory of economic analysis of law as a framework. It is noted excessive litigation has direct implications for the access to justice. The frivolous litigation, with regard to those demands that are proposed with low probability of success and / or cost more than the benefits that can be achieved, alongside the usual litigation, relating to those repetitive actions that a rule dealing with consumer matters, are procedural phenomena from which it appears in an abuse of the right of action management. These two phenomena cause a significant increase in the volume of lawsuits filed in courts, which hinders the realization of the full access to justice, as provided in the Constitution. The traditional access model is underpinned by the logic of universality and gratuitousness to the unfortunates, with few restrictions on the inflow of demands, which facilitates the occurrence of abuse in the exercise of the right of action / right. The economic analysis of litigation demonstrates it is possible the magistrate use the cost-benefit criterion for determining the admissibility of demands. It would implement this initiative through a hermeneutic strategy inspired by the model described by Judge Richard Posner pragmatic, consequentialist approach that advocates the right. Thus, through this alternative, it is possible to achieve an effective and efficient access to justice.

Keywords: Access to Justice. Abusive Litigation. Law and Economics.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ALACDE	<i>Latin American and Caribbean Law and Economics Association</i>
ANADEP	Associação Nacional dos Defensores Públicos
Art.	Artigo
BCE	Banco Central Europeu
CES	Centro de Estudos Sociais
CIA	<i>Central Intelligence Agency</i>
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
FMI	Fundo Monetário Internacional
IPC-Jus	Índice de Produtividade Comparada da Justiça
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
<i>LaE</i>	<i>Law and Economics</i>
Mercosul	Mercado Comum do Sul
NAFTA	<i>North American Free Trade Agreement</i>
NEVS	<i>Negative Expected Value Suit</i>
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OMS	Organização Mundial da Saúde
PEVS	<i>Positive Expected Value Suit</i>
PPGD	Programa de Pós-Graduação em Direito
RCL	Reclamação
ss.	seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
TJAC	Tribunal de Justiça do Estado do Acre
TJAP	Tribunal de Justiça do Estado do Amapá
TJMS	Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TRF	Tribunal Regional Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	15
2	CAPITALISMO, GLOBALIZAÇÃO E ESTADO: a lógica eficientista e suas implicações.....	21
2.1	CAPITALISMO E DEMOCRACIA: evolução histórica e (des)conexões	22
2.2	O CAPITALISMO CONTEMPORÂNEO E O ATUAL ESTÁGIO DO “ESTADO CORPORATISTA” NO OLHAR DE NAOMI KLEIN.....	27
2.3	O NEOLIBERALISMO A PARTIR DE FRIEDRICH VON HAYEK E MILTON FRIEDMAN: o circuito Montpélerin- Chicago.....	36
2.4	A EFICIÊNCIA COMO CÓDIGO DA MATRIZ NEOLIBERAL E SUA DIMENSÃO IDEOLÓGICA: o câmbio entre meios e fins	52
2.5	A GLOBALIZAÇÃO COMO FENÔMENO ECONÔMICO DE PODER: a nova face do capitalismo contemporâneo.....	60
3	DIREITO E ECONOMIA: das primeiras conexões até o <i>Law and Economics ScholarShip</i>	73
3.1	DAS PRIMEIRAS CONEXÕES ENTRE DIREITO E ECONOMIA AO MOVIMENTO <i>LAW AND ECONOMICS</i>	73
3.2	A <i>LAW AND ECONOMICS</i> EM RICHARD POSNER	85
3.2.1	A expansão da <i>Law and Economics</i> para os países do <i>civil law</i> : o caso brasileiro.....	88
3.2.2	O <i>Pragmatic Turn</i> e o novo <i>ethos</i> Judicial: Direito e democracia a partir da abordagem pragmática.....	92
3.2.3	Posner relendo Bentham, Hayek e Dworkin	104
3.2.4	O sujeito econômico e a maximização da riqueza como norma de fundamento ético	113
3.2.5	Justiça como (neo)eficiência na perspectiva maximizadora.....	121
3.2.6	O juiz pragmático como ator laboral no mercado: interpretação consequencialista e abordagem behaviorista do Direito.....	125
4	O ACESSO À JUSTIÇA: da teoria clássica ao atual modelo de “Justiça em Números”	131

4.1	A TEORIA DE ACESSO À JUSTIÇA E O “PROJETO DE FLORENÇA”: a importância de Mauro Cappelletti.....	132
4.2	O MODELO TRADICIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA E SEU ACOLHIMENTO NO BRASIL: desafios e dificuldades	137
4.3	O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E SUA DEFINIÇÃO CONCEITUAL: o olhar da doutrina brasileira	141
4.4	A QUESTÃO DA GRATUIDADE DO ACESSO NO MODELO PÁTRIO: justiça gratuita, assistência judiciária gratuita e assistência jurídica gratuita	148
4.5	ACESSO À JUSTIÇA E O MODELO GERENCIAL DE GESTÃO: a lógica da “Justiça em Números”	158
4.5.1	As reformas constitucionais e suas implicações: do Documento Técnico n.º 319 do Banco Mundial às Emendas Constitucionais n.º 19/1998 e n.º 45/2004.....	159
4.5.2	O choque de gestão no Poder Judiciário: a política do Conselho Nacional de Justiça e seus efeitos.....	170
5	MAXIMIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: da “Tragédia do Acesso” à possibilidade de um processo democrático e efetivo	193
5.1	O AMBIENTE DE ESCASSEZ DE RECURSOS E OS LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO: a teoria da “Tragédia dos Comuns” como “Tragédia do Acesso à Justiça”	194
5.2	ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA E SUAS VERTENTES: releitura da visão tradicional do litígio.....	200
5.3	O EXCESSO DE LITIGÂNCIA E O “INAUTÊNTICO”: o abuso de direito de ação em análise	211
5.4	MAXIMIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: a busca da concretização do direito de acesso por meio da ação eficiente.....	221
5.5.1	A frivolidade e habitualidade no cotidiano forense.	242
5.6	A HERMENÊUTICA PRAGMÁTICA DA EFETIVIDADE PROCESSUAL E AS ALTERNATIVAS POSSÍVEIS PARA O ENFRENTAMENTO DOS FENÔMENOS DA FRIVOLIDADE E DA HABITUALIDADE	247
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	265
	REFERÊNCIAS.....	277
	ANEXO A – JURISPRUDÊNCIAS	293

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar o direito de acesso à justiça e o problema da litigância frívola, lidos a partir dos fundamentos da Teoria da Análise Econômica do Direito, tendo por referência a obra de Richard Posner. O fenômeno da litigiosidade e suas implicações para o processo judicial serão examinados dando-se atenção especial ao excesso de demanda e à lentidão na prestação do serviço jurisdicional.

Entende-se que a litigiosidade constitui um dos problemas mais sérios a serem enfrentados na contemporaneidade pelo Poder Judiciário e pelos estudiosos do Direito. Há manifesta crise na relação entre o Estado e os jurisdicionados, que pode ser constatada pela imensa dificuldade de o Poder Judiciário assimilar todo o volume de ações propostas diariamente.

A partir da promulgação da Constituição da República, com o reconhecimento do direito de acesso à justiça como garantia estabelecida a partir da ideia de universalidade e gratuidade para os desafortunados, houve aumento expressivo de propositura de demandas judiciais.

A ampliação do acesso à justiça, no final da década de 80 do século XX, foi, sem sombra de dúvida, significativa conquista histórica. Aos desafortunados representou uma possibilidade real de inclusão social, uma vez que um possível e amplo acesso à justiça previsto constitucionalmente implicaria certamente maior efetivação de direitos sociais.

Contudo, esse novo modelo de acesso à justiça, estabelecido de forma ampla e praticamente irrestrita a todos aqueles que preenchem as condições e requisitos para a propositura de uma ação judicial, acarretou sérios problemas ao funcionamento da máquina judiciária.

A estrutura do Poder Judiciário, no tocante a seus recursos orçamentários, financeiros e humanos, é limitada e não conseguiu acompanhar de modo satisfatório o crescimento do volume de ações propostas. Há um “parque instalado” com capacidade limitada de assimilação de demandas e que precisa ser levado em consideração, quando se pensa em acesso à justiça. A consequência é conhecida por todos: um Judiciário lento que não consegue, na maioria dos casos, oferecer, em tempo razoável, respostas e soluções aos seus jurisdicionados.

Existe, pois, um problema de excesso de litigiosidade a ser enfrentado. Claro que se trata de um fenômeno complexo e que ocorre por várias razões. Todavia, há um ponto em especial que pode ser discutido a partir deste estudo, qual seja, a litigiosidade frívola e habitual, que diz respeito àquelas demandas que são, respectivamente, propostas pelos jurisdicionados com baixa probabilidade de êxito e aquelas propostas em massa, denominadas como ações repetitivas. Trata-se de ações judiciais que, em princípio, preenchem os requisitos iniciais e as condições da ação (legitimidade de partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido) e que, em razão disso, podem ingressar e tramitar no sistema judiciário.

No caso de ações com litigantes habituais, percebe-se com destaque a presença de grandes conglomerados econômicos como partes processuais. Os referidos conglomerados eventualmente praticam atos que acarretam prejuízos aos consumidores, e estes acionam as empresas em juízo na tentativa de buscar compensação financeira. Ocorre que as empresas, de alguma forma, usam a lentidão e a burocracia do processo judicial para obter vantagens econômicas frente aos jurisdicionados lesados e, não raro, por meio da realização de acordos judiciais nem sempre favoráveis aos consumidores.

O ponto fundamental a ser considerado é que esse jogo ocorre sob alto custo do erário. Muito embora essas empresas paguem custas judiciais ao final do processo e, em alguns casos, até mesmo antecipem despesas processuais, não se pode deixar de considerar o alto custo indireto (funcionários, salários, estrutura, etc.) acarretado pelo processo judicial, que se arrasta por vários anos.

Os entes públicos (Município, Estado e União) também figuram, em muitos casos, como litigantes habituais e usam do processo como parte de um jogo econômico, considerando os limites de seus orçamentos anuais. São milhares de ações que abarrotam o Judiciário brasileiro e que implicam altíssimos custos aos cofres públicos.

Além dos custos diretos e indiretos, existe outro problema que se torna central para esta tese: o excesso de litigância acarreta inviabilização parcial do acesso à justiça. A litigância frívola é apenas parte de um problema maior que diz respeito ao excesso de litigância.

Esse volume imenso de demandas judiciais não pode ser assimilado em totalidade e em tempo razoável pelo Poder Judiciário, que possui limitações financeiras e de estrutura. A consequência dessa situação se percebe na própria questão do acesso à justiça. O excesso de ações judiciais tramitando acarreta retardo e lentidão na apreciação e no julgamento de todas as demandas, o que torna o acesso pleno à Justiça apenas aparente.

Sabe-se que muitas das ações judiciais, por conta da demora na tramitação e no julgamento, acabam não concretizando o seu próprio objeto, entregando tardiamente aos jurisdicionados uma decisão. O excesso na demora na apreciação da causa ocasiona prejuízos ao patrimônio dos próprios litigantes. Tal excesso causa o que se chamará de “acesso inautêntico”, ou seja, um falso ou aparente pleno acesso à justiça, que, em verdade, dada a atual situação do sistema, não se concretiza da maneira almejada pelos Constituintes.

O presente estudo teve como foco principal o enfrentamento desta parte do problema do excesso de litigiosidade, reconhecendo o manifesto abuso no manejo do direito de ação nos casos de litigância frívola e habitual. Pretendeu-se demonstrar, assim, que é possível utilizar de critério objetivo de análise custo-benefício no momento de recebimento das ações judiciais para impedir com que demandas frívolas avancem na tramitação no sistema judicial.

Para isso, utilizou-se da Teoria da Análise Econômica do Direito, recorrendo aos fundamentos oferecidos por Richard Posner, para respaldar a construção de uma estratégia hermenêutica que permita ao magistrado valer-se do critério custo-benefício para a análise de ações manifestamente frívolas.

Reconhece-se, de antemão, que nem todos os valores manejados em ações judiciais são apenas de ordem pecuniária. A própria Teoria da Análise Econômica do Direito demonstra isso. Sabe-se que muitas ações de custo negativo são propostas, e com grande significado emocional ou moral para o interessado. Contudo, entende-se que é preciso considerar todo o sistema judicial, pensando em uma solução macro para o problema do excesso de litigiosidade. Pela sobrecarga do Judiciário, esses casos de custo negativo, mas de grande importância emocional ao interessado, também serão prejudicados pela demora na tramitação.

Além do mais, antecipa-se, desde já, que o presente estudo não considera que a litigância gratuita aos desafortunados seja o foco do problema. Muito pelo contrário, a gratuidade oferecida aos desafortunados é legítima e será defendida neste estudo, e reconhecida como uma conquista histórica irreversível. O que se combate aqui, que fique claro, é a litigância frívola, que também é facilitada em parte pela gratuidade no ingresso de demandas e que tem por consequência a criação do fenômeno da gratuidade inautêntica.

Constata-se que o excesso de litigância é um problema que prejudica a todos, especialmente aos desafortunados. São estes, de fato, as principais vítimas da demora e lentidão da tramitação processual, por não possuírem condições financeiras muitas vezes para suportar a espera. É preciso reconhecer que existem proposições frávolas também albergadas pela gratuidade prevista constitucionalmente. Essas demandas frávolas prejudicam sobremaneira a apreciação de milhares de demandas não frávolas, sendo esse ponto fundamental a ser levado em consideração.

Não obstante o propósito principal desta pesquisa ser a apresentação de uma construção especulativa para o enfrentamento do problema do excesso de litigância, ao final do estudo, propõe-se, como alternativa, no âmbito da normatividade, a articulação com o art. 285-A do Código de Processo Civil, e também se cogita a hipótese de criação de uma proposta legislativa específica de modo a respaldar na lei processual o mecanismo da análise custo-benefício para o enfrentamento de demandas frávolas.

Para a concretização desta empreitada, organizou-se este estudo em quatro capítulos, fundamentais para oferecer sustentação argumentativa à dedução final.

No primeiro capítulo, abordar-se-á acerca do ambiente e do contexto político em que se vive, com o intuito de compreender o modelo político e econômico vigente e a sua relação com o Estado. Por conseguinte, avaliar-se-á o desenvolvimento histórico do regime capitalista até o modelo contemporâneo neoliberal globalizado. Será explorada com interesse a vertente eficientista, procurando entender o seu alcance como fenômeno advindo da Economia e sua importância como código representativo da intersecção entre Direito e Economia.

No segundo capítulo, apresentar-se-á o movimento da análise econômica do Direito, mais conhecido como *Law and Economics (LaE)*, especialmente a partir da obra de Richard Posner. Mesmo reconhecendo que o movimento *LaE* transcende a obra deste autor, e que tenha sido construído com a contribuição de outros teóricos, fez-se a opção de focar em Posner, por ser considerado a mais importante referência da teoria e por ter oferecido o mais consistente estatuto teórico sobre o assunto.

Neste capítulo, demonstrar-se-á que a relação entre Economia e Direito se estreitou muito ao longo das últimas décadas, e que a Teoria da Análise Econômica do Direito possui potencial para apresentar-se como alternativa hermenêutica a enfrentar o problema do excesso de litigância no País. Partindo da análise custo-benefício e com uma tese própria sobre eficiência como maximização de riqueza, Posner apresenta interessante modelo decisional calcado em critério objetivo, que se torna útil para aqueles que estão preocupados com o custo do processo e com a efetivação do acesso à justiça.

No terceiro capítulo, refletir-se-á acerca dos custos da jurisdição e sua relação com o acesso à justiça. Propugnar-se-á, neste capítulo, que o modelo clássico de acesso à justiça, criado a partir do “Projeto de Florença”, com forte ênfase na questão da gratuidade para o acesso, encontra-se defasado e apresenta-se como insuficiente para dar conta do fenômeno da litigância abusiva, sobretudo em relação às demandas manifestamente frívolas.

Por consequência da onda reformista verificada no âmbito do Direito Processual nos últimos anos, chega-se ao atual modelo gerencial de gestão do Judiciário denominado “Justiça em Números”. O principal objetivo será explicar como tal protótipo foi construído, seu alcance para a função judicante e quais as suas implicações para o acesso à justiça. Nesse modelo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) assume protagonismo singular, o que também será explorado no terceiro capítulo.

No quarto e último capítulo, abordar-se-á sobre o acesso à justiça a partir da análise econômica da litigância, procurando explicar que o excesso abusivo de litigância acarreta inautêntico ou falso acesso pleno à Justiça. Realizando uma releitura da categoria eficiência na relação com a categoria efetividade,

demonstrar-se-á a viabilidade de uma construção teórica, no plano hermenêutico, para combater essa problemática processual.

Recorrer-se-á ao fundamento da teoria posneriana de análise custo-benefício das demandas judiciais, para forjar um critério interpretativo objetivo a ser manejado pelo magistrado no momento da apreciação de admissibilidade de uma demanda, articulando sua fundamentação jurídica no abuso de direito de ação.

No que diz respeito à técnica de pesquisa, foi utilizada a de documentação indireta, nas modalidades bibliográfica e documental. O método de procedimento manejado foi o monográfico, e o de abordagem, foi o hipotético-dedutivo.

2 CAPITALISMO, GLOBALIZAÇÃO E ESTADO: a lógica eficientista e suas implicações

Os fenômenos jurídicos devem ser analisados levando em consideração o ambiente e o contexto político e econômico em que se vive. O regime político e econômico que prevalece na atualidade é o neoliberal globalizado, que, desde a década de 90 do século XX, vem se consolidando e se fortalecendo, apesar da crise enfrentada nos últimos anos, principalmente nos países do eixo central.¹

Será importante revisitar os fundamentos do pensamento capitalista e sua evolução histórica para compreender a relação entre o Estado e o mercado. Com o passar do tempo, muitas modificações foram sendo constatadas nessa relação, ficando cada vez mais nítida a ascensão do mercado em relação ao Estado.

Um ponto fundamental, nesta análise, é perceber como a ação eficiente se tornou uma categoria central para o pensamento capitalista-neoliberal. A eficiência representa importante elo de conciliação entre os fundamentos da Economia, da política e da ética, tendo sido também transplantada, posteriormente, para o âmbito jurídico. Advém de uma lógica de grande inspiração econômica e que parte do reconhecimento da conduta humana impulsionada por estímulos racionais.

Do resgate histórico até os dias atuais, perceber-se-á mudança expressiva do regime capitalista e da função do Poder Público. Demonstradas as conexões e implicações da relação

¹ Faz-se essa afirmação por entender-se que a crise enfrentada pelo neoliberalismo, que se tornou aguda nos países centrais a partir de 2008, não colocou em xeque o movimento enquanto regime político e econômico prevalente. O que se pode perceber foi a ocorrência de uma revisão em relação aos dogmas tradicionais da doutrina neoliberal, sobretudo no que diz respeito ao papel intervencionista do Estado no mercado, na hipótese de atenuação de externalidades. Apesar de discutirem algumas propostas de redimensionamento do papel do Estado, em relação à Economia, inclusive, com menções nos encontros do Fórum Econômico Mundial de Davos, percebe-se que as diretrizes do pensamento neoliberal pouco foram alteradas na prática. Por conta disso, optou-se por não explorar este ponto no estudo de maneira particularizada.

entre Estado e mercado, tornar-se-ão mais evidentes as razões pelas quais o pensamento efficientista assumiu tamanho protagonismo na concepção brasileira de gestão administrativa do aparato público.

2.1 CAPITALISMO E DEMOCRACIA: evolução histórica e (des)conexões

O capitalismo surge como fenômeno social peculiar. Tem suas origens entre os séculos XVIII e XIX e, desde então, vem sofrendo mutações ao longo do tempo. Torna-se importante e fundamental compreender o processo evolutivo do capitalismo no mundo e sua interconexão com o regime político democrático. O capitalismo dos dias atuais, na sua versão radicalizada pelo pensamento neoliberal, distingue-se, em muito, daquele modelo original inicial, ainda tributário às ideias liberais clássicas. Seu desenvolvimento ocorreu em ritmo e formas distintas nas diferentes regiões do planeta.

O pensamento capitalista contemporâneo representa o pano de fundo do movimento que forjou a análise econômica do direito. Muitas das respostas às dúvidas em relação à operacionalidade e funcionalidade da *LaE* encontra-se no encadeamento discursivo constituído ao longo da trajetória de evolução do pensamento capitalista e liberal. Revisitar esse processo histórico de surgimento e consolidação do capitalismo se apresenta como estratégico para os fins deste estudo, o que se fará a partir dos ensinamentos de Avelãs Nunes.

Nunes afirma que o capitalismo dos dias atuais se distingue, sob determinados aspectos, do modelo capitalista dos séculos XIX e XX. Contudo, mesmo diante de todas as mudanças verificadas ao longo da história, segundo o autor, a essência do sistema capitalista se mantém inalterada. Isso é o que se verifica a partir da análise que se pode fazer das fases históricas do modelo capitalista.²

Conforme Nunes, a história do regime capitalista poderia ser dividida em três diferentes fases. A primeira fase seria denominada de “capitalismo de concorrência”, a segunda, de

² NUNES, António José Avelãs. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 176.

“capitalismo monopolista”, e a terceira fase, de “capitalismo monopolista de Estado”.³

O capitalismo de concorrência, também designado por outras expressões como capitalismo liberal, atomístico, individual, etc. refere-se à realidade econômica própria dos países onde ocorreu a chamada Revolução Industrial, entre os fins dos séculos XVIII e XIX.⁴ Segundo Nunes, tal modelo possui como principais características:

a) A existência de um grande número de pequenas empresas – muitas vezes empresas individuais ou familiares –, gozando os empresários de absoluta liberdade de iniciativa com vista à obtenção do máximo lucro tendo em conta o preço formado no mercado; b) livre concorrência entre as empresas, pois, sendo pequenas, nenhuma delas poderia exercer influência sensível sobre a oferta e, sendo muito numerosas em cada indústria, não tinham possibilidade de estabelecer acordos entre elas com vista ao controle dos preços e do mercado; por outro lado, nenhuma das empresas estava em condições de conquistar e conservar uma clientela (procura) própria e mais ou menos segura, porque os bens produzidos e vendidos no mercado são homogêneos e porque se considera existir plena transparência no mercado (em cada momento, todos os agentes econômicos – tanto os vendedores como os compradores/consumidores – dispõem de todas as informações possíveis acerca das condições do mercado); c) as condições em que essa concorrência se desenrolava faziam que o mercado se apresentasse como um mecanismo por meio do qual os consumidores orientam a produção, de modo que se produzam precisamente aqueles bens, daquela qualidade e naquela quantidade que corresponde à procura que eles efetivamente

³ *Idem.*

⁴ *Ibidem*, p. 178.

fazem. [...] d) A economia funcionaria por si, segundo as suas próprias leis, à margem da política. A economia é a esfera de ação dos particulares, uma esfera da vida inteiramente separada da política, do Estado.⁵

Nessa perspectiva, o consumidor possuía *status* de detentor privilegiado do poder econômico, condição-mestre da ideia difundida de consumidor-soberano ou soberania do consumidor. Representava a mola propulsora de um mercado que controlava de modo diretivo a economia e, ainda, mostrava-se aberto e fértil ao surgimento de pequenas empresas. O traço marcante era o da interação de várias empresas de pequeno porte, com grande oferta de produtos, sem haver constituída, ainda, a figura dos oligopólios.⁶

O mercado estava calcado na diretriz da eficiência, sustentada pela ideia de concorrência perfeita e no sistema de preços. Acreditava-se que o livre jogo das forças constituidoras do mercado, potencializadora das capacidades racionais dos indivíduos em ambiente livre, conduziria a economia a um ponto de equilíbrio. Todo e qualquer tipo de intervenção nesse ambiente econômico representaria um distúrbio ou perturbação à espontaneidade dos fluxos financeiros. Essa forma de pensar está diretamente ligada à concepção liberal, isto é, conectada à ideia de rigorosa separação entre o Estado e a Economia.⁷

Nessa ótica, o Estado figura no formato “Estado guarda-nortuno”, devendo agir tão somente para a garantia da defesa da ordem social, da execução de serviços específicos e da liberdade individual. Falava-se em Estado e sistema neutros, num sentido moderno. Em verdade, sabe-se que o Estado não era neutro no sentido próprio da palavra. O aparato estatal sempre funcionou sob as pressões da sociedade e das circunstâncias de cada época.⁸

Nesses primeiros tempos do capitalismo, ressalta Nunes, a estrutura social era bem marcada por grande número de pequenos empresários com pouca capacidade mobilizada de

⁵ *Ibidem*, p. 178-179.

⁶ *Ibidem*, p. 179.

⁷ *Ibidem*, p. 179-180.

⁸ *Ibidem*, p. 180.

pressão. Por conta disso, a intervenção estatal se mostrava desnecessária para a resolução de conflitos de interesses. Isso porque havia aparente equilíbrio de forças diante da falta de oligopólios que pudessem redirecionar ou até mesmo conduzir os destinos dos mercados.⁹

A etapa seguinte, apontada pelo autor como manifestamente marcada pela concentração capitalista e monopolização da Economia, é chamada de capitalismo monopolista, com início no último quartel do século XIX e se prolongando até a Primeira Guerra Mundial. Esse período é apontado pela existência de pequeno número de grandes empresas cercadas por tantos outros pequenos estabelecimentos desprovidos de capacidade de influência no mercado.¹⁰

Nunes explica que o processo de concentração de capital se deu em razão da concorrência, do avanço tecnológico, das crises cíclicas e do fortalecimento do setor bancário. A procura por novas formas de produção, aliadas a novas técnicas industriais, proporcionaram grandes lucros às empresas, o que permitia um constante investimento no setor, criando volumosa massa de recursos no mercado. O autor lembra, ainda, que o período foi denominado por Segunda Revolução Industrial, marcado pelas novas fontes de energia, como o petróleo e a eletricidade, que foram gradativamente substituindo os motores a vapor.

Outro aspecto destacado é a importância do setor bancário aliado à exportação de capitais privados. Com o engrandecimento da referida atividade, mais recursos foram disponibilizados para investimento no setor empresarial e industrial, o que também contribuiu, em muito, para a concentração de capitais no mercado. Com tal concentração, setores estratégicos da economia se fortaleceram e conseguiram exercer ascendência sobre outros países, criando gigantesco fluxo de recursos em âmbito internacional. Esta situação, caracterizada pela internacionalização do capital e unificação do mercado mundial, de fato, recrudescer significativamente a posição dos países dominados economicamente.¹¹

⁹ *Ibidem*, p. 180-181.

¹⁰ *Ibidem*, p. 181.

¹¹ *Ibidem*, p. 185-191.

Nunes, nesse sentido, arremata:

Em suma: *internacionalização do capital e a unificação do mercado mundial* a que assistiu no período do capitalismo monopolista vieram lançar as bases da hierarquia que hoje caracteriza o sistema mundial do capitalismo. Um pequeno grupo de países (inicialmente apenas a Inglaterra, depois acompanhada ou mesmo ultrapassada por outros países da Europa Ocidental e pelos EUA, e, atualmente, incluindo também o Japão, a Áustria, a Nova Zelândia) ocupa o vértice da pirâmide, dominando todo o resto do globo. Em posição intermédia, os países que são a um tempo dominados e dominantes. Na parte inferior da escala hierárquica, vêm os chamados países subdesenvolvidos (países dominados, países dependentes, países de desenvolvimento impedido).¹²

No período subsequente, ainda sob a ótica do autor, tem-se o chamado capitalismo monopolista de Estado, que inicia no momento coincidente à Primeira Guerra Mundial. Este período origina um elemento novo, que bem o distingue das fases antecedentes ao movimento capitalista.¹³

Muito embora o capitalismo monopolista de Estado continue apresentando as características basilares do período capitalista monopolista, a partir de agora surge novo aspecto que representará importante “transformação no modo de articulação da estrutura econômica com a estrutura política”.¹⁴

A partir dessa nova fase, o Estado abandona sua tradicional posição de “guarda-noturno” para tornar-se praticamente um “Estado-econômico”, com grande protagonismo na Economia e no mercado. Longe de uma atuação discreta ou “neutra”, o Estado agora se apresenta como operador econômico de peso nas economias capitalistas. Nunes lembra que “ele é muitas vezes o maior produtor, o maior investidor, o maior

¹² *Ibidem*, p. 194.

¹³ *Ibidem*, p. 196.

¹⁴ *Idem*.

consumidor, o agente que movimenta a parte mais importante do rendimento nacional”.¹⁵

Aliás, o autor se antecipa ao afirmar que não somente a política é hoje cada vez mais “política econômica”, como também o Direito, cada vez mais, ocupa-se com a regulação da Economia. A ordem econômica se apresenta como instituto de grande relevância para a ordem jurídica.¹⁶

2.2 O CAPITALISMO CONTEMPORÂNEO E O ATUAL ESTÁGIO DO “ESTADO CORPORATISTA” NO OLHAR DE NAOMI KLEIN

A partir da análise da evolução histórica do capitalismo, pôde-se perceber que o capitalismo teve suas bases lançadas na era moderna, consolidando-se nos primeiros séculos da era contemporânea. Foi se modificando ao longo do tempo com implicações diretas não somente no campo econômico, mas, principalmente, no social, alterando de modo definitivo o comportamento dos sujeitos. Viu-se, ainda, que o papel do Estado na relação com a Economia foi fundamental para se compreender cada uma das fases de seu processo evolutivo.

Entretanto, nas últimas décadas, tem-se percebido um fenômeno novo em relação ao capitalismo neoliberal globalizado. Isso porque o Estado tem se colocado a serviço do mercado, pautando em grande parte todo o seu funcionamento em razão das diretrizes fornecidas pelo eixo de decisão dos grandes conglomerados econômicos, bem como pelo mercado especulativo. O elemento novo que surge é a maneira de aplicação do método neoliberal de relação entre o capital e o sujeito e a nova face do Estado, no formato Estado Corporativo.

Com o neoliberalismo globalizado, em sua versão teórica mais contundente, forjada a partir das teses de Hayek e Friedman, já se tinha a proposta de implementação do projeto capitalista sem limites éticos, justificando-se na lógica de que a Economia funciona como ordem espontânea que acabaria por alcançar necessariamente o equilíbrio ótimo.

Ocorre que agora, tendo o Estado não somente como aliado de peso, mas também como elemento constitutivo do

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Ibidem*, p. 197.

projeto econômico global, há nítida radicalização em relação aos métodos. Isso porque os episódios de extrema tensão e vulnerabilidade dos sujeitos passam a ser vistos como oportunidades estratégicas para consolidar e fazer avançar o projeto neoliberal.

Crises econômicas, catástrofes climáticas, guerras, conflitos armados e todo e qualquer acontecimento que possa gerar comoção e fragilidade nos sujeitos passam a ser considerados como circunstâncias a serem devidamente aproveitadas como oportunidades para a realização de negócios, além de imprimirem velocidade no avanço da escalada da Economia sobre o Estado e o Direito.

Quem bem retrata esse novo fenômeno do capitalismo contemporâneo é Naomi Klein. A autora esclarece, em sério tom de denúncia, que se instaurou em sociedade uma nova racionalidade político-econômica, a qual já vinha sendo construída ao longo das últimas três décadas. Esta nova reflexão trouxe como consequência o que Klein denomina de Estado corporativo, caracterizado por um modelo político-econômico projetado pelos mentores do neoliberalismo, no qual o setor empresarial invade a esfera pública usurpando funções típicas, a fim de elevar seus lucros e fazer com que o aparato estatal se torne subalterno ao mercado. Trata-se, nada mais nada menos, do modelo Estado-sócio, que serve ao setor corporativo a partir da lógica de preservação da “paz” e da “liberdade”.¹⁷

No entanto, a novidade encontra-se no atual estágio do capitalismo neoliberal. Tal período possui uma face que não se alimenta da “espontaneidade equilibrada” do mercado de outrora¹⁸, mas sim de eventos climáticos e conflitos trágicos à humanidade, formando um mercado específico. Crises econômicas, tsunamis, guerras e conflitos passam a ser encarados como eventos que geram oportunidades para implementação de medidas político-econômicas. Nesse contexto, o que chama a atenção é a sistematização da violência – física e

¹⁷ KLEIN, Naomi. **A doutrina do choque**: a ascensão do capitalismo de desastre. Tradução de Vânia Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

¹⁸ Na perspectiva da teoria clássica da Economia.

simbólica – como *método de choque* para impor uma racionalidade de meios que evitem resistências¹⁹.

O que se percebe, já no início da implementação do neoliberalismo no ocidente, é sua peculiar relação com a violência e, por isso, Klein utiliza a metáfora do *choque*. Esse modelo político-econômico tão somente é implementado ou mantido com respaldo na agressividade. Nesse sentido, a autora explica que

[...] num de seus mais influentes ensaios, Friedman elaborou em termos teóricos a tática nuclear do capitalismo contemporâneo, que eu aqui denomino de doutrina do choque. Ele observou que ‘somente uma crise – real ou pressentida – produz mudança verdadeira’. Quando a crise acontece, as ações que são tomadas dependem das ideias que estão à disposição. Esta, eu acredito, é a nossa função primordial: desenvolver alternativas às políticas existentes, mantê-las em evidência e acessíveis até que o politicamente impossível se torne o politicamente inevitável.²⁰

Em realidade, trata-se de um método que inaugura o novo paradigma para o capitalismo, chamado de Capitalismo de Desastre. O ponto de partida de suas conclusões é a constatação de que os “ataques orquestrados à esfera pública, ocorridos no auge de acontecimentos catastróficos, e combinados ao fato de que os desastres são tratados como estimulantes oportunidades de mercado.”²¹ Klein aponta esse fenômeno como o motor de propulsão do neoliberalismo contemporâneo.

O estado de *choque* se refere a um estado psíquico que expõe os sujeitos a extrema vulnerabilidade e que enfraqueceria a possível resistência às mudanças econômicas. O objetivo é engendrar uma real limpeza, de modo a remodelar e reescrever

¹⁹ O que Friedman chama de *tratamento do choque* ou *terapia do choque*.

²⁰ KLEIN, Naomi. **A doutrina do choque**, *op. cit.*, p. 16.

²¹ *Ibidem*, p. 15.

o indivíduo, por meio do choque – causando imensa desorientação e desordem mental. Não por acaso, as técnicas de choque friedmanianas se inspiraram nos eletrochoques recomendados pelos experimentos do psiquiatra Ewen Cameron.²²

Cameron, por sua vez, desenvolveu pesquisas procurando, por meio da tortura (física e psíquica) e dos eletrochoques, reescrever a mente humana, de modo a despersonalizar os sujeitos.²³ Esta técnica tinha por finalidade transformar os sujeitos em seres humanos no formato *Mulsulmán*²⁴, ou seja, convertê-los em indivíduos esvaziados e obedientes. Até mesmo a CIA (*Central Intelligence Agency* – Agência de Inteligência Civil dos Estados Unidos) passou a utilizar tais métodos nos procedimentos interrogatórios – a compilação dessa técnica resultou no Manual Kubark.²⁵

Friedman, que já havia iniciado uma cruzada ideológica a partir da academia Chilena, especialmente por meio da Universidade Católica do Chile²⁶, obteve poucos resultados na difusão do neoliberalismo por meio do debate de ideias. Para Friedman, era necessário criar um fato que pudesse pôr em

²² *Ibidem*, p. 15.

²³ Com Klein: “Cameron acreditava que ao infligir uma sucessão de choques no cérebro humano poderia desfazer e apagar mentes defeituosas, e depois reconstruir novas personalidades naquele espaço vazio. [...] o único caminho para ensinar aos pacientes um novo comportamento saudável era entrar em suas mentes e ‘destruir os moldes patológicos existentes’”. KLEIN, Naomi. **A doutrina do choque**, *op. cit.*, p.41 e 43.

²⁴ *Mulsulmán* era o estágio final de total esvaziamento psíquico dos judeus nos campos de concentração nazistas. Conferir: AGAMBEN, Giorgio. **Quel che resta di Auschwitz: L'archivio e il testimone**. Bollati Boringhieri: Torino, 2007.

²⁵ Trata-se de um método padrão utilizado pela CIA em “interrogatórios de fontes resistentes”, que utiliza as técnicas desenvolvidas pelo psiquiatra Cameron para desmantelamento da mente humana: eletrochoques, super estímulo de sentidos (luz, som, latidos de cães, obstrução do sono, isolamento...). KLEIN, *op. cit.*, p. 51.

²⁶ De se registrar que a Universidade do Chile, a mais importante do País, foi a primeira a ser assediada. No entanto, o Reitor recusou o intercâmbio acadêmico com a Universidade de Chicago nos termos propostos por Friedman. KLEIN, *op. cit.*, p. 76-77.

estado de desorientação a população de modo a viabilizar as medidas que Allende se recusava a aceitar. Não por acaso, os Estados Unidos apoiaram o golpe de Estado em que Pinochet seria alçado ao poder. Estava, pois, inaugurada a primeira fase da doutrina do choque, que instituiu o Estado Corporatista.²⁷

Logo após os anos de ditadura no Cone Sul, era preciso um fato novo que pudesse reinstalar a desorientação coletiva. Desse modo, assim como a segunda fase doutrinária do choque, as agudas crises econômicas (provocadas ou não) passaram também a serem vistas como *oportunidades* adequadas para impor o receituário ultra neoliberal.²⁸

Nesse sentido, deve-se lembrar que o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial, com suas políticas estruturais, passaram a exercer papel fundamental. Como se sabe, os países que se encontram em crise e que precisam dos recursos das instituições de *Bretton Woods*, acabam tendo de assumir o compromisso de implementar um pacote de choque econômico, segundo o receituário de Friedman.²⁹

Basta observar o que ocorre na Europa, sobretudo com os países em aguda crise financeira, alvo das políticas de austeridade, conduzida pela Troika.³⁰ Caso a crise não surja com naturalidade, segundo os neoliberais, deveria ser deliberadamente criada.³¹

Esse recurso, em realidade, foi utilizado, desde o começo, numa das grandes frentes de surgimento e consolidação do

²⁷ Ela chama o modelo de Estado, previsto por Friedman e implantado pela primeira vez no Chile de “Estado Corporatista”. KLEIN, *op. cit.*, p. 226.

²⁸ *Idem.*

²⁹ Mesmo sabendo que as privatizações em nada poderiam melhorar as debilitadas economias, faziam parte do “pacote” condicional para a concessão dos empréstimos financeiros. KLEIN, *op. cit.*, p. 198-199.

³⁰ Troika é a designação atribuída à equipe composta pelo FMI, Banco Central Europeu (BCE) e a Comissão Europeia.

³¹ John Williamson, homem forte do FMI, e que cunhou a expressão “Consenso de Washington” defendia a “*hipótese de crise*”, a criação de crises artificiais, isto é, pseudocrises. Seria isso que levaria os países resistentes à “liberdade”. Segundo Williamson: “Por exemplo, já foi sugerido algumas vezes, no Brasil, que seria válido alimentar a hiperinflação de modo a apavorar todo mundo e forçar a aceitação das mudanças”. KLEIN, *op. cit.*, p. 303.

neoliberalismo no ocidente. Refere-se ao que ocorreu na Inglaterra a partir do conflito das Maldivas. Margaret Thatcher, que precisava de oportuna guinada política, usou o episódio das Ilhas Falkland, de 1982, para deflagrar propagandística guerra contra a Argentina.³² Depois disso, observando o método como importante meio de angariar não somente força política, mas, principalmente, econômica junto às corporações, a guerra foi fomentada como um *mercado particular*.³³

Muito embora os ingleses tenham inaugurado, com o conflito das Ilhas Falkland, o choque como método de efeitos políticos e econômicos na Europa, foram os Estados Unidos os que melhor aprimoraram essa técnica utilizando sua máquina militar para constituir e lapidar o estágio mais avançado do Estado Corporatista. Especialmente a partir da Queda do Muro de Berlim e do Consenso de Washington, praticamente não se encontravam barreiras para a implementação do neoliberalismo no mundo como via única.³⁴

As únicas barreiras estavam nos limites liberais impostos pelo regime democrático e na demanda cada vez maior de atendimento aos pleitos atinentes a direitos sociais. Para superá-los, os conflitos armados foram deflagrados, sempre de modo a instaurar o choque econômico – a qualquer preço.³⁵

³² A Guerra das Malvinas foi um dos conflitos mais oportunistas que se tem notícia. De um lado, o governo argentino de Galtieri, que se encontrava com baixa popularidade e precisando de um fato novo para reaquecer o eleitorado, e, de outro, uma primeira-ministra esperando uma oportunidade para implementar duramente o neoliberalismo em um país de tradições democráticas seculares. Então, eis que o presidente argentino finca a bandeira azul e branca nas Ilhas Falkland, resquício colonial britânico na América Latina, e a Grã-Bretanha contra-ataca com força total, propagandeando uma grande guerra e entorpecendo seus eleitores. Salieta-se que as Ilhas Falkland são um arquipélago situado na costa Argentina, que não despertava real interesse a nenhuma das nações envolvidas durante anos. KLEIN, *op. cit.*, p. 165.

³³ Com a autora: “Agora, as guerras e o enfrentamento de desastres estão de tal maneira privatizados que se tornaram, eles próprios, os novos mercados; não há mais necessidade de esperar o fim da guerra para obter crescimento – o meio é a mensagem”. KLEIN, *op. cit.*, p. 23.

³⁴ *Idem*.

³⁵ A exemplo, o episódio da queda das torres gêmeas, no fatídico 11 de setembro de 2001, foi fundamental para que o governo norte-americano

Nesta última fase, o modelo de Estado neoliberal avança em mais um importante passo. Antes, o Estado neoliberal, apesar de desregular e abrir-se ao livre mercado, ainda resguardava funções tidas como essenciais e fundamentais – uma espécie de núcleo mínimo – que eram as funções ligadas à segurança nacional.³⁶ A partir do 11 de setembro, não existe mais núcleo mínimo. Uma vez declarada “guerra ao terror”, entendem os neoliberais que tudo pode e deve ser entregue às corporações, porquanto poderiam realizar ações voltadas à segurança com maior eficiência e velocidade do que o Estado.

Foi exatamente isso que se viu ocorrer nas ocupações do Afeganistão e do Iraque. Bush privatizou o esforço de guerra e a reconstrução dos referidos países.³⁷ As corporações manifestamente ligadas ao governo praticamente deslindam a guerra, desde o planejamento até a sua execução. São essas corporações que elaboram consultorias de planejamento de ataque militar, terceirizam a contratação de homens para os campos de batalha, fornecem tecnologia, alimentação, armazenamento de equipamentos, etc.

É claro que o mercado de guerra não está ligado tão somente à capacidade de obtenção de lucro na privatização de funções do Estado que ataca. O país-vítima, ou seja, aquele que foi invadido, também é alvo preferencial do modelo. Não por acaso todas as riquezas iraquianas, entre elas o petróleo, a água e a eletricidade, foram entregues às mãos das corporações estrangeiras – leia-se: corporações norte-americanas e inglesas.³⁸ O governo Bush aplicou o que Klein chama de *Plano*

instaurasse uma nova racionalidade extremamente privatista em relação ao Estado. KLEIN, *op. cit.*, p. 21.

³⁶ Só pra se ter uma ideia, a indústria da segurança nacional global – economicamente insignificante antes de 2001 – é agora um setor de 200 bilhões de dólares.”. KLEIN, *op. cit.*, p. 22.

³⁷ Cheney, vice-presidente, e Rumsfeld, Secretário da Defesa, são acionistas das corporações que participaram do “esforço de guerra” e da reconstrução do Iraque. Seus patrimônios pessoais subiram astronômica após as ocupações. A única diferença entre eles: Cheney investiu em corporações voltadas à segurança e à guerra, e Rumsfeld ligou-se a corporações das doenças epidêmicas. KLEIN, *op. cit.*, p. 342-345.

³⁸ Em 1996, os EUA publicaram o *Shock and Awe: Achieving Rapid Dominance*, caracterizado por ser uma doutrina militar americana que

Anti-Marshall: ao invés de usar a reconstrução do país para erguê-lo e torná-lo autônomo, lança-se a espoliá-lo ao máximo.

Não foi somente no Iraque que ocorreu espoliação, a Rússia, a China – em outras proporções – e alguns países da Ásia também dela foram vítimas, na década de 90 do século XX, sob o véu da “transição democrática”.³⁹ Portanto, após o choque econômico, nota-se que, em todos esses casos, houve algum regime de força do Estado utilizado contra os resistentes, vítimas do desemprego em massa e da escassez de serviços públicos. Alguns exemplos: o massacre da Praça da Paz Celestial, bombardeios ao Prédio do Parlamento Russo imposto por Yeltsin, massacres na Indonésia, etc. A violência, como afirma Klein, é inerente ao modelo.

Com tragédias, como o Katrina ou os *tsunamis*, a natureza provoca, de maneira involuntária, o choque físico necessário para a implementação do choque econômico. Em poucos instantes, as forças naturais são capazes de, por exemplo, “limpar” uma orla marítima, como a das praias da Indonésia, retirando pescadores e moradores locais, criando, assim, oportunidade para que os incorporadores construam os seus empreendimentos.⁴⁰ Outra face desse novo modelo de

serviu de base para a invasão no Iraque. Os autores declaravam que as forças invasoras deveriam desorientar o inimigo de tal forma que dificultassem a resistência, provocando, conseqüentemente, o choque econômico. KLEIN, *op. cit.*, p. 345.

³⁹ Foi sob o véu da *transição democrática* dos países socialistas e comunistas para o regime de livre mercado, que se imprimiu, às populações daquelas nações, impactantes choques econômicos – que resultariam em desemprego, fome e violência urbana. KLEIN, *op. cit.*, p. 281.

⁴⁰ Como aconteceu escancaradamente nas praias da Indonésia, vítimas dos *tsunamis*, que, em 26/12/2004, mataram 250 mil pessoas, ficando 2,5 milhões de desabrigados. Quando as famílias sobreviventes voltaram para restabelecer seus lares nas áreas destruídas, encontraram lá a polícia, que as impediu de retornar. A alegação do Estado é que havia sido estabelecido uma “margem de segurança” (chamada “Zona Amortecedora”) de 200 metros contados a partir do mar. No entanto, essa regra não valeu para os incorporadores. Os *resorts* de luxo já começaram a ser construídos nas áreas. Os pescadores protestaram apesar de a mídia não ter mostrado o

capitalismo de desastre se observa a partir das catástrofes climáticas.

Tais catástrofes poderão, também, ser capazes de limpar uma área urbana humilde, como a de Nova Orleans, nos Estados Unidos, provocando o deslocamento de famílias pobres, facilitando a implementação da privatização de escolas públicas e a construção de novos empreendimentos, etc. De regra, a própria reconstrução desses lugares ocorre como um mercado muito oportuno para o fomento do lucro, nada muito diferente do que ocorreu e ocorre nas zonas de guerra.⁴¹

Ressalta-se que tanto as catástrofes climáticas, quanto as crises econômicas, ou até mesmo as guerras são consideradas e analisadas a partir de um ponto de vista em comum, guardando uma identidade em relação aos propósitos do projeto que radicaliza o neoliberalismo globalizado. Todos esses episódios oferecem ao modelo capitalista contemporâneo uma oportunidade especial de implementação do método liberal que assegura a ascensão da Economia sobre a política e sobre o Direito. Esse é o ponto de intersecção que merece atenção especial.

Percebe-se que há um núcleo duro dentro do movimento neoliberal contemporâneo que radicaliza o modelo, inadmitindo qualquer tipo de limite ético na implementação da lógica liberal em âmbito global. Esse núcleo, forjado muito por influência das teses de Hayek e Friedman, tornou-se muito influente ao longo do tempo e transformou-se, em realidade, numa referência teórica por excelência do movimento *LaE*.

movimento. Foram violentamente dissipados. KLEIN, *op. cit.*, p. 459-465.

⁴¹ Com Klein, pode-se observar a “eficiência” dos serviços privatizados: “Em Nova Orleans, assim como no Iraque, nenhuma chance de lucro foi desperdiçada. *Kenyon*, uma divisão do megaconglomerado de serviços funerais *Service Corporation Internacional* (uma das principais doadoras à campanha de Bush), foi contratada para retirar os mortos das casas e das ruas. O trabalho foi feito com extrema lentidão, deixando cadáveres expostos ao sol escaldante por muitos dias. [...] Quase um ano depois da enchente, corpos decompostos ainda estavam sendo descobertos nos sótãos.” KLEIN, *op. cit.*, p. 488.

2.3 O NEOLIBERALISMO A PARTIR DE FRIEDRICH VON HAYEK E MILTON FRIEDMAN: o circuito Montpélerin-Chicago

O modelo político-econômico chamado neoliberal está demarcado no tempo e no espaço. Ainda que possa ser considerado um regime com surgimento de diferentes formas em diversos pontos do globo, é possível identificar, desde seu marco inicial, pontos e premissas definidas, além de diretrizes teóricas capazes de delinear o funcionamento e a prospecção mundo afora. Importante, neste primeiro momento, fazer um resgate histórico da trajetória inicial do referido movimento.

O neoliberalismo consiste numa corrente de pensamento político-econômico que, conforme Anderson⁴², surge no segundo pós-guerra, na Europa e na América do Norte, onde predominava o capitalismo como sistema de organização social. Com o objetivo de combater o Estado de bem-estar e o keynesianismo⁴³, o neoliberalismo aflora como nova ortodoxia de cunho econômico, tendo como preceitos básicos: a liberdade econômica, o individualismo e a contenção da intervenção estatal.

O marco doutrinário desse movimento político é o texto *O Caminho da Servidão*⁴⁴, de Friedrich August Von Hayek, de 1944, que constituiu um manifesto contra os Estados totalitários e contra qualquer limitação estatal dos mecanismos de mercado.⁴⁵ O alvo imediato, no entanto, era outro. Anderson explica que, em realidade, às vésperas da eleição geral de 1945, Hayek pretendia atacar diretamente o partido trabalhista inglês que representava politicamente os movimentos sindical e

⁴² ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (Orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. p. 9.

⁴³ Doutrina econômica que teve por base as ideias de John Maynard Keynes. Conferir: KEYNES, John Maynard. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1983.

⁴⁴ HAYEK, Friedrich August Von. **O caminho da servidão**. Tradução e revisão de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Morais Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

⁴⁵ ANDERSON, *op. cit.*, p. 9.

operário.⁴⁶ O conteúdo do texto consistia num forte ataque ao movimento dos trabalhadores, que representava um obstáculo ao sistema de acumulação. Considerava isso um dos “caminhos da servidão” moderna⁴⁷. Contudo, a sua ofensiva não parava por aí.

Objetivando organizar uma frente de oposição ao modelo de Estado de bem-estar, principalmente no pós-guerra, Hayek, em 1947, convocou teóricos e estudiosos que comungavam suas ideias para um encontro na estação de Mont Pèlerin, na Suíça, consolidando o primeiro grande movimento organizado da *Nova Direita*.⁴⁸ Dentre os presentes, estavam Milton Friedman, Karl Popper, Lionel Robbins, Ludwig Von Mises, Walter Eupken, Walter Lipman, Michael Polanyi, Salvador de Madariaga.⁴⁹

Formou-se, a partir de então, a Sociedade de Mont Pèlerin, “uma espécie de franco-maçonaria neoliberal, altamente dedicada e organizada, com reuniões internacionais a cada dois anos.”⁵⁰ A intenção, de acordo com Anderson, era clara: combater não somente o keynesianismo, mas qualquer tipo de “coletivismo solidário”, estruturando, assim, as bases de um novo tipo de capitalismo que, segundo seus membros, deveria ser livre de quaisquer amarras de origem estatal.⁵¹

Outra frente, que ocorria em paralelo à formação da Sociedade de Mont Pèlerin, foi a criação da chamada Banca de *Bretton Woods*. Em 1944, já antevendo a estratégica vitória bélica na Europa, os Estados Unidos mobilizaram 44 países para, em conferência em *New Hampshire*, transmitirem as novas orientações e diretrizes político-econômicas. Tal encontro teve por finalidade lançar as bases do neoliberalismo global e, por consequência, legitimar a criação do Banco Mundial e do FMI, que ocorreria logo em seguida. Essas instituições assumiriam

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ Conforme afirma em: LAURELL, Asa Cristina. Avançando em direção ao passado: a política social do neoliberalismo. *In*: _____. (Org.). **Estado e políticas sociais no neoliberalismo**. Tradução de Rodrigo Leon Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 161.

⁴⁹ ANDERSON, *op. cit.*, p.10.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 9-10.

⁵¹ *Ibidem*, p. 10.

papel de fundamental importância para a expansão planetária do neoliberalismo.⁵²

O ano de 1973 foi propício ao progresso do projeto neoliberal, haja vista a fragilização econômica decorrente da crise do modelo do Estado de bem-estar, que atingiu todo o mundo capitalista avançado e, numa longa recessão, combinou baixo crescimento com alta de inflação.⁵³ Ao longo dessa década, o ideário neoconservador⁵⁴ foi ganhando mais e mais adeptos, adquirindo força em 1979 e 1980, quando chegaram ao poder Margaret Thatcher na Grã-Bretanha e Ronald Reagan nos Estados Unidos, imprimindo novo modo de governar.

Esses dirigentes adotaram políticas econômicas monetaristas que objetivaram combater a inflação por meio do equilíbrio orçamentário, privilegiando a liberdade de mercado e contrapondo-se ao Estado de bem-estar que prevalecia na Europa.⁵⁵

Nesse período de transição, entre as décadas de 70 e 80 do século XX, a forte atuação das Agências de *Bretton Woods* assume, também, importante papel no processo de consolidação do movimento neoliberal.⁵⁶ Tais instituições, conforme Nunes,

⁵² BORÓN, Atílio. A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal. In: SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (Orgs.). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o Estado democrático. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. p. 91-93.

⁵³ É nesse período (década de 70 do século XX) que surge o país pioneiro do ciclo neoliberal da história contemporânea: o Chile. ANDERSON, *op. cit.*, p. 19-20.

⁵⁴ Sabe-se que a expressão possui um significado mais amplo e que pode ser mais bem compreendida em: COMBLIN, José. **O neoliberalismo**: ideologia dominante na virada do século. 3. ed. Vozes: Petrópolis, 2001.

⁵⁵ ANDERSON, *op. cit.*, p.11-12.

⁵⁶ Ezcurra propõe duas etapas básicas no processo de surgimento do neoliberalismo: a “etapa fundacional”, com início em 1947 e se prolongando por aproximadamente trinta anos, período em que se consolidou a “ortodoxia neoliberal”, com a elaboração do corpo sistemático-doutrinário; e a “etapa estatal, que iniciou nos fins da década de 70 do século XX, e se consolidou com a ascensão do neoliberalismo ao Estado – iniciando com Thatcher e Reagan – e com a hegemonia das agências de *Bretton Woods* no cenário internacional. É na transição da primeira para a segunda fase que ocorre o que Ezcurra denomina de “reordenação ideológica”, quando o projeto neoliberal

foram fundamentais para a ascensão do movimento monetarista⁵⁷, sendo chamados de ajustes estruturais, porquanto implementaram um conjunto de programas de condicionamento de políticas com o objetivo de efetivar o projeto macro-global financeiro neoliberal.

Com grande enfoque em países sul-americanos, começaram as medidas de ajustes financeiros que condicionaram o derrame de dinheiro por meio de empréstimos e financiamentos.⁵⁸ Entretanto, somente a partir de 1989, com a queda do muro de Berlim, que o neoliberalismo ganha fôlego e avança a passos largos.

Para que se possa melhor compreender as bases filosóficas e econômicas desse modelo ultraliberal, faz-se necessário (re)visitar as obras de dois representantes de duas mais renomadas escolas neoliberais: Friedrich August Von Hayek, representante da Escola Austríaca, que ofereceu ao neoliberalismo a mais completa e bem elaborada tese filosófica, e Milton Friedman, da Escola de Chicago⁵⁹, que foi o responsável pela consolidação teórico-econômica do neoliberalismo, especialmente na América Latina.

Hayek, por meio de sua obra *Direito, Legislação e Liberdade*⁶⁰, objetiva propor o que chama de equipamento

passa a ser integral, global e homogêneo. EZCURRA, Ana María. **Qué es el Neoliberalismo?** Evolución y límites de un modelo excluyente. Buenos Aires: Lugar Editorial, 2002. p. 14-18.

⁵⁷ NUNES, *op. cit.*, p. 10.

⁵⁸ SALINAS, Dario. O Estado latino-americano: notas para a análise de suas recentes transformações. *In*: LAURELL, Asa Cristina (Org.). **Estado e políticas sociais no neoliberalismo**. Tradução de Rodrigo Leon Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 131.

⁵⁹ TOLEDO, Enrique de la Garza. Neoliberalismo e Estado. *In*: LAURELL, Asa Cristina (Org.). **Estado e políticas sociais no neoliberalismo**. Tradução de Rodrigo Leon Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 77-78.

⁶⁰ HAYEK, Friedrich August Von. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – Normas e Ordem. Tradução de Ana Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1985. v. I; HAYEK, Friedrich August Von. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – A Miragem da Justiça Social. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Visão, 1985. v. II; HAYEK,

intelectual de emergência⁶¹ para o enfrentamento das doutrinas e teorias sociais coletivistas⁶² de ordem econômica e política, que tem por base as premissas do utilitarismo e, mais tarde, do keynesianismo. Rediscutindo o regime democrático e os rumos que tal modelo tomou a partir das revoluções burguesas, o autor alega a necessidade premente de inversão de paradigmas, abandonando o propósito da busca utópica de uma justiça social igualitarista⁶³, rumo a uma Economia de mercado que privilegiaria a liberdade e a igualdade.⁶⁴ Afirma, ainda, que o retorno a preceitos básicos do liberalismo clássico seja a saída para evitar o colapso da democracia.⁶⁵

O conceito de justiça social, considerado um dos pilares estruturais do paradigma do Estado social e que foi também fortemente trabalhado a partir da construção teórica de Keynes⁶⁶, segundo Hayek, consiste em “mera retórica discursiva de conteúdo vazio”, uma “vazia fórmula mágica,” que fadaria ao fracasso qualquer projeto estatal que o tivesse como premissa político-econômica.⁶⁷ Isso porque o Estado não deveria estar

Friedrich August Von. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – A Ordem Política de um Povo Livre. Tradução de Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Visão, 1985. v. III.

⁶¹ HAYEK, *op. cit.*, v. III, p. 158.

⁶² HAYEK, *op. cit.*, p. 57 e 74.

⁶³ HAYEK, *op. cit.*, v. III, p. 108.

⁶⁴ Com Hayek: “[...] o grande mérito do mercado é atender tanto às minorias quanto às maiorias.” HAYEK, *op. cit.*, v. III, p. 53.

⁶⁵ Importante registrar que Hayek reconhece, ainda, que, com algumas divergências, os avanços dos trabalhos de Rawls quando propõe uma teoria da justiça, bem como de Nozick, quando defende um Estado Mínimo. HAYEK, *op. cit.*, v. III, p. XIII.

⁶⁶ A justiça social é um conceito que é fortalecido, em muito, pelo projeto econômico de Keynes, especialmente quanto à sua proposta de rompimento com a ortodoxia econômica clássica vigente à época (fim do século XIX e início do século XX), em que defende um modelo mais racional de distribuição de renda, calcado no que chama de *teoria do pleno emprego*. KEYNES, *op. cit.*, p. 43-52.

⁶⁷ Hayek procura explicar que “a expressão [justiça social] não significa coisa alguma e que empregá-la é ou uma irreflexão ou uma fraude”. Também afirma: “O que quero ter deixado claro é que a expressão ‘justiça social’ não é como a maioria das pessoas provavelmente ou

voltado para a satisfação de todos – o que normalmente se intenta fazer com intervencionismos –, mas sim para preservar a espontaneidade do mercado que se encarregaria de oportunizar a satisfação mútua dos interesses entre os indivíduos.

Insurgindo-se contra a fé de herança socialista, que se criou quanto à indispensabilidade da máquina estatal⁶⁸, o autor afirma que o Estado não poderia voltar-se para as necessidades particulares de seu conhecimento. Pelo contrário, deveria direcionar-se no sentido de gerar condições propícias à preservação de uma ordem espontânea⁶⁹, capaz de permitir aos indivíduos satisfazerem suas próprias necessidades de forma e maneira desconhecidas pela autoridade. Este, segundo Hayek, foi o erro do utilitarismo construtivista: não reconhecer a incapacidade humana de previsibilidade, ou melhor, não reconhecer a ignorância humana na maior parte dos fatos e acontecimentos.⁷⁰

Diante da falibilidade humana na previsão dos resultados possíveis, os meios, para Hayek, devem sobrepor-se aos fins. Aqueles, diga-se de passagem, constituem o ponto nodal de sua construção doutrinária, que provocarão o giro epistemológico de nossos tempos. Considerando a inviabilidade de possível acordo a respeito dos fins particulares, Hayek entende que um consenso a respeito dos meios torna-se possível e pode ser mais facilmente obtido, pois não se sabem a que fins particulares servirão.

Dessa forma, segundo o autor, os fins não justificam os meios.⁷¹ Essa análise serviria também para a compreensão a respeito das normas de conduta, uma vez que, por conta da ignorância dos sujeitos diante de todas as possibilidades futuras,

supõe uma expressão ingênua de boa vontade para com os menos afortunados [...]”. HAYEK, *op. cit.*, v. II, p. 117-118.

⁶⁸ HAYEK, *op. cit.*, v. III, p. 53.

⁶⁹ HAYEK, *op. cit.*, v. II, p. 3.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 22.

⁷¹ Em Hayek: “[...] O que possibilita o consenso e a paz em tal sociedade é que não se exige dos indivíduos consenso quanto aos fins, mas somente quanto aos meios capazes de servir a uma grande variedade de propósitos, meios que cada um espera que o auxiliem na busca de seus objetivos.” HAYEK, *op. cit.*, v. II, p. 4.

supõe-se que tais normas seriam capazes de aumentar, igualmente, as oportunidades de todos.⁷²

Para o vencedor do prêmio Nobel de Economia de 1974, no tocante às normas e ao próprio Direito, o grande problema foi a intenção do construtivismo positivista – tanto do positivismo lógico de Carnap, quanto do positivismo jurídico de Kelsen –, ao tentar estabelecer o Direito como uma construção racional direcionada aos propósitos conhecidos.⁷³ Assim sendo, na opinião de Hayek, o Direito estaria a serviço de uma ordem espontânea social.⁷⁴ Nesta ordem, as normas de conduta – de regulação das relações privadas – figuram como instrumentos hábeis a enfrentar a ignorância imposta ao homem pelas limitações da própria mente.⁷⁵

A justiça social, segundo essa concepção hayekiana, figura como uma superstição, um mito a ser desvendado e superado, especialmente porque, de forma enganosa, teria provocado verdadeira inversão nos conceitos de interesse coletivo e geral. As teses de cunho social, explica o autor, sugerem sempre confusão entre tais conceitos. Propõem que todos os interesses coletivos se apresentem como interesses gerais. Entretanto,

⁷² Assim, “[...] uma norma [de conduta] é adotada e transmitida, em vez de outra, porque o grupo que a adotou provou ser de fato o mais eficaz, e não em decorrência de os seus membros anteverem os efeitos que teria tal adoção. O que se preservaria seriam somente os efeitos das experiências passadas na seleção das normas, não as experiências em si.” HAYEK, *op. cit.*, v. II, p. 4.

⁷³ HAYEK, *op. cit.*, v. III, p. 186-187. Afirma o autor: “O sistema de normas em sua totalidade nunca poderá, portanto ser reduzido a uma construção intencional voltada para propósitos conhecidos; deve antes, continuar sendo para nós o sistema herdado de valores que orientam aquela sociedade.” HAYEK, *op. cit.*, v. II, p. 6.

⁷⁴ Aduz o economista: “Conquanto a ordem espontânea abrangente a que serve o Direito é uma precondição para o êxito da maioria das atividades privadas, os serviços que o governo pode prestar, além da aplicação de normas de conduta justa, não são apenas suplementares ou subsidiários às necessidades básicas atendidas pela ordem espontânea.” HAYEK, *op. cit.*, p. 7. Ainda: “A abordagem evolucionista do direito (e de todas as demais instituições sociais) aqui defendida tem, pois, tão pouca relação com as teorias racionalistas do direito natural, quanto com o positivismo jurídico”. HAYEK, *op. cit.*, v. II, p. 76.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 8.

segundo Hayek, em muitas circunstâncias, a satisfação de interesses coletivos diz respeito ao atendimento de interesses de grupos específicos e determinados.⁷⁶

O referido autor sugere o retorno aos pilares-base do liberalismo clássico. Estaria tal solução no resgate de um constitucionalismo que limitasse, inclusive, o poder transferido ao parlamento pelo princípio de soberania popular próprio da construção positivista.⁷⁷ Isso poderia ocorrer com regras gerais claras e cogentes, com a separação, dentro do parlamento, das funções legislativas e das funções de governo, com um tribunal constitucional independente⁷⁸, que garantisse os princípios liberais. A democracia poderia, no entendimento de Hayek, ser salva e preservada contra a tirania de poderes ilimitados que colocam em risco a liberdade, a riqueza, a moral e a paz.⁷⁹

Isso também se tornou consequência, explica Hayek, do flagrante rompimento operado pelos contemporâneos com o princípio liberal clássico da igualdade de todos perante a lei. Afirma o autor que, com o intuito distributivista, os governos provocaram grave discriminação aos ricos.⁸⁰ Com o conceito de “igualdade material” de influência germânica⁸¹, ter-se-ia distorcido o princípio de igualdade formal liberal.⁸²

Em realidade, tal concepção material da lei, conforme Hayek, aliada à ideia de justiça social serviram para encobrir a corrupção, a parcialidade e a extorsão.⁸³ Houve, segundo o

⁷⁶ *Ibidem*, p. 7.

⁷⁷ HAYEK, *op. cit.*, v. III, p. 37-38.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 113-115.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 7-20; 37-39 e 135.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 108.

⁸¹ Atribuído a Carl Schmit, por influência de Laband e da construção teórica anterior de Kant.

⁸² Com Hayek: “Ao cabo de longas discussões, em que os juristas alemães, em particular, tinham por fim, elaborado esta definição do que chamaram de ‘lei no sentido material’, esta acabou sendo subitamente relegada em virtude de uma objeção que hoje parece quase cômica. Nos termos desta definição, as normas de uma constituição não seriam leis no sentido material.” HAYEK, *op. cit.*, v. III, p. 106.

⁸³ Dessa forma, “[...] o rompimento do princípio de igualdade de tratamento perante a lei, mesmo a bem da caridade, abriu inevitavelmente as portas à arbitrariedade. Para disfarçá-la, recorreu-se ao embuste da fórmula de ‘justiça social’; ninguém sabe ao certo o que

autor, banalização do que era entendido por lei. Tudo que passou a ser votado no parlamento foi designado por lei. Tal conduta rompeu com a posição clássica original representada por Locke, de que as leis propriamente ditas sempre representariam normas gerais. Conforme Hayek, acabou por prevalecer o casuísmo, o primado da segmentação em grupos de apoio, ou seja, a arbitrariedade.⁸⁴

Hayek, em realidade, sustenta a sua tese de resgate ao liberalismo clássico com base num evolucionismo de ordem darwinista. Fortemente influenciado pela sócio-biologia norte-americana⁸⁵, o aludido autor passa a defender a ideia de que as complexas estruturas culturais se submetem a um desenvolvimento por meio de um processo de evolução seletiva e que a lógica de evolução cultural seria anterior ao próprio conceito biológico de evolução.⁸⁶

O autor, ademais, é taxativo ao revelar que a ordem social não teria surgido propositadamente por um esforço racional do homem, e sim pela “preponderância das instituições mais eficientes num processo de concorrência”.⁸⁷ Por decorrência disso, conclui que a cultura não seria algo natural, nem artificial, tampouco geneticamente transmitida. A cultura consistiria, nada mais nada menos, em uma tradição de normas de conduta aprendidas que nunca foram inventadas e cujas funções não são, em geral, compreendidas pelos agentes.⁸⁸

Assim, segundo Hayek, as estruturas decorrentes das práticas tradicionais do ser humano não seriam naturais, no sentido de geneticamente determinadas, nem seriam artificiais, no sentido de produtos da consciência.⁸⁹ Muito pelo contrário,

significa, mas, por isso mesmo, funcionou como uma varinha de condão para derrubar todas as barreiras que impediam as medidas parciais.” HAYEK, *op. cit.*, v. III, p. 108.

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ Hayek menciona sua admiração pela obra *The Biological Origin of Human Values*, do norte-americano G. E. Pugh, muito elogiada por Edward O. Wilson, da Universidade de Harvard, que relaciona os valores humanos aos preceitos biológicos-genéticos. HAYEK, *op. cit.*, v. III, p. 159-160.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 160-161.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 162.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 162-163.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 187-189.

seriam “o fruto de um processo de seleção ou triagem guiado pelas vantagens diferenciais proporcionadas aos grupos pelas práticas adotadas por razões desconhecidas e talvez puramente acidentais”.⁹⁰ Em sua opinião, a linguagem, a moral, o Direito e a moeda, denominadas por ele como “ferramentas básicas da civilização”, seriam todas decorrentes de uma evolução espontânea, e não de uma criação racional como querem os construtivistas.⁹¹

Nesse sentido, Hayek privilegia a ordem espontânea de um mercado que jamais poderia ser contido, limitado ou assediado pelo Estado. Sendo intervencionista, a máquina estatal estaria, pois, interferindo num processo natural de evolução. Segundo o autor, a busca por uma igualdade “igualitarista” seria, como dito, utopia. Até mesmo a propalada “igualdade de oportunidades” seria inviável de ser estabelecida pelo Estado⁹². Somente a espontaneidade do mercado poderia oferecer ao sujeito, por meio da competição e da concorrência, as condições ideais para o seu desenvolvimento na busca de seus propósitos, de modo que qualquer ingerência estatal prejudicaria este processo.

Hayek, desde sempre inspirado no liberalismo clássico de Smith, encara a ordem social-econômica como um jogo.⁹³ Não

⁹⁰ Afirma: “Compreendemos hoje que todas as estruturas duradouras de nível superior ao dos átomos mais simples, inclusive o cérebro e a sociedade, são fruto de processos de evolução seletiva, só explicáveis a partir deles, e que as mais complexas se mantêm por meio da constante adaptação de seus estados internos às modificações ambientais.” HAYEK, *op. cit.*, v. III, p. 163, 166-167.

⁹¹ *Ibidem*, p. 173.

⁹² Hayek sustenta: “Para tornar as oportunidades de diferentes indivíduos substantivamente iguais, seria necessário compensar aquelas diferenças de circunstâncias individuais sobre as quais o governo não tem como exercer controle direto [...]”. HAYEK, *op. cit.*, v. II, p. 11.

⁹³ Explica: “É um processo que – como percebeu Adam Smith (e, ao que parece, antes dele, os antigos estoicos) –, em todos os aspectos importantes (exceto por não ser, em regra, praticado apenas como diversão) é inteiramente análogo a um jogo, isto é, um jogo em parte de habilidade e em parte de sorte.” Ainda: “Mesmo num jogo com oportunidades iguais para todos os participantes, haverá alguns vencedores e alguns perdedores. Num tal jogo, em que os resultados

como um jogo de soma zero, mas um jogo da *catalaxia*⁹⁴ voltado ao aumento do fluxo de bens e ao aumento da riqueza. Neste jogo, haverá sempre vencedores e perdedores. Os mais aptos, capazes, talentosos, eficientes e, por assim dizer, superiores, resistiriam, alcançariam o sucesso e venceriam. Os incapazes, despreparados, menos aptos, inferiores, seriam excluídos e, com o passar do tempo, eliminados. Hayek lembra que, por se tratar de um jogo regido por normas, jamais se poderia exigir justiça de tratamento.⁹⁵ Nem sempre há honestidade ou bondade nas relações, pois o que importa são efetivamente os meios, e não os fins (esses seriam sempre desconhecidos). Neste contexto de jogo, o mercado se torna aético e amoral.⁹⁶

Portanto, para Hayek, o indivíduo e sua liberdade passam a se tornar os valores máximos do convívio social. Restaria ao Estado, além das funções de defesa e de produção de normas gerais, garantir renda mínima àqueles que perdessem sua capacidade de consumo.⁹⁷ O tratamento aos indivíduos, de acordo com o autor, deve ser igual para todos, mesmo àqueles que se tornaram vítimas da exclusão social, pois não interessam as razões pelas quais chegaram a esta condição. Isso ocorre porque a pobreza, segundo o autor, é sempre consequente e circunstancial.⁹⁸

alcançados pelos indivíduos dependam em parte da sorte e de sua habilidade, evidentemente não tem sentido qualificar o resultado de justo ou injusto". HAYEK, *op. cit.*, v. II, p. 89-90 e 151.

⁹⁴O vocábulo "catalaxia" é de inspiração grega e significa ao mesmo tempo "trocar", ou seja, admitir na comunidade e, em outras palavras, fazer de um inimigo um amigo.

⁹⁵ HAYEK, *op. cit.*, v. III, p. 147.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 1179.

⁹⁷ Hayek admite que o Estado arque com um programa de Renda Mínima visando a reserva de consumo e de trabalhadores: o mercado para funcionar bem precisa de consumidores e de trabalhadores excedentes para a contenção de alta de salários. Em suas palavras: "Combinada à precaução de amortecer o risco mediante a provisão de uma renda mínima uniforme à margem do mercado para todos os que, por algum motivo, fossem incapazes de ganhar ao menos isso no mercado, não deixa nenhuma justificativa moral para o uso da força pelo governo ou qualquer outro grupo organizado com o objetivo de determinar rendimentos relativos". HAYEK, *op. cit.*, v. II, p. 147-148.

⁹⁸ *Ibidem*, p.145, 151 e 166.

Deve, pois, prevalecer a ordem espontânea do mercado que, com sua mão invisível (Smith)⁹⁹, conduziria os indivíduos e sua produção por caminhos “neutros”, calcados na igualdade formal e na ação livre e desimpedida. Somente a competição e a concorrência, próprios dos impulsos monetários¹⁰⁰ que instintivamente movem o ser humano, segundo o autor, proporcionariam o desenvolvimento social, fomentando a eficiência na prestação de serviços e na produção.

Enfim, mergulhado na liberdade da ordem espontânea do mercado e no ambiente de uma sociedade aberta¹⁰¹, o sujeito poderia, longe da falácia solidária¹⁰² e sem precisar acordar com os demais quanto aos *fins*, maximizar suas potencialidades e alcançar a paz e a felicidade individual segundo seus próprios objetivos.¹⁰³

Também fiel às ideias de Smith, Friedman, da Escola de Chicago e considerado o maior divulgador das ideias de Hayek, é quem, a seu modo, defende o necessário e premente

⁹⁹ SMITH, Adam. **La riqueza de las naciones**. Buenos Aires: Longseller, 2002. Conferir: HAYEK, *op. cit.*, v. II, p. 133.

¹⁰⁰ Segundo o autor: “O que torna os homens membros da mesma civilização e lhes permite viver e trabalhar juntos em paz, na busca de seus fins individuais, é o fato de os impulsos monetários particulares que motivam seus esforços em direção a resultados concretos serem orientados e restringidos pelas mesmas normas abstratas.” HAYEK, *op. cit.*, v. II, p. 12. Aliás, para Hayek, a razão é capaz de produzir “impulsos específico” que moveriam o sujeito sem compreender o porquê. HAYEK, *op. cit.*, v. I, p. 32.

¹⁰¹ Encontra-se em Hayek, também, a influência da obra *A Sociedade Aberta e seus inimigos*, escrita durante a Segunda Grande Guerra e lançada em 1945 por Karl Popper, que distinguia a “sociedade fechada” ou “coletivista” – a que comparava com um organismo biológico, a um regime tribal –, da “sociedade aberta ou democrática” na qual livremente “os indivíduos são confrontados com decisões pessoais”. Com o radicalismo sentenciou: “Não podemos retornar às bestas. Se quisermos permanecer humanos, então só existe um caminho, o caminho para a sociedade aberta.” POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte. São Paulo: USP, 1974. p. 188 e 217.

¹⁰² Afirma: “Uma Grande Sociedade nada tem a ver com a solidariedade no verdadeiro sentido de união de busca de metas comuns conhecidas, sendo de fato incompatível com ela.” HAYEK, *op. cit.*, v. II, p. 134.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 131.

ressurgimento do liberalismo clássico. Considerando que a política, de modo algum, está dissociada da organização econômica de mercado e considerando, ainda, o capitalismo competitivo como sistema mais eficaz de organização econômica, Friedman propõe forte ataque às políticas voltadas à promoção do bem-estar social, por entender que se tratam de sérias e inquestionáveis violações às liberdades individuais.

Com sua obra, *Capitalismo e Liberdade*¹⁰⁴, considerada livro-síntese de seu pensamento, Friedman, com o que chamou de monetarismo, resgata para a política e, principalmente para a Economia, os princípios básicos do liberalismo original, com o intuito de desmitificar a concepção coletivista-social e de enaltecer o individualismo e a liberdade de mercado como modelo ideal de desenvolvimento humano.

Friedman, diferentemente de Hayek, oferece especial atenção ao papel do Estado e sua relação com a sociedade civil. Explica que o governo é necessário para a preservação da liberdade e, bem utilizado, torna-se instrumento muito útil para o exercício de tal liberdade ao alcance de interesses individuais.¹⁰⁵ No entanto, o governo, segundo o autor, também se revela como a maior ameaça a esta mesma liberdade. Partindo dessa premissa, Friedman traça dois pontos fundamentais de sua tese: primeiro, a atuação do governo deve ser controladamente

¹⁰⁴ FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984. Esta obra é resultado de um conjunto de palestras proferidas em 1957; Ainda: FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to choose: a personal statement**. New York: Harcourt, 1990.

¹⁰⁵ Afirma o autor: "Um governo que mantenha a lei e a ordem; defina os direitos de propriedades; sirva de meio para a modificação de direitos de propriedade e de outras regras do jogo econômico; julgue disputas sobre a interpretação das regras; reforce contratos; promova a competição; forneça uma estrutura monetária; envolva-se em atividades para evitar monopólio técnico e evite os efeitos laterais considerados como suficientemente importantes para justificar a intervenção do governo; suplemente a caridade privada e a família na proteção do irresponsável, quer se trate de um insano ou de uma criança; um tal governo teria, evidentemente, importantes funções a desempenhar." FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 39.

limitada; segundo, o poder político-estatal deve ser o mais desconcentrado e distribuído possível.¹⁰⁶

De acordo com o vencedor do prêmio Nobel de Economia de 1976, o governo não deve somente restringir-se às funções de defesa e à edição de normas gerais. Também, compreendendo o contexto de espontaneidade do mercado livre como um jogo, Friedman acredita que o governo deve atuar como verdadeiro árbitro, com a função de determinar e fazer valer as regras deste jogo.

Entretanto, para que tal jogo ocorra de modo bem sucedido, torna-se necessário que a sociedade concorde com as condições e os regramentos circunstanciais. Somente assim poderia o Estado estar destinado a proteger a liberdade dos indivíduos, preservar a lei e a ordem, reforçar os contratos privados, promover mercados competitivos, etc.¹⁰⁷

Friedman aponta, ainda, que muitas intervenções estatais revelam-se como verdadeiros atos de violação de direitos individuais e que, pela difundida ética coletivista, quase passam despercebidos pela sociedade. Cita, como exemplo, o caso do seguro social. Sustenta que, apesar de quase ninguém reconhecer isso, o seguro social compulsório é considerado a afronta à liberdade individual mais evidente.

Nesse caso, o cidadão vê-se obrigado, por meio da coerção estatal, a aderir a um programa de seguro tendo de direcionar compulsoriamente parte de sua renda para resguardar a velhice. Friedman afirma que é absurda tal cobrança, pois o indivíduo deveria poder escolher entre pagar este seguro, ou economizar este dinheiro em banco, ou adquirir imóvel, etc. Ainda cita outros exemplos de ataques à liberdade, tais como: a exigência de licenciamento para exercício de profissão, a autorização para comerciar e o controle de preços.¹⁰⁸

Desse modo, Friedman, como autêntico liberal, mostra-se contrário a qualquer forma de coerção de origem estatal. Para o autor, somente por meio da cooperação voluntária entre os

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 12.

¹⁰⁷ Nesse sentido, afirma Friedman: "O papel do governo, até aqui considerado, é o de fazer alguma coisa que o mercado não pode fazer por si só, isto é, determinar, arbitrar e pôr em vigor as regras do jogo." FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 18.

membros da sociedade pode-se alcançar os propósitos individuais livremente. O ideal é que tal cooperação partisse de uma unanimidade entre indivíduos que se julguem responsáveis, e que esta pudesse ser voltada à discussão livre e completa.

Nesse sentido, Friedman vê o mercado como instrumento hábil a permitir tal “unanimidade sem conformidade”, tornando-se um verdadeiro sistema de efetiva representação proporcional.¹⁰⁹ Tendo em vista que a unanimidade figura como algo ideal, o autor lembra que o reconhecimento e a admissão à regra da maioria torna-se expediente útil para a tomada de decisões. No entanto, tal regra não deve ser absoluta. Isso porque, dependendo do assunto em pauta, a decisão da maioria não poderia prevalecer ou sobrepor-se à da minoria.¹¹⁰

O professor da Escola de Chicago procura, em sua obra, desvendar alguns mitos construídos em torno dos conceitos de mercado e de capitalismo. Contrariando os coletivistas e suas alegações tocantes a um capitalismo que gera discriminações e desigualdades, o autor ressalta a importância libertária do capitalismo no mundo. Explica que, a partir da Idade Média, o surgimento do capitalismo se deu com base numa iniciativa de libertação dos servos e judeus que eram sufocados e discriminados pelo Estado/religião oficial.

Somente por meio do capitalismo tornou-se possível a eliminação da discriminação, pois o que é realmente levado em consideração é a eficiência econômica do indivíduo, e não suas características físicas ou pessoais. Quem no mercado discriminar consumidores por conta de credo ou raça, por exemplo, será punido pelo próprio mercado, uma vez que reduzidas a sua capacidade de escolha e alternativas.¹¹¹

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 29.

¹¹⁰ Friedman reconhece que alguns casos não podem ser decididos nem por maioria. Em outras palavras, sustenta que “[...] se a questão é de pequena importância e a minoria não se importar muito de ser derrotada, uma simples pluralidade será suficiente. De outro lado, se a minoria estiver muito envolvida na questão em foco, mesmo uma maioria simples não será suficiente. Poucos concordariam em que um assunto como a liberdade de palavra, por exemplo, seja decidido por maioria simples.” FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 30-31.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 28 e 101-102

Friedman, desse modo, entende que o capitalismo, especialmente o que chama de capitalismo competitivo, num ambiente de economia livre, consiste no melhor método para não somente eliminar a discriminação e o preconceito, como também para preservar os interesses de minorias.¹¹²

Outro mito, que Friedman pretende desconstituir a respeito do capitalismo, é a tendência da sociedade em considerar a competição no sentido pejorativo de rivalidade pessoal. O autor esclarece que, por não haver discriminação, “não há rivalidade pessoal no mercado competitivo. Não há disputas pessoais [...]. A essência de um mercado competitivo é o seu caráter impessoal”¹¹³.

Para Friedman, é evidente que somente o mercado livre, movido pela espontaneidade das forças de oferta e demanda, pode oferecer este ambiente de impessoalidade. O Estado, afirma o autor, com sua tendência monopolizadora, é quem discrimina, visto que sempre privilegia determinados grupos de interesses, normalmente os que lhe ofereçam maior vantagem, relegando a um segundo plano, numa postura discriminatória, os mais abastados.¹¹⁴

Friedman também julga importante analisar a alegação feita pelos coletivistas de que o capitalismo é responsável pela imensa desigualdade em nossa sociedade. Discordando dessa assertiva, o autor argumenta que se trata do contrário, isto é, somente o capitalismo é o único método capaz de viabilizar a igualdade de tratamento entre os homens.¹¹⁵

Para isso, o sistema operacional do mercado não se deve pautar em um esquema distributivo, e sim partilhado, de acordo com a produção de uma sociedade – respeitadas as diferenças de capacidade, talento, riquezas adquiridas, etc. Somente o “pagamento de acordo com o produto”¹¹⁶ pode ser considerado como “eticamente justo”.¹¹⁷

¹¹² *Idem.*

¹¹³ *Ibidem*, p. 111.

¹¹⁴ Friedman adverte, no entanto, que “[...] evidentemente, a competição é um tipo ideal. [...] não existe o que chamamos de competição ‘pura’”. FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 111-112.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 154.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 153.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 151-152.

Enfim, para o representante da Escola de Chicago, todas as medidas voltadas ao que se denomina “bem-estar”, de modo flagrante, vilipendiam o direito à liberdade individual. Providências, como seguro-social, salário-mínimo¹¹⁸, programas de habitação, subsídios à agricultura, programas especiais de ajuda, assistência médica para grupos particulares e todas as demais iniciativas de redistribuição coercitiva de renda – sempre direcionadas aos desfavorecidos –, somente servem para desequilibrar o mercado, provocando desigualdade e agravando os abismos sociais.¹¹⁹

2.4 A EFICIÊNCIA COMO CÓDIGO DA MATRIZ NEOLIBERAL E SUA DIMENSÃO IDEOLÓGICA: o câmbio entre meios e fins

Com Hayek e Friedman, foram conhecidos os principais pontos-base do pensamento capitalista pós-liberal, bem como foram compreendidos a dimensão e o alcance daquele projeto acadêmico-político que forjou os fundamentos do regime econômico prevalente em sociedade desde então, mesmo consideradas as mudanças das últimas décadas.

A partir da leitura dos referidos autores, percebe-se um ponto em comum e que em muito explica a face operacional do modelo político vigente. Refere-se à ideia da ação eficiente, tão bem descrita e desenvolvida pela dupla Hayek-Friedman.

A ação eficiente foi erigida à condição de código lógico-linguístico e ofereceu sentido e legitimidade ideológica a todo arcabouço teórico desenvolvido para o projeto neoliberal. A partir de então, a relação entre meios e fins passou a ser redimensionada e, até certo ponto, potencializada no âmbito ético.

A eficiência representa muito mais que um simples significante para a lógica economicista. A expressão eficiência, tal qual a expressão liberdade, tem sido utilizada, há muito tempo, como meio de persuasão por aqueles que creem que a sociedade deva ser pautada pelas diretrizes da economia. A

¹¹⁸ Para o autor, “[...] o efeito do salário mínimo é, portanto, o de tornar o desemprego maior do que seria em outras circunstâncias”. FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 163.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 161-171.

eficiência chegou a um grau de parâmetro ético-vinculador em sociedade, atravessando não somente o pensamento jurídico, mas também outras áreas do saber.

No Brasil, o marco importante foi a inserção do princípio da eficiência como princípio diretriz da administração pública. Isso ocorreu por meio da reforma gerencial de Estado, materializada pela Emenda Constitucional nº. 19/1998, que alterou substancialmente a lógica de governança pública no Estado brasileiro. O que se percebe, desde o início, é que há uma dimensão ideológica que subjaz a proposta de inserção do princípio da eficiência à ordem constitucional vigente.

Provocando o que Coutinho¹²⁰ denominou como câmbio epistemológico, os neoliberais conseguiram, agora constitucionalmente, substituir a histórica relação causa-efeito – que desde os gregos antigos se apresentava como parâmetro epistêmico –, pela ação eficiente, confundindo, não por acaso, efetividade (que visa fins) com eficiência (que está atrelada a meios).

Como bem ressalta Rosa, foi atribuído o mesmo significado aos vocábulos efetividade e eficiência, equiparando falsamente tais significantes.¹²¹ A gênese desse câmbio epistemológico, em que se substitui o paradigma de causa-efeito pela ação eficiente, é tributada a Hayek, que assim justifica a necessidade de tal substituição:

[...] simplesmente não é verdade que nossas ações devem sua eficácia apenas ou, sobretudo, ao conhecimento que somos capazes de verbalizar e que pode, portanto, constituir as premissas explícitas de um silogismo. Muitas instituições da sociedade que são condições indispensáveis para a consecução de nossos objetivos conscientes resultaram, na verdade, de costumes, hábitos ou práticas que não foram inventados nem são observados com vistas a qualquer propósito semelhante. Vivemos numa

¹²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado Social. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 10, p. 54. 2003.

¹²¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 214.

sociedade em que podemos orientar-nos com êxito, e em que nossas ações têm boas probabilidades de atingir seu objetivo, não só porque nossos semelhantes são norteados por objetivos conhecidos ou por relações conhecidas entre meios e fins, mas porque eles são também limitados por normas cujo propósito ou origem muitas vezes desconhecemos e das quais, frequentemente, ignoramos a própria existência.¹²²

Segundo Hayek, a ação eficiente significa toda a ação humana pautada por meios, e não por propósitos analíticos pretensamente voltados à realização das potencialidades humanas. Como decorrência de uma ordem espontânea, as ações individuais têm por base o método tentativa e erro, de modo tal que as práticas mais eficientes e exitosas serão adotadas e reiteradas pelos sujeitos independentemente de qualquer planejamento racional-construtivista.

O objetivo do mencionado câmbio era o de – abandonando o princípio de falibilidade humana na previsão dos fins, próprio da relação causa-efeito – combater fortemente o construtivismo, isto é, as instituições criadas deliberadamente por meio da razão.¹²³ Tudo deveria ser pautado por ordens naturais espontâneas sem as ingerências de atos e decisões volitivas que pudessem gerar desordem, inclusive o Direito. Com o giro provocado, deixa-se de se ater aos fins, passando-se a importar única e exclusivamente com os meios.¹²⁴ Isso porque, como explica Coutinho, “os holofotes voltaram-se às ações, que devem ser eficientes, tudo de modo a projetar os melhores fins.”¹²⁵ Veja-se:

[...] É sem dúvida uma guinada sem precedentes, pela qual se pode compreender a desenfreada competitividade, assim como a deificação do mercado que, pelo

¹²² HAYEK, *op. cit.*, v. I, p. 5-6.

¹²³ *Ibidem*, p. 24.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 40 e ss.

¹²⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. **JURISPOIESES** – Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, ano. 4, n. 5, p. 34. 2002.

eficientismo, rende glórias ao consumidor (objeto de disputa) transformado em cliente, *homo economicus*, acabando por deslocar o eixo da disputa capital/trabalho. Quando em questão está a eficiência (dos meios), não é que o trabalho não importe, mas ele ganha um lugar secundário quando, estrategicamente, tem-se um exército de reserva laboral e digladiam-se todos pelos postos de trabalho que sobram. A velha concepção de *homo faber* perde, como tal, o seu sentido; e o direito, que antes de tudo o protege, passa a ser um obstáculo, acusado de burocrático, ou melhor, burocratizante.¹²⁶

É justamente neste sentido que o câmbio se revela peculiar: o instrumentalista *homo faber*¹²⁷, aquele sujeito criativo, fazedor, fabricante por meio do trabalho, sempre com suas ações voltadas aos fins, ao para quê¹²⁸, cede lugar à figura do *homo economicus*, sujeito privilegiado na análise econômica.

O parâmetro da ação eficiente incorporado ao ordenamento pátrio instalou no imaginário social¹²⁹ a ideia de

¹²⁶ *Ibidem*, p. 34.

¹²⁷ Explica Arendt: “a palavra latina *faber*, que provavelmente se relaciona com *facere* (‘fazer alguma coisa’, no sentido de produção), aplicava-se originariamente ao fabricante e artista que trabalhava com materiais duros, como pedra ou madeira; era também usada como tradução do grego *tehton*, que tem a mesma conotação. A palavra *fabri*, muitas vezes seguida de *tignarii*, designava especialmente operários de construção e carpinteiros. Não pude determinar onde e quando a expressão *homo faber*, certamente de origem moderna e pós-medieval, surgiu pela primeira vez. Jean Leclercq [...] sugere que foi Bérghson quem ‘lançou o conceito de *homo faber* na circulação das ideias’.” ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 149.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 167.

¹²⁹ Castoriadis afirma que “falamos de ‘imaginário’ quando queremos falar de alguma coisa ‘inventada’ – quer se trate de uma invenção ‘absoluta’ (‘uma história imaginada em todas as suas partes’), ou de um deslizamento, de um descolamento de sentido, onde (*sic*) símbolos já disponíveis são investidos de outras significações que não suas significações ‘normais’ ou ‘canônicas’ (‘o que você está imaginando’, diz a mulher ao homem que recrimina um sorriso trocado por ela com um

que a eficiência consistia em panaceia para os problemas da administração pública. Sempre carregado pelas queixas de moralização da máquina pública, o discurso da eficiência foi rapidamente introduzido aos pronunciamentos de parte dos agentes políticos.

Tornando-se verdadeiro paradigma a partir do qual toda a atuação estatal deve estar pautada, a eficiência, ao lado da concorrência, produtividade e competitividade, reveste-se de caráter ético-universal. Naturaliza-se no imaginário coletivo a ideia desenvolvimentista que, desde a modernidade, tem por base uma racionalidade dominadora, excludente e que encobre a diferença e a alteridade.¹³⁰

Outro aspecto a ser considerado é a alienação¹³¹. Nunca se viu na história recente esvaziamento político e ideológico de tamanhas proporções¹³² – o que leva Castoriadis a afirmar que a sociedade contemporânea encontra-se à deriva.¹³³ Chama a atenção, por outro lado, que também nunca se viveu numa fase de tanta disponibilidade de informações, e a internet é um bom

terceiro). Nos dois casos, é evidente que o imaginário se separa do real, que pretende colocar-se em seu lugar (uma mentira) ou que não pretende fazê-lo (um romance).” CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Tradução de Guy Reynaud. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

¹³⁰ DUSSEL, Enrique. **1942**. O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 17 e ss.

¹³¹ Castoriadis explica: “A alienação não é nem a inerência à história, nem a existência da instituição como tal. Mas a alienação surge como uma modalidade da relação com a instituição e, por seu intermédio, da relação com a história. [...] Tudo que se nos apresenta, no mundo social-histórico, está indissociavelmente entrelaçado com o simbólico. [...] Uma organização dada da economia, um sistema de direito, um poder instituído, uma religião existem socialmente como sistemas simbólicos sancionados.” E mais adiante: “A alienação é a autonomização e a dominância do momento imaginário na instituição que propicia a autonomização e a dominância da instituição relativamente à sociedade.” CASTORIADIS, *op. cit.*, p. 139,142 e 159.

¹³² ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 60.

¹³³ CASTORIADIS, Cornelius. **Una sociedade a la deriva: entrevistas y debates**. Tradução de Sandra Garzonio. Buenos Aires: Katz, 2006. p. 281 e ss.

exemplo disso. Todavia, isso ocorre em um ritmo diferente, talvez pouco percebido ou pensado.

Aliás, não somente a internet, mas todo o aparato cibernético existente hoje em dia oferece infinitas possibilidades de acesso à informação.¹³⁴ Segundo Virilio, os indivíduos estão sendo dia a dia cada vez mais enredados pelo que se chama de economia da velocidade.¹³⁵ Há um descompasso engendrado entre o tempo real e o tempo histórico – no qual a ideia linear passado-presente-futuro parece não mais ter sentido.¹³⁶ É a velocidade, explica Virilio, quem tiraniza as relações em sociedade, tentando submeter a todos à visão de mundo que ela mesma forja. *Velocidade*, em suas palavras, “*é poder*”, “*é meio*” a serviço da acumulação de riquezas.¹³⁷

O novo paradigma da ação eficiente se volta com foco e atenção para dois alvos privilegiados. Primeiro, os membros da máquina estatal, ou seja, os funcionários públicos. Estes funcionam, em lembrança a Arendt, como dentes de engrenagem.¹³⁸ Imaginando-se excelentes e exemplares servidores públicos, juizes, advogados, promotores, técnicos judiciários, assistentes administrativos cumprem suas funções e ordens administrativas, muitas vezes, de modo irrefletido, acrítico e, inconscientemente, vilipendiam Direitos Fundamentais.¹³⁹

¹³⁴ VIRILIO, Paul. **La bomba informática**. Tradução de Mónica Poole.

Madrid: Cátedra, 1999. p. 74

¹³⁵ VIRILIO, Paul. **Velocidad y política**. Tradução de Víctor Goldstein. Buenos Aires: La Marca, 2006. p. 120.

¹³⁶ VIRILIO, Paul. **El cibernundo, la política de lo peor**. Tradução de Mónica Poole. Madrid: Cátedra, 1999. p. 14-15.

¹³⁷ Afirma o autor: “La velocidad es una cuestión primordial que forma parte del problema de la economía. La velocidad es, a su vez, una amenaza tiránica, según el grado de importancia que se le dé, y, al mismo tiempo, ella es la vida misma. No se puede separar la velocidad de la riqueza. [...] Se puede incluso llegar más lejos y decir que la velocidad es un medio.” VIRILIO, *op. cit.*, p.16-17.

¹³⁸ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 91-93.

¹³⁹ Nesse sentido, tais servidores atuam de maneira similar aos oficiais nazistas que cumpriam irrefletidamente suas ordens, achando que estavam procedendo de modo correto e fazendo um grande bem para a pátria. Isso foi o que se observou em Eichmann, um militar nazista que

A eficiência torna a relação de trabalho no serviço público uma atividade matematizada. O que importa não são os fins que um serviço público efetivo poderia alcançar, mas sim a produtividade numérica e estatística que se poderia verificar, voltada, é claro, para otimização de gastos. Como lembra Rosa, pela eficiência, busca-se um padrão de qualidade total em nome da melhor satisfação não mais do cidadão, mas sim do consumidor-cliente, transformando as unidades administrativas e jurisdicionais muitas vezes “em objeto de ‘ISOs’, ‘5ss’ e outros mecanismos articulados para dar rapidez às demandas.”¹⁴⁰

Nessa perspectiva, enquadram-se os servidores e funcionários num modelo de inspiração taylorista, em que prevalece o eficientismo técnico-produtivo calcado na celeridade e na produtividade. Trabalho produtor e lucrativo era aquele obtido com o menor custo e atingido com os melhores resultados possíveis. Em outras palavras, realizar com “140 homens o trabalho que antes necessitava de 400 a 600”.¹⁴¹ O que importa é, de fato, “o aproveitamento dos homens de modo mais eficiente”.¹⁴² Aqui, o sujeito é somente encarado, segundo dizia Arendt, como mais um dente da grande engrenagem.

Segundo Taylor, para aumentar a produtividade vale tudo: sobrecarga de trabalho, baixos salários, condições insalubres,

simplesmente não tinha a real noção do que fazia. ARENDT, *op. cit.*, p. 60.

¹⁴⁰ Rosa ainda lembra que a “Reforma do Judiciário foi perigosamente na linha consumidor-eficiência.” ROSA, *op. cit.*, p. 213. Em outra obra, afirma que “[...] a situação brasileira segue o vácuo do modelo americano de exclusão, bastando que se veja a dimensão do Bolsa-Escola, cadastramento de famílias, Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – PETI, dentre outras iniciativas – mesmo de governo que se dizem democráticos – que escondem para os incautos os mesmos mecanismos americanos de ‘normatização’ [...]” ROSA, Alexandre Morais da. **Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror.** Florianópolis: Habitus, 2005. p. 33-34.

¹⁴¹ TAYLOR, Frederick Winslow. **Princípios de administração científica.** Tradução de Arlindo Vieira Ramos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1990. p. 15.

¹⁴² *Ibidem*, p. 24.

etc.¹⁴³ Os indivíduos que não se enquadram nesse formato são considerados “vadios”¹⁴⁴, cuja “indolência natural”¹⁴⁵ deveria ser sempre combatida. O autor explica que o mencionado eficientismo laboral não estaria restrito ao âmbito privado. Pelo contrário, tal eficientismo poderia e deveria ser estendido a qualquer atividade social, ou seja, poderia ser praticado “na direção de nossos lares, [...] na administração de igrejas, de institutos filantrópicos, de universidades e de serviços públicos”.¹⁴⁶

Percebe-se que há uma relação especial entre a lógica eficientista e o conjunto doutrinal neoliberal. Subjaz a este projeto inegável dimensão ideológica que se ofusca no discurso opaco da neutralidade científica. A ideia de ação eficiente foi apropriada como código renovador e relegitimador do ideário da novel liberdade mercadológica que se pretendeu propagar em sociedade.

A eficiência, como codificação que potencializa e redimensiona a relação entre meios e fins, apresenta-se como elo de reconexão entre a liberdade e a prosperidade. Com ar de neutralidade, oferece parâmetro balizador racional e objetivo, que foi medida recepcionada pelo Direito. No positivismo jurídico, especialmente após o reconhecimento constitucional do princípio da eficiência (Emenda Constitucional n.º 19/1998), o instituto da ação eficiente encontrou terreno fértil para avançar, mormente quando se pensa em hermenêutica e em interpretação da regra jurídica.

A universalidade é também um aspecto que contribuiu na difusão deste instituto como matriz ética. Não obstante, o processo de globalização, sobretudo a globalização financeira, exerceu papel preponderante. Compreender o fenômeno torna-

¹⁴³ Em suas palavras: “Tenho grande simpatia por aqueles que trabalham em excesso, mas, maior ainda, por aqueles que são mal pagos.” TAYLOR, *op. cit.* p. 29.

¹⁴⁴ Taylor demonstra preocupação com “esse assunto tão amplo e importante da *vadiagem no trabalho*, que diretamente afeta o salário, a prosperidade e a vida de quase todos os trabalhadores, bem como a prosperidade das indústrias nacionais”. TAYLOR, *op. cit.* p. 27.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 30.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 23.

se fundamental para entender as conexões entre Economia, política e Direito.

2.5 A GLOBALIZAÇÃO COMO FENÔMENO ECONÔMICO DE PODER: a nova face do capitalismo contemporâneo

Nos últimos tempos, mais especificamente nos derradeiros quarenta anos, e em atenção ao forte desenvolvimento tecnológico, a sociedade tem se deparado com intenso fluxo transnacional de informações, imagens, recursos, pessoas e bens de consumo, que transformaram por completo as relações humanas. Esse fenômeno é normalmente associado ao vocábulo, que se tornou usual, “globalização”.

Muito embora haja discussão e divergência a respeito do enquadramento conceitual, além de implicações lexicais na definição do termo, pode-se detectar como ponto comum o fato de que o processo de globalização exerceu influência direta na mudança de comportamento dos sujeitos e, como fenômeno de poder, potencializou, em muito, os valores do pensamento econômico. O que ocorreu de forma destacada em uma de suas frentes.

Nesta subseção, pretende-se discorrer sobre a globalização, sobretudo com o propósito de deixar clara a conexão direta entre o regime neoliberal globalizado, que, nesta tese, aborda-se como fase atual do capitalismo contemporâneo, e o pensamento econômico-eficientista, que oferece a matriz central e o código lógico da Teoria da Análise Econômica do Direito.

A globalização, especialmente em sua frente financeira e política, consolidou a universalização e, de algum modo, enquanto instrumental de poder, a relegitimação do pensamento econômico em sociedade, encontrando, também no Direito, campo fértil para se desenvolver.

Os valores liberais foram redimensionados no discurso econômico, agora, num mundo propalado como “sem fronteiras”, no qual as restrições estatais passam a ser vistas como inadequadas e equivocadas – salvo, é claro, no episódio da crise financeira de 2008, quando a intervenção do Estado na

Economia passou a ser vista por muitos como “mal necessário”.¹⁴⁷

Cientes de que o fenômeno da globalização transcende sua face essencialmente financeira, será necessário compreender o que significa o processo de globalização e suas implicações no pensamento econômico, bem como no comportamento dos sujeitos. Pelo excesso e pela banalização de seu uso, torna-se importante delimitar seu significado, evitando distorções e mau uso que se tem percebido no dia a dia em meios de comunicação e, até mesmo, em parte da academia.

Inicialmente, destaca-se que inexistente uma única forma de globalização. O que existe são dois tipos de globalização, os quais precisam ser distinguidos claramente: a globalização hegemônica e a globalização contra-hegemônica. Nas palavras de Santos:

[...] globalização significa conjuntos de relações sociais. À medida que estes conjuntos se transformam, assim se transforma a globalização. Existem, portanto, globalizações, e deveríamos usar este termo apenas no plural. Por outro lado, se as globalizações são feixes de relações sociais, estas envolvem inevitavelmente conflitos e, portanto, vencedores e vencidos. Frequentemente, o discurso da globalização é a história dos vencedores contada por estes. Na verdade, a vitória é, aparentemente, tão absoluta que os derrotados acabam por desaparecer completamente do cenário.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Um registro a respeito desse assunto: A crise financeira de 2008, apesar de sua importância para a compreensão da atual fase do capitalismo e do regime neoliberal, ainda não provocou na doutrina especializada uma mudança sólida de perspectiva teórica, sobretudo no que se refere aos dogmas do pensamento neoliberal. Por conta disso, e considerando os fins do presente estudo, abdicou-se de um aprofundamento deste fato histórico, não deixando, contudo, de considerar sua imensa relevância para a melhor compreensão dos possíveis rumos do atual e prevalente regime político-econômico.

¹⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008. v. IV, p. 194-195.

Conforme estabelece o aludido autor português, existem quatro modos de produção da globalização: localismos globalizados, globalismos localizados, cosmopolitismo e patrimônio comum da humanidade. Os dois primeiros constituem o que o autor designa por globalização hegemônica, que, em realidade, consiste no “processo através do qual um dado fenômeno ou entidade local consegue difundir-se globalmente e, ao fazê-lo, adquire a capacidade de designar um fenômeno ou uma entidade rival como local.”¹⁴⁹ As outras duas formas de globalização são o que o autor denomina por globalização contra-hegemônica, que bem retrata a convergência de forças de resistência (iniciativas populares de organizações locais, articuladas em redes de solidariedade transnacional), as quais se opõem à exclusão social construindo alternativas para o desenvolvimento e para participação democrática. Esse “ativismo trans-fronteiriço” constitui o paradigma da globalização contra-hegemônica.¹⁵⁰

O significativo globalização também é usado com significado equivalente por diversos teóricos, em denominações como: formação global, cultura global, sistema global, modernidades globais, processo global ou culturas globais. Giddens define globalização como a “intensificação de relações sociais mundiais que unem localidades distantes de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distância e vice-versa”.¹⁵¹

A visão da globalização como estritamente financeira seria reducionista para Santos. O autor explica que se trata de um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo. Por conta disso, as explicações monocausais do fenômeno parecem inadequadas. Santos esclarece:

[...] acresce que a globalização das últimas décadas, em vez de se encaixar no padrão moderno ocidental de globalização – globalização como homogeneização e uniformização – sustentado tanto por Leibniz

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 194-195.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 195-196.

¹⁵¹ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 2001. p. 26.

como por Marx, tanto pelas teorias da modernização como pelas teorias do desenvolvimento dependente, parece combinar a universalização e a eliminação das fronteiras nacionais, por um lado, o particularismo, a diversidade local, a identidade étnica e o regresso ao comunitarismo, por outro. Além disso, interage de modo muito diversificado com outras transformações no sistema mundial que lhe são concomitantes, tais como o aumento dramático das desigualdades entre países ricos e países pobres e, no interior de cada país, entre ricos e pobres, a sobrepopulação, a catástrofe ambiental, os conflitos étnicos, a migração internacional massiva, a emergência de novos Estados e a falência ou implosão de outros, a proliferação de guerras civis, o crime globalmente organizado, a democracia formal como condição política para a assistência internacional, etc.¹⁵²

A globalização contemporânea, assim, pode e deve ser analisada a partir de suas características dominantes, isto é, seu aspecto econômico, político e cultural necessitarão ser considerados. Sua feição dominante é atribuída a consenso construído por atores globais mais influentes também conhecidos como Consenso de Washington.

Essa expressão faz referência a um movimento ocorrido em Washington na década de 80 do século XX, que redefiniu o papel do Estado na Economia, estabelecendo como diretrizes políticas a prevalência do mercado, a desregulamentação da Economia e a privatização estatal.¹⁵³ Importante registrar, no entanto, que, nos dias de hoje, esse consenso está relativamente fragilizado em decorrência dos dissensos e atritos na esfera hegemônica, com destaque à resistência do eixo contra-hegemônico. Não por acaso, o período que se seguiu foi chamado de pós-Consenso de Washington.¹⁵⁴

¹⁵² *Ibidem*, p. 32.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 33.

¹⁵⁴ *Idem*.

Muito embora a globalização financeira seja a grande mola propulsora do fenômeno transnacional de dominação, a dimensão social, política e cultural da globalização em muito interessa para compreensão de seu alcance. Sem perder de vista, é claro, que tais dimensões estão interligadas.

No que concerne à globalização social, torna-se importante notar que se está diante de um novo personagem de proporções planetárias, que representa uma classe capitalista transnacional e que se reproduz em âmbito global, transcendendo às organizações nacionais de trabalhadores e aos Estados periféricos. Este novo personagem é a empresa multinacional, que incorpora a principal forma institucional da classe capitalista transnacional. Seu alcance pode ser retratado pelo fato de que mais de um terço do produto industrial mundial é produzido por empresas multinacionais e de que um percentual ainda maior é negociado entre elas.¹⁵⁵

Com relação à “globalização política”, observa-se que os Estados hegemônicos, por eles próprios ou por instituições internacionais, pressionaram e fragmentaram a autonomia política e a soberania efetiva dos Estados periféricos. Novos personagens surgiram, tais como a União Europeia, o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (*North American Free Trade Agreement* – NAFTA) e o Mercado Comum do Sul (Mercosul), como tentativas de aglutinação de interesses, sobretudo, econômicos e comerciais. Nesse contexto, o Estado-nação perdeu sua centralidade tradicional calcada na soberania, dissipando a força de ator internacional principal, no que diz respeito à condução e ao controle do fluxo de bens, pessoas, capital e ideias.¹⁵⁶

Importante notar que a globalização, para o autor, é bem mais longa. Poderia tal fenômeno ser dividido em quatro ondas ocorridas no milênio passado, marcadamente nos séculos XIII, XVI, XIX e no final do século XX. No entanto, Santos ressalta que a globalização, no sentido de regulação estatal, apresenta-se como algo novo e único:

[...] em primeiro lugar é um fenômeno muito amplo e vasto que cobre um campo muito grande de intervenção estatal e que requer

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 37.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 42-43.

mudanças drásticas no padrão de intervenção. Para Tilly, o que distingue a atual onda de globalização da onda que ocorreu no século XIX é o fato de esta última ter contribuído para o fortalecimento do poder dos Estados Centrais (ocidentais), enquanto a atual globalização produz o enfraquecimento dos poderes do Estado. [...] O segundo fator de novidade da globalização política atual é que as assimetrias do poder transnacional entre o centro e a periferia do sistema mundial, i.e., entre o Norte e o Sul, são hoje mais dramáticas do que nunca.¹⁵⁷

Nesse contexto de completa transformação do Estado acarretada pela globalização, identificam-se três tendências gerais marcantes. Inicialmente, depara-se com a desnacionalização do Estado, que consiste em

certo esvaziamento do aparelho do Estado nacional que decorre do fato de as velhas e novas capacidades do Estado estarem a ser reorganizadas, tanto territorial como funcionalmente, a níveis subnacional e supranacional.¹⁵⁸

A segunda tendência é a desestatização dos regimes políticos. A propósito, Santos leciona que

[...] refletida na transição do conceito de governo (*government*) para o de governação (*governance*), ou seja, de um modelo de regulação social e econômica assente no papel central do Estado para um outro assente em parcerias e outras formas de associação entre organizações governamentais, para-governamentais e não-governamentais, nas quais o aparelho de Estado tem apenas tarefas de coordenação enquanto *primus inter pares*.¹⁵⁹

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 44.

¹⁵⁸ *Idem*.

¹⁵⁹ *Idem*.

Conclui-se que os fundamentos da face dominante da globalização política estariam ligados, segundo Santos, ao Consenso de Washington e poderiam ser reduzidos a: “consenso do Estado fraco”, “consenso da democracia liberal” e “consenso do primado do Direito e do sistema judicial.”¹⁶⁰ Em outras palavras, o consenso do Estado fraco traduz a ideia polarizada de que o Estado é o oposto da sociedade e seu inimigo em potencial. Por conta disso, necessitar-se-ia de um Estado reduzido, mínimo.¹⁶¹

O consenso de democracia liberal objetiva dar o formato político ao Estado na concepção minimalista, recorrendo à teoria política liberal, defendendo a convergência entre liberdade política e liberdade econômica, eleições e mercados livres. Aqui, a visão do bem comum pode ser concretizada por meio de ações individuais utilitaristas sem interferência estatal.

Finalmente, o consenso sobre o primado do Direito e do sistema judicial se apresenta como estratégia para vincular a globalização política à globalização econômica. Considerando o modelo calcado nas privatizações, na iniciativa privada e na primazia dos mercados, com franca proeminência da propriedade individual e dos contratos, os princípios da ordem, da previsibilidade e da confiança não podem partir do Estado, uma vez que deverão partir do Direito e do sistema judicial.¹⁶²

Concernente à globalização cultural, esta assumiu lugar especial a partir da viragem cultural da década de 80 do século XX, quando ocorreu uma mudança de ênfase nas ciências sociais e nos fenômenos socioeconômicos para os fenômenos culturais. Ocorre que “a viragem cultural, veio reacender a questão da primazia causal na explicação da vida social e, com ela, a questão do impacto da globalização cultural.”¹⁶³

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 47.

¹⁶¹ Quanto a este ponto, Santos destaca que este processo de enfraquecimento do Estado e fortalecimento da sociedade civil é extremamente contraditório, uma vez que, somente um Estado forte é capaz de se desregular e criar normas e instituições que conduzirão o novo modelo de regulação social. SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos de globalização. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Globalização: fatalidade ou utopia?** Porto: Edições Afrontamento, 2001. p. 48.

¹⁶² *Ibidem*, p. 48-49.

¹⁶³ *Idem*.

Santos ressalta, ainda, a face dominadora desta dimensão da globalização, sugerindo reflexão a respeito da designação desse tipo de fenômeno, questionando se não seria o caso de chamá-la de ocidentalização ou americanização, “já que os valores, os artefatos culturais e os universos simbólicos que se globalizam são ocidentais e, por vezes, especificamente norte-americanos.”¹⁶⁴

O sociólogo Bauman, por sua vez, enxerga o fenômeno de maneira peculiar e aponta para novas perspectivas de análise. O autor deixa claro que a globalização se tornou um fenômeno que abarca, de modo direto ou indireto, toda a humanidade. O que mudaria seria, tão somente, o posicionamento dos sujeitos diante da globalização. Desse modo, para o autor, globalização não é a exceção, e sim a regra.¹⁶⁵

Explica, ademais, que o pressuposto fundamental para a compreensão da globalização como fenômeno contemporâneo é o entendimento da nova relação tempo/espaço, que, indiscutivelmente, transforma por completo os parâmetros tradicionais da condição humana. Para isso, seria necessário superar a visão reducionista de que a globalização é sempre homogeneizante, no sentido de crer que o fenômeno somente une. A propósito, Bauman esclarece que “a globalização tanto divide como une; divide enquanto une – e as causas da divisão são idênticas as que promovem a uniformidade do globo.”¹⁶⁶

Sucedem que, ao mesmo tempo em que a globalização se reveste de características inegavelmente planetárias, especialmente no tocante à globalização financeira e de informações, é posto em movimento um processo localizador, ou seja, de fixação no espaço. Segundo Bauman,

Conjuntamente os dois processos intimamente relacionados diferenciam nitidamente as condições existenciais de populações inteiras de vários segmentos de cada população. O que para alguns parece globalização, para outros significa localizações; o que para alguns é sinalização

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 51.

¹⁶⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999. p. 7.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 8.

de liberdade, para muitos outros é um destino indesejado e cruel.¹⁶⁷

Para o autor, os códigos centrais para a compreensão do fenômeno globalização são o movimento e a velocidade. Seria necessário enxergar os novos significados dessas categorias para perceber as vicissitudes impostas à humanidade nesses tempos globais. Os indivíduos, de alguma forma, encontram-se em movimento. O movimento ocorre mesmo que, fisicamente, os sujeitos estejam imóveis, pois “a imobilidade não é uma opção realista num mundo em permanente mudança.”¹⁶⁸

Bauman explica que a relação é calcada na desigualdade: alguns de nós tornam-se plenamente e verdadeiramente ‘globais’; alguns se fixam na sua ‘localidade’ – transe que não é nem agradável nem suportável num mundo em que os ‘globais’ dão o tom e fazem as regras do jogo da vida.¹⁶⁹

Essa nova condição, conforme o autor, causa desconfortos aos sujeitos locais, que seriam objeto de privação e certa exclusão. A partir daí as localidades estariam perdendo a capacidade de gerar e negociar sentidos tornando-se cada vez mais dependentes de valores e interpretações “de fora.”¹⁷⁰

O fenômeno do movimento global/local de que trata Bauman se evidencia, inicialmente, na nova face da estrutura corporativa dos tempos atuais. A ideia de empresa local, com raízes e identidade territoriais, que pertença aos proprietários visíveis da localidade, é superada.

Surge o que Bauman chama de “proprietário ausente”, num contexto em que as empresas, no formato “corporações”, não pertencem mais aos proprietários clássicos visíveis, identificados com a história de construção do negócio, e sim aos investidores, aos acionistas, que não necessariamente possuem vínculos territoriais, culturais ou identitários com a empresa. Esse novo padrão não está preocupado com os compromissos que a empresa tenha com a localidade onde esteja estabelecida – até

¹⁶⁷ *Idem.*

¹⁶⁸ *Idem.*

¹⁶⁹ *Idem.*

¹⁷⁰ *Idem.*

porque ela pode se movimentar (e se movimentar) conforme seus interesses pela busca da redução de custos.¹⁷¹

O centro de poder, ou seja, o centro das decisões foi deslocado. As decisões agora não necessariamente levam em consideração o relacionamento direto com o local, com os empregados, com os colaboradores. Nem mesmo a diretoria e o conselho de administração conseguem absolutizar as decisões. Em verdade, decidem segundo os interesses dos acionistas, especialmente daqueles que ofereçam maior vantagem.

Criou-se um novo espaço para o fluxo de decisões, dissociado das relações locais. Isso, porém, torna-se preocupante, pois essa mobilidade adquirida pelos investidores acarreta desconexão do poder contra as obrigações e as responsabilidades. Rompe-se com as condições de relação que vinculavam os donos do negócio aos empregados, à comunidade, ao meio ambiente, etc.¹⁷² Além disso, desconecta-se qualquer relação de responsabilidade com as gerações futuras e com as condições de auto-reprodução e desenvolvimento da vida concreta.¹⁷³

Exonerar-se dessas responsabilidades é um dos fatores de grande impulso na lucratividade e no avanço do segmento corporativo. Nesse sentido, a distância entre quem decide e quem suporta os efeitos da decisão é utilizada para facilitar a resignação dos que sofrem com o processo. A pulverização da decisão tomada por uma coletividade de acionistas dificulta qualquer esboço de resistência.¹⁷⁴

Tornou-se um meio eficaz de invisibilizar o inimigo. Também, por conta disso, torna-se difícil, nos dias de hoje, pensar na relação trabalhadores *versus* empregadores numa perspectiva marxista de estrutura tradicional de classes. As relações de poder, agora, são impulsionadas por outros fatores. Bauman explica que, no mundo do pós-guerra espacial, “a mobilidade tornou-se o fator de estratificação mais poderoso e

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 16.

¹⁷² *Ibidem*, p. 15.

¹⁷³ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

¹⁷⁴ BAUMAN, *op. cit.*, p. 16.

mais cobiçado, a matéria de que são feitas e refeitas diariamente novas hierarquias sociais, políticas e econômicas e culturais.”¹⁷⁵

Outro aspecto fundamental, que não somente foi responsável pelo surgimento, mas também pela consolidação e pelo avanço do fenômeno globalização, é a velocidade que, articulada com a distância, possui implicações importantes. Nesse pensar, Bauman invoca Paul Virilio: “com efeito, longe de ser um ‘dado’ objetivo, impessoal, físico, a ‘distância’ é um produto social; sua extensão varia dependendo da velocidade com a qual pode ser vencida.”¹⁷⁶

A velocidade não é tratada como consequência neutra e despropositada do ciber mundo, da cultura fundamentalista científica fundada a partir da modernidade. Pelo contrário, é tratada, dito de modo claro, como o poder, como o meio, que possui íntima relação com a Economia. Em suas palavras:

*La noción de la velocidad es una cuestión primordial que forma parte del problema de la economía. La velocidad es, a su vez, una amenaza tiránica, según el grado de importancia que se le dé, y, al mismo tiempo, ella es la vida misma. No se puede separar la velocidad de la riqueza. Si se da una deficiencia filosófica de la velocidad, se puede decir que no es un fenómeno, sino la relación entre los fenómenos. Dicho de otro modo, la relatividad en si misma. Se puede incluso llegar más lejos y decir que la velocidad es un medio. No es simplemente un problema de tiempo entre dos puntos, es un medio que está provocado pro el vehículo.*¹⁷⁷

A velocidade, vista como relação política, é inseparável da lógica de maximização da riqueza. Torna-se, em tempos como estes, impossível estudar política sem dedicar-se a melhor compreender o fenômeno da velocidade. A velocidade representa um movimento absoluto, instantâneo.¹⁷⁸

¹⁷⁵ *Idem.*

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 19.

¹⁷⁷ VIRILIO, *op. cit.*, p. 16.

¹⁷⁸ VIRILIO, *op. cit.*

Aspecto não menos importante, e diretamente ligado à velocidade, é o papel desempenhado pelo transporte da informação. Com o avanço tecnológico, a comunicação passa a não mais envolver o movimento de corpos físicos ou, quando utiliza tal movimento, o faz somente em caráter secundário. Como afirma Bauman, a “informação viaja independente dos seus portadores físicos – e independente também dos objetos sobre os quais informava: meios que libertaram os ‘significantes’ do controle dos ‘significados.’”¹⁷⁹

A informação se tornou, especialmente a partir do surgimento da rede mundial de computadores, instantânea, impondo nova visão em relação ao tempo. Isso implica dizer que a velocidade, aliada à globalização financeira, reorganizou o espaço de tal forma que explode com o passado e acaba por nos projetar para um presente alargado ao infinito, fazendo com que o futuro se torne um *no-sense* imaginário.¹⁸⁰

Este espaço, que surge a partir da informática de ponta, é o que Virilio chama de espaço cibernético. Com o fluxo instantâneo de informações no planeta o “aqui” e o “lá” deixaram de fazer sentido para muitas das relações humanas. Ao invés de homogeneizar a condição humana, a anulação tecnológica das distâncias temporais/espaciais tem tendência de polarização. Bauman explica que “ela emancipa certos seres humanos das restrições territoriais e torna extraterritoriais certos significados geradores de comunidade.”¹⁸¹

A experiência da não-territorialidade do ciberespaço exerce, segundo Bauman, forte influência no imaginário coletivo dada sua abstração. Tanto que o autor faz analogia do ciberespaço com a concepção cristã de paraíso. Algo que vem de cima, do além-físico e que, por consequência, não poderia ser questionado, ou seja, não haveria resistência. Como é de fonte invisível, a capacidade de questionamento e reflexão fica prejudicada.¹⁸²

O fenômeno da globalização possui relação direta e especial com a visão economicista prevalente em sociedade nas últimas décadas. Não pode ser tratado como fenômeno

¹⁷⁹ BAUMAN, *op. cit.*, p. 21.

¹⁸⁰ *Idem.*

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 25.

¹⁸² *Ibidem*, p. 27.

secundário ou periférico. O processo de globalização é central e, por se apresentar como meio de poder, deve ser considerado e refletido como estratégico para os fins desta tese.

A globalização transcende o aspecto financeiro. Não se pretendeu aqui ser reducionista quando se enfocou essa frente. Pelo contrário, pensando no propósito final desta pesquisa, procurou-se abordar a face econômica e política desse fenômeno, que poderá tornar importante para melhor compreender a influência e o peso desse processo no comportamento dos sujeitos e no seu modo de pensar.

No campo jurídico, observa-se a influência nítida da visão econômica, sendo essa aproximação potencializada pela globalização e pela sua capacidade de relegitimar valores universais em sociedade. As ideias liberais ocupam cada vez mais espaço no discurso jurídico ocidental. No Brasil, isso não foi diferente.

Viu-se também como a eficiência, código central da lógica econômica, passou a parâmetro vinculador na condição de princípio constitucional. É inegável a influência desse marco para a visão reformista pátria, que, a partir desse balizador, considera a velocidade e a produtividade como referências objetivas e racionais de solucionamento hermenêutico dos problemas burocráticos do direito. O reformismo processual dos últimos tempos, por sua vez, de certo modo, seguiu muito desse receituário.

Compreender a evolução do movimento capitalista torna-se importante para melhor entender como se formou e estruturou a lógica economicista no âmbito político e jurídico. A relação é direta. O pensamento econômico não foi o mesmo ao longo de todo o período. Perceber como este se tornou proeminente e vinculador durante a evolução do capitalismo foi fundamental para bem compreender o surgimento do movimento *LaE* e entender o papel dessa teoria em relação ao direito pátrio.

3 DIREITO E ECONOMIA: das primeiras conexões até o *Law and Economics Scholarship*

Neste capítulo, pretende-se apresentar o movimento da análise econômica do Direito, mais conhecido como *LaE*. Far-se-á um resgate histórico para mostrar o surgimento das interseções entre a Economia e o Direito e como ocorreu a evolução das escolas de pensamento até chegar ao modelo teórico descrito por Richard Posner, que assume papel de destaque nesta pesquisa. Apresentar-se-á, também, o movimento de crítica à análise econômica do Direito como contraponto teórico.

A partir da obra de Posner, considerada a versão teórica mais bem estruturada do movimento, pretende-se mostrar a influência da filosofia pragmática para a percepção econômica do Direito, revisitando as premissas fundamentais de sua tese. Conhecendo as teorias básicas com as quais trabalha, desde a questão comportamental até a lógica eficientista, intenta-se, ao final, explorar a sua proposta principiológica para o processo, que estabelece nova diretriz hermenêutica para a decisão judicial.

3.1 DAS PRIMEIRAS CONEXÕES ENTRE DIREITO E ECONOMIA AO MOVIMENTO *LAW AND ECONOMICS*

As conexões entre Direito e Economia eram, há muito tempo, exploradas a partir das mais variadas perspectivas. As razões são conhecidas e pesaram muito nesse processo de aproximação. Isso porque as ligações históricas entre as duas searas do saber nas faculdades de Direito, a força do avanço paralelo de ambas como Ciências Sociais, a importância das instituições próprias da concepção institucionalista e o reflexo do avanço do Estado para o dirigismo econômico passaram a exigir uma cobertura jurídica.¹⁸³

¹⁸³ ARAÚJO, Fernando. **Análise Econômica do Direito**: Programa e Guia de Estudo. Coimbra: Almedina, 2008. p. 20.

A *LaE*¹⁸⁴, como disciplina autônoma e com a profusão atualmente conhecida, tem sua origem no âmbito acadêmico norte-americano, especialmente a partir da década de 1960. No entanto, suas origens, que podem ser buscadas nos primeiros imbricamentos modernos entre Direito e Economia, remontam ao próprio surgimento e reconhecimento da Economia como saber científico. Torna-se importante rever brevemente essa trajetória histórica.

O ponto histórico demarcado como de intersecção inicial entre Direito e Economia, considerado como gênese do movimento, que mais tarde seria denominado *LaE*, remonta ao século XVIII e se subdivide em dois ramos principais. O primeiro estaria ligado aos estudos de Adam Smith, que abordava sobre os efeitos econômicos da legislação mercantilista. O segundo ramo estaria ligado ao trabalho de Jeremy Bentham, de geração posterior a de Smith, que fazia referência à análise econômica das leis que regulavam o comportamento de atividades de mercado, tais como delitos, acidentes, responsabilidade civil, matrimônio, contaminação e processos jurídicos e políticos, entre outras.¹⁸⁵

Parisi e Rowley mencionam diversos estudiosos do Iluminismo escocês, tais como David Hume e Adam Ferguson, que, ao lado de Adam Smith, também teriam feito parte da gênese do movimento Direito e Economia. Em 1739, Hume teria desenvolvido o trabalho chamado *A Treatise of Human Nature*, a partir do qual definiu as leis fundamentais da natureza humana que dariam suporte à paz e à segurança da humanidade. Adam Ferguson, por sua vez, teve enfoque sobre a lei como elemento fundamental para a segurança e conservação da liberdade civil, com o seu clássico *An Essay on the History of Civil Society*.¹⁸⁶

¹⁸⁴ PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. ***The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers***. Massachusetts: Edward Elgar, 2005.

¹⁸⁵ ROEMER, Andrés. ***Introducción al análisis económico del derecho***. Tradução de José Luis Pérez Hernández. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 6; PARISI; ROWLEY, *op. cit.*, p. 5; POSNER, Richard A. ***A economia da justiça***. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 6.

¹⁸⁶ PARISI; ROWLEY, *op. cit.*, p. 3-5.

Dito isso, verifica-se que o primeiro ramo, ligado a Adam Smith, desenvolveu-se em paralelo à maturação da Economia como ciência e também em paralelo à expansão da regulação estatal da Economia. A partir da observação de estratégias e ações do mercado voltadas à restrição do comércio, influenciou a criação de uma legislação contrária aos monopólios, o que implicou ordenamento mais moderno de Economia do Direito. Em outra área, como a regulação dos serviços públicos, patentes, direitos de autor, tributações, regulação das finanças corporativas e comércio internacional, percebeu-se desenvolvimento histórico similar.¹⁸⁷ Além disso, Smith teria contribuído indiretamente para o surgimento da análise econômica do Direito, em razão do seu entendimento sobre os fatores que podem levar eficiência ao sistema administrativo de justiça.¹⁸⁸

Na outra vertente, mais voltada para a Economia da regulação jurídica de atividades de mercado, o início efetivo se deu com Bentham a partir de sua lógica de que os indivíduos atuavam como maximizadores racionais de seus próprios interesses em todos os aspectos da vida. O referido autor desenvolveu a ideia de que o modelo econômico, concebido como o resultado das implicações de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações, poderia ser empregado a todos os campos da atividade humana, indo além de sua mera aplicação nos mercados explícitos da Economia.¹⁸⁹

Os estudos de Bentham destacam-se pela abordagem sobre a sanção penal. Partindo da sua suposição de que as pessoas são maximizadoras racionais, no tocante à decisão de cometer delito ou vender algo, o problema do controle penal se restringiria a estabelecer um conjunto de preços pelo delito, manipulando as duas variáveis que determinam o custo do castigo para o suspeito, quais sejam, o rigor do castigo e a probabilidade de que este será aplicado.¹⁹⁰

Ao trabalhar com esses dois conceitos, Bentham e, posteriormente, Becker criaram importante instrumento para o uso das políticas públicas dentro do estudo do Direito.

¹⁸⁷ ROEMER, *op. cit.*, p. 6.

¹⁸⁸ PARISI; ROWLEY, *op. cit.*, p. 7.

¹⁸⁹ ROEMER, *op. cit.*, p. 7.

¹⁹⁰ *Idem.*

Trabalhando com os efeitos da severidade da pena e com a probabilidade de sua aplicação, o sistema judicial controlará os custos de sua intervenção. Os sucessores de Bentham na Economia não compartilham com o seu entendimento. Entretanto, isso não afasta a influência de sua teoria do castigo sobre esses estudiosos. Em realidade, Bentham influenciou mais juristas do que economistas com sua tese.¹⁹¹

Menciona-se que, na recepção da Economia pelo Direito americano, também se destacaram autores como Holmes, Brandeis, Leander Hand e Robert Hale. A Economia passou, a partir das décadas de 1940 e 1950, a estudar o Direito antitruste, o Direito societário e as áreas de regulamentação dos órgãos executivos que prestam serviços públicos e de tributação federal. Nesse período, destacaram-se autores como Aaron Director, Henry Simons¹⁹², Donald Turner e Henry Manne.¹⁹³ Citam-se, ainda, os contributos de George Stigler, Armen Alchian e Gordon Tullock.¹⁹⁴

Na década de 1960, tem-se nova fase da análise econômica do Direito, a *New LaE*. O ponto de partida é gerado pelos artigos científicos publicados, no âmbito acadêmico norte-americano, por Ronald Coase da Universidade de Chicago, e Guido Calabresi, da Universidade de Yale. Em 1961, Coase publica o *The Problem of Social Cost*, no *Journal of LaE*, artigo mais citado de toda história da área econômica e que, mais tarde, render-lhe-ia o prêmio Nobel de Economia¹⁹⁵, além de Calabresi, que publicou o *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, no *Yale Law Journal*.¹⁹⁶

Nesse sentido, Gonçalves e Stelzer explicam que, a partir dos estudos de Coase e Calabresi, tem-se inovador discurso jurídico, voltado a um perfil mais técnico-racional que lógico-formal. A Teoria da Análise Econômica do Direito, segundo os

¹⁹¹ *Idem*.

¹⁹² Henry Simons foi o primeiro professor de Economia na Faculdade de Direito na *Chicago Law School*, em 1939, e foi sucedido por Aaron Director. PARISI; ROWLEY, *op. cit.*, p. 12-13.

¹⁹³ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Forense, 2010. p. 464.

¹⁹⁴ PARISI; ROWLEY, *op. cit.* p. 33.

¹⁹⁵ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. *op. cit.*, p. 429.

¹⁹⁶ ROEMER, *op. cit.*, p. 8-9.

referidos autores, teria surgido da ideia de um Direito baseado na metodologia e nos aportes teóricos das ciências sociais, sendo consequência de uma tendência reconstrutivista-realista.¹⁹⁷

Os trabalhos de Coase e Calabresi demonstraram que as atividades do mercado que haviam sido submetidas à regulação jurídica extensiva, o que eles denominam por acidentes, podiam ser analisadas de maneira frutífera em termos econômicos¹⁹⁸. Contudo, Calabresi discrepa de Coase no sentido de que, em longo prazo, as regras de responsabilidade contratual condicionam o resultado da atividade econômica de seus destinatários, pelo que é relevante a análise do efeito econômico da norma como condicionante do próprio mercado.¹⁹⁹

Calabresi²⁰⁰, por sua vez, um dos pioneiros da análise econômica do Direito na Europa como método de exame da norma e como método de investigação jurídica, sustenta que o uso sistemático de critérios de eficiência, como modalidade metodológico-normativa e a conseguinte contemplação sistêmica da realidade do ordenamento desde pressupostos da teoria econômica clássica, torna-se tarefa hermenêutica dos juristas como um tipo de análise preliminar da lei em concreto.²⁰¹

Coase, em seu artigo escrito na Universidade de Virgínia, em ataque às ideias de Pigou, publicadas em seu *The Economics of Welfare* (1920)²⁰², demonstrou que os efeitos dos direitos de propriedade e de responsabilidade civil sobre a

¹⁹⁷ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e Direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. *Revista Jurídica*, v. 1, n. 28. 2012. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412>>. Acesso em: 15 nov. 2013. p. 91.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 9.

¹⁹⁹ JIMÉNES, Javier W. Ibáñez. *Análisis Económico del Derecho: Método, Investigación y Práctica Jurídica*. Barcelona: Bosch, 2011. p. 26.

²⁰⁰ Importante ressaltar, com Roemer que “sim embargo, el trabajo de Calabresi nunca tuvo la orientación *laissez-faire* del trabajo de la Escuela de Chicago, y no debiera agruparse junto com esse trabajo, salvo en cuanto al énfasis que pone en el campo de la transgresión de la ley y la reparación del dano desde el punto de vista del derecho consuetudinário. ROEMER, *op. cit.*, p. 9.

²⁰¹ JIMÉNES, *op. cit.* p. 26.

²⁰² PARISI; ROWLEY, *op. cit.*, p. 15.

distribuição de recursos dependem dos custos das transações em torno das normas, proporcionando uma ferramenta indispensável para a análise econômica dos direitos e da responsabilidade civil. Em outras palavras, o Teorema de Coase, muito embora o próprio autor não tenha lhe dado esse nome, defende que, se os custos de transação são iguais a zero, a primeira atribuição de um direito de propriedade não afetará a eficiência com que os recursos deverão ser alocados.²⁰³

Diante disso, observa-se que Coase cumpriu a importante tarefa de fazer os economistas voltarem a dar atenção para uma faceta esquecida até então no sistema econômico, qual seja, os custos da transação no mercado. Este teorema orientou pesquisas empíricas essenciais, como por exemplo, as que abordam acerca dos efeitos do divórcio sem culpa.²⁰⁴

O referido autor inicia seu trabalho na Universidade de Virgínia e, em 1964, junta-se à Universidade de Chicago, onde pôde, com desenvoltura, expandir suas ideias. Quando chega à aludida Universidade, depara-se com um ambiente propício para a concretização da análise econômica do Direito como disciplina autônoma, graças ao trabalho de professores daquela instituição. De fato, a Universidade de Chicago tem importância singular para a *LaE*, haja vista a hábil articulação realizada entre os departamentos de Economia e Direito.

Foi a partir da Universidade de Chicago que se constatou o processo de aproximação entre economistas e juristas de Chicago com as ideias de livre mercado de Friedrich August Von Hayek. O início dessa história se dá com Henry Simons, em 1939, visto que foi o primeiro professor de Economia daquela faculdade, tendo sido sucedido pelo também economista Aaron Director.

Em 1945, Simons enviou a Hayek uma proposta de estabelecer em Chicago um núcleo de estudos que seria comandado por Director, para desenvolver pesquisas e propagar ideias acerca da liberdade de mercado, o que contou com o imediato apoio de Hayek. Esse projeto foi concretizado mais tarde por Director, sem contar com Simons, que faleceu.²⁰⁵

²⁰³ ROEMER, *op. cit.*, p. 9.

²⁰⁴ POSNER, Richard A. **Para além do direito.** *op. cit.*, p. 429.

²⁰⁵ Em suas palavras: "In 1945, Henry Simons had sent to Friedrich von Hayek, then at the London School of Economics, a proposal that an

Director foi quem, de fato, conseguiu concretizar a interlocução do pensamento de Hayek com o núcleo jurídico da faculdade de Direito de Chicago. No comando da instituição, e tendo alterado a estrutura do curso de Direito, convidou economistas renomados para lecionar na faculdade, entre os quais Milton Friedman e George Stigler.²⁰⁶ Foi ele o grande responsável por conduzir, em 1950, Hayek ao *Committee on Social Thought at Chicago*, mesmo após o Departamento de Economia ter rejeitado sua candidatura. Director se tornou também editor, em 1958, do *The Journal of LaE*, que foi fundamental para a divulgação das ideias da análise econômica do Direito.²⁰⁷

Nesse ambiente, em ampla interação entre o pensamento econômico e o Direito, surge o mais notável nome da *LaE* contemporânea: Richard A. Posner. Aluno de Coase e Director, Posner, com brilhantismo, propõe, em 1973, o estatuto científico que faltava à disciplina, publicando a obra *Economic Analysis of Law*, que representou verdadeiro divisor de águas no movimento. A partir desse trabalho, a análise econômica do Direito ganhou espaço destacado no mundo jurídico e ofereceu potencial de expansão global à disciplina.

Institute of Political Economy should be established at Chicago with Director as its head. This proposal was quickly superseded by the idea of a Free Market Study, which was enthusiastically endorsed by Hayek. [...] He was largely responsible in 1950 for bringing Hayek to the Committee on Social Thought at Chicago after the Economics Department had rejected his candidature.” PARISI, Francesco. ROWLEY, *op. cit.*, p. 13-14.

²⁰⁶ Posner afirma: “Depois de Bentham, a teoria das escolhas racionais permaneceu ignorada por muitos anos. Seu surgimento está associado, sobretudo, à ciência econômica da “Escola de Chicago” e, em particular, a alguns grandes economistas da Universidade de Chicago, como Milton Friedman, George Stigler, Ronald Coase, Henry Simons e Gary Becker. Seus estudos da natureza econômica da regulamentação governamental, da informação, de educação, da família, da criminalidade, do processo político e da poluição (como no famoso artigo ‘The Problem of Social Cost’, de Coase) lançaram as fundações da análise econômica do direito”. POSNER, Richard A. **A economia da justiça**, *op. cit.*, p. XIII.

²⁰⁷ PARISI; ROWLEY, *op. cit.*, p. 13-14.

Posner entende que o Direito encontra-se em estágio pré-científico, que carece de objetividade, bem como deve ser interpretado e pensado a partir dos princípios da Economia. Iniciando por uma lógica pragmática, o autor defende um método de interpretação consequencialista para o Direito, transformando-o num instrumental pautado pelos efeitos das decisões jurídicas. Compreende, ainda, que as decisões judiciais devem ser orientadas pelo padrão de análise custo-benefício, o qual denomina maximização da riqueza, representando este um verdadeiro princípio ético-comportamental.²⁰⁸

Sustenta, a partir de suas convicções de livre mercado, que o Poder Judiciário deve ser previsível e estável para oferecer ao mercado segurança para o livre fluxo dos recursos. As decisões judiciais devem, pois, estarem livres de subjetividades valorativas decorrente da lógica jurídica principiológica e se pautarem pela diretriz da eficiência na alocação de recursos. Posner assevera que, desse modo, o Direito figuraria como aparato a serviço da democracia liberal.

Muito embora a obra de Posner tenha sido fundamental para a *LaE*, há de se reconhecer que o movimento Direito e Economia foi constituído por contribuições de vários outros autores e escolas. Torna-se fundamental, ainda que de maneira breve, conhecê-los.

Gonçalves e Stelzer explicam que a *LaE* foi forjada a partir de diferentes enfoques, relacionando-os da seguinte forma: “a) o enfoque tradicional da Escola de Chicago; b) o enfoque Neoinstitucional; c) o enfoque chamado de Eleição Pública e; d) os Estudos da Crítica Jurídica.”²⁰⁹

No enfoque tradicional, que surge a partir da década de 60 do século XX, constitui-se o ponto de vista de que a análise econômica do Direito se caracteriza pelo uso dos princípios da Teoria Econômica no Direito, com destaque à importância da

²⁰⁸ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**, *op. cit.*, p. XIV.

²⁰⁹ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito. *In: 11ª Conferência Internacional de Direito e Economia da ALACDE*, 2007, Brasília, Brasil. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley), 2007. p. 5.

intersecção entre Direito e Economia, que ocorreu na Universidade de Chicago.²¹⁰

A Escola de Chicago foi marcada pela ética utilitarista e pela ideia de maximização de riqueza, a partir da qual o homem busca permanentemente a potencialização de seus interesses. Utilizou como marco teórico-filosófico, para a análise econômica do Direito, o utilitarismo de Bentham, e também o pragmatismo estadunidense.²¹¹

Sob esse aspecto, destaca-se a obra de Richard Posner, que se tornou um dos principais defensores da disciplina nos Estados Unidos. Trouxe como inovação a possibilidade de utilização da teoria microeconômica na análise do Direito e, por isso, fala o autor em *old* e *new LaE*.²¹² A propósito, Gonçalves explica que

Assim o velho ramo da *Law and Economics* está ligado ao surgimento da Economia como ciência distinta e com os estudos de Adam Smith sobre a regulação normativa dos mercados; enquanto a nova *Law and Economics* tem sua raiz científica na Teoria Microeconômica; filosófica, no utilitarismo benthaminiano, no pragmatismo norte americano e no pensamento economicista; já se preocupando com atividades outras que não a única regulação de mercados.²¹³

No que concerne ao enfoque neoinstitucional da *LaE*, também conhecido como Escola dos *Property Rights*, Gonçalves e Stelzer apontam como característica a “generalização do rigorismo e o uso de técnicas analíticas sempre procurando a eficiência.”²¹⁴ A ação eficiente se torna importante parâmetro de análise e de aplicação dos princípios econômicos ao Direito,

²¹⁰ *Ibidem*, p. 5-6.

²¹¹ *Idem*.

²¹² GONÇALVES, Everton das Neves. **A Teoria de Posner e sua aplicabilidade à Ordem Constitucional Econômica de 1988**. 1997. 390 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. p. 113.

²¹³ *Ibidem*, p. 114.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 6-7.

apresentando-se como critério a ser utilizado pelo juristas. Destaque aos conceitos de eficiência de Pareto e Kaldor-Hicks.²¹⁵

Nessa vertente, há, em certa medida, uma subversão do direito de propriedade com discurso jurídico-econômico assumindo caráter mais social. Propugna-se, nessa corrente, pela utilização mais eficiente da propriedade, marcada pela perspectiva de uso e utilidade. A propriedade passa a ser considerada do ponto de vista das relações sociais entre os sujeitos, tendo em conta a existência dos objetos e a forma como são utilizados.²¹⁶

O enfoque da Escolha Pública ou *Public Choice*, que surge nos anos 50 e 60 do século XX, aborda o “estudo da tomada de decisões governamentais para prover o bem estar social optando pela defesa de bens públicos [...]”²¹⁷, tais como o “meio ambiente, [a] qualidade de vida, [a] defesa dos interesses do País, [a] saúde, [a] educação, etc.”²¹⁸ Pode-se dizer que consiste na aplicação da teoria da ciência econômica à ciência política, “na medida em que, por critérios de escolha, definem-se planos de ação objetivando maximizar opções dentro da perspectiva de escassez.”²¹⁹ Destaque à obra de James M. Buchanan.

A partir do *Welfare State*, o Estado passa a ter a missão de intervir no mercado e na economia como agente regulador. Na lógica da *Public Choice*, essa intervenção deverá ocorrer de maneira eficiente, de modo que a execução de serviços públicos e uso de bens públicos não comprometam os limitados recursos governamentais.²²⁰

Trata de pensamento voltado ao comportamento das entidades políticas e burocráticas no que concerne ao processo decisório e suas implicações no mundo real, tendo em consideração que os agentes devem maximizar seus interesses por meio de escolhas políticas otimizadoras. Esse tipo de análise

²¹⁵ *Idem.*

²¹⁶ *Ibidem*, p. 119-120.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 7.

²¹⁸ *Idem.*

²¹⁹ *Idem.*

²²⁰ *Ibidem*, p. 124.

abrange o comportamento dos representantes dos partidos políticos, dos eleitores e dos resultados políticos alcançados.²²¹

Na década de 70 do século XX, surge o movimento *Estudos da Crítica Jurídica*, que é marcado pelo confronto aos formalismos e pela retomada do marxismo como marco teórico filosófico. A partir desse enfoque, o Direito passa a ser visto como instrumento de dominação social, econômica e política, “justificador da prática de dominação dos poderosos que se legitimam em ideário jurídico criado para submeter à vontade dos indivíduos.”²²² Destacam-se as obras de Duncan Kennedy, Roberto Mangabeira Unger, entre outras.

Esta corrente se propôs a criticar, em uma perspectiva política e filosófica, a situação político-ideológica vivida pelos Estados Unidos na década de 70 do século passado. Partem de métodos e técnicas que possuem fundamento teórico em disciplinas filosóficas, como a teoria crítica, o feminismo, o estruturalismo e o marxismo, com o propósito de reformulação do Direito para a democratização do processo decisório.²²³

Gonçalves e Stelzer identificam semelhanças entre as quatro escolas mencionadas. Na tarefa de interpretar economicamente o Direito, seria possível, segundo os autores, constatar duas hipóteses: a primeira seria “condenar-se o sistema econômico capitalista que se legitima em ideário jurídico para o exercício de prática competitiva de mercado desconsideradora do social”, opondo-se também à utilização do Direito como redutor do ideal de justiça à racionalidade econômica de redução de custos e ampliação de benefício.²²⁴ A segunda diz respeito à utilização do próprio sistema jurídico:

[...] utilizar-se do próprio sistema jurídico, que analisado à luz da Teoria Econômica pode propiciar, a todos (privilegiados e não privilegiados pelo próprio sistema econômico), instrumental lógico-formal em busca do equilíbrio econômico que, por sua vez, leva à justiça dentro de ética específica, objetivando a distributividade da renda através do Legislativo; quando da elaboração

²²¹ *Ibidem*, p. 125.

²²² *Idem*.

²²³ *Ibidem*, p. 127.

²²⁴ *Idem*.

da norma e do Judiciário, quando da apreciação do caso concreto.²²⁵

Registra-se, por fim, que a origem da *LaE*²²⁶ foi relativamente modesta e sem grande alarido, demorando muito tempo para adquirir a proeminência e respeitabilidade nos meios acadêmicos e profissionais do mundo jurídico. Posner menciona algumas razões de ordem econômica que também tiveram papel decisivo nesse processo evolutivo: a) o suporte material dado pela John M. Olin Foudation, a apoiar a investigação e a divulgação acadêmica da *LaE* nas Universidades de Rochester, de Miami, de Emory, de George Mason e de Chicago; b) a crescente empresarialização ocorrida na prestação privada de serviços jurídicos, decorrente de amplo movimento de privatização de serviços públicos, com destaque à área da advocacia, com a verticalização e industrialização em grandes escritórios-empresas, marcados pela lógica do pensamento materialista e maximizador de recursos; e c) os generosos incentivos propriamente acadêmicos, com investimentos na proliferação das ideias afetas à área, que, em muito, beneficiaram-se da tecnologia, da internet e dos intelectuais envolvidos.²²⁷

Esses fatores foram fundamentais para a evolução relativamente rápida do movimento e para a solidificação de autonomização da disciplina, mesmo contando com a permanente existência de dúvida acerca das fronteiras e do alcance da *LaE*. A consagração e o reconhecimento da disciplina podem ser percebidos pelo aumento de espaço no meio

²²⁵ *Idem.*

²²⁶ Cumpre registrar a posição do pesquisador Mackaay, que divide a trajetória histórica da *LaE* em duas ondas. A primeira seria de origem europeia e teria surgido entre economistas que almejaram desenvolver uma ciência explicativa de direitos, chegando aos Estados Unidos, por meio da Escola Institucionalista. A segunda onda, segundo o autor, poderia ser dividida ainda nos seguintes períodos: a origem; o paradigma proposto (1958-1973); o paradigma aceito (1973-1980); o paradigma questionado (1976-1983); e a reformulação do movimento a partir de 1983. MACKAAY, Ejan. ***History of Law and Economics***. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2014.

²²⁷ ARAÚJO, *op. cit.*, p. 16-17.

acadêmico, sobretudo no âmbito jurídico. No Direito, mais do que nos departamentos de Economia, a disciplina acabou por fazer mais sentido revolucionário e transformador.²²⁸

Em suma, segundo Gonçalves e Stelzer, a *LaE* objetiva a compreensão do universo jurídico, a partir de pressupostos e valores metajurídicos próprios da Economia, que podem ser manejados no momento da criação da norma jurídica e também no momento de sua verificabilidade, na hipótese de aplicação ao caso concreto. Assim, tem-se uma racionalidade econômico-jurídica que interage com o meio de modo a influenciar o âmbito jurídico, principalmente no que se refere à interpretação, considerando novos padrões econômicos-valorativos quando da apreciação de demandas judiciais.²²⁹

Ainda, no entendimento dos autores, caberia ao Direito refletir a realidade social, de maneira a adaptar seus critérios ao ideal de justiça em consonância com a sociedade de perfil eficiente. Nesse sentido, com a utilização de princípios econômicos no âmbito do Direito, não se estaria defendendo um vilipêndio às máximas jurídicas, mas sim a possibilidade de redirecioná-las à realidade concreta do dia a dia.²³⁰

Por fim, para se ter noção de sua importância e difusão no meio acadêmico, necessário registrar que a *LaE*, que é a mais bem sucedida corrente jurídica norte-americana da segunda metade do século XX, ocupa em citações e abordagens, aproximadamente, um quarto dos artigos apresentados nas dez principais revistas jurídicas estadunidenses. O artigo de Ronald Coase, de 1960, é líder absoluto no *ranking* de citações e menções nas publicações que envolvam essa matéria.²³¹

3.2 A *LAW AND ECONOMICS* EM RICHARD POSNER

Como se pôde perceber, Posner mudou o curso de desenvolvimento teórico da *LaE*. O autor ofereceu um método para a análise econômica do Direito e procurou justificar, em nível científico, a possibilidade de aplicação de diretrizes econômicas àquela ciência. Sem reconhecer sua autonomia,

²²⁸ *Ibidem*, p. 18-19.

²²⁹ GONÇALVES; STELZER, *op. cit.*, p. 5-6.

²³⁰ *Ibidem*, p. 6.

²³¹ *Ibidem*, p. 19.

além de proceder uma releitura crítica da teoria do Direito e da teoria constitucional, Posner entende que ofereceu aos juristas uma tese com potencial de resolver o problema da subjetividade valorativa, que vulnerabiliza as decisões judiciais, e também com a capacidade de adequar o Direito às necessidades da sociedade contemporânea.

Posner, assim como seus antecessores, entende que o Direito pode e deve ser estudado, aplicado e interpretado a partir de princípios da microeconomia. O que há de novo em Posner é, em síntese, a sofisticação e a procura por respaldar o discurso de ascensão da Economia sobre o Direito a partir de uma justificação de cunho filosófico.

O aludido autor parte do pragmatismo filosófico, propondo a recriação de um pragmatismo contemporâneo a fim de justificar a ideia de uma hermenêutica jurídica de face científica e objetiva, voltada aos efeitos e consequências das decisões judiciais. Além disso, busca, na Economia, o padrão da análise de custos, calcado na lógica de eficiência de alocação de recursos, com o intuito de engendrar um novo *ethos* para a atuação do Judiciário.

Sustenta o autor que a análise econômica não se adstringiria somente às áreas tradicionais do direito privado, como o direito dos contratos, responsabilidade civil extracontratual²³². Pelo contrário, ela também poderia ser

²³² Gonçalves e Stelzer esclarecem que “o caráter jus filosófico da LaE não se restringe a avaliar a eficácia econômica das normas e das decisões judiciais, naqueles domínios do Direito já historicamente conhecidos como sensíveis às teorias econômicas e às mudanças nas relações de mercado: o direito comercial, o direito de seguros, os contratos, as sociedades, etc., mas dedica-se, com afinco, a demonstrar as relações - que na opinião de Posner são estreitíssimas - entre o Processo (Civil e Penal), o Direito Constitucional, o Direito de Propriedade, o Direito de responsabilização Civil, o sistema legislativo, a organização do judiciário, as relações de família e parentesco, etc. e a Teoria Econômica. Como postulados maiores da doutrina *Law and Economics* defendem-se, os seguintes: 1 Prevalece, como método, na aplicação da Economia ao Direito, o individualismo metodológico, segundo a racionalidade maximizadora economicista; 2 As leis jurídicas devem guardar um mínimo de harmonia com as leis econômicas e 3 O Paradigma jurídico deve volver-se para a agilização e fluidez das relações de produção, maximização dos lucros e

aplicada com grande potencial às áreas do direito público, entre as quais o Direito Constitucional, Direito de Família e o Direito Processual. Esta última, por conta dos fins desta tese, interessa em particular. Na perspectiva posneriana, o processo deve ser submetido a um novo princípio vinculador, o *Economic Due Process*, que redimensiona o papel da função processual, passando a ser vista como instrumental procedimental pautado pela lógica custo-benefício, independentemente de garantias processuais constitucionais.

Posner explica que o pressuposto básico da análise econômica do Direito em sua versão, e que proporciona um conceito abrangente de Justiça, é o de que as pessoas são maximizadoras racionais das satisfações que impliquem uma escolha, com exceção de crianças em tenra idade e daquelas que sofrem de problemas mentais.²³³

Essa lógica abrange escolhas do tipo: o criminoso quando decide se vai cometer outro crime; o litigante quando decide se vai ajuizar uma demanda ou acordar extrajudicialmente; o legislador quando decide se votará a favor ou contra uma proposição legislativa; o juiz quando decide como votar em um determinado julgamento; o contratante quando decide se rompe ou não o contrato; o motorista quando decide se acelera ou não o seu carro; ou, até mesmo, o pedestre quando decide ter a ousadia ao atravessar uma rua.²³⁴

Impende salientar que tanto as satisfações monetárias, quanto as não-monetárias encontram-se abarcadas no cálculo da maximização racional. Destaca-se, ademais, que as decisões para serem racionais não necessitam ser conscientes ou bem refletidas. Isso porque o racional aqui referido está ligado à ideia de adequação dos meios e dos fins, e não à reflexão sobre as coisas e suas implicações, levando-se em consideração de que boa parte do conhecimento humano é tácito.²³⁵

Posner, como bem demonstra Gonçalves e Stelzer, fundamenta o Direito em conformidade com critérios econômicos

otimização da produção e utilização da riqueza individual e social.”
GONÇALVES; STELZER, *op. cit.*, p. 92.

²³³ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 473.

²³⁴ *Ibidem*, p. 473-474.

²³⁵ *Idem*.

de valoração tal como, e principalmente, a eficiência. A categoria eficiência, em Posner, é compreendida como maximização de riqueza e torna-se um verdadeiro valor em si, um valor social máximo, “cuja realização torna evidente a eficiência da sociedade e de suas instituições, dentre as quais, o Poder Judiciário”.²³⁶

A análise econômica do Direito, como dito, não se reduz à obra de Posner. Procurar-se-á delimitar os estudos do referido tema em sua obra pela importância de suas teses, bem como pelo alcance e pela dimensão tomadas por suas ideias no mundo. Dessa forma, aprofundar-se-ão as premissas e os fundamentos da lógica que engendrou a *LaE* e que acabou por irradiar diretrizes de cunho ético-comportamental para o âmbito normativo.

3.2.1 A expansão da *Law and Economics* para os países do *civil law*: o caso brasileiro

Muito embora a *LaE* tenha surgido e se desenvolvido nos Estados Unidos, cujo sistema jurídico é tributário ao *comonn law*, Posner não vê problemas na aplicação da teoria da análise econômica do Direito em países do *civil Law*.²³⁷ Desde a década de 70 do século passado, tem se percebido grande expansão da aludida teoria pela Europa, América Latina e, com grande profusão, pelo Brasil.

Posner, em análise ao caso brasileiro, afirma que, neste país, adotou-se uma concepção positivista do papel do Judiciário, seguindo a tradição herdada do sistema jurídico *civil*

²³⁶ GONÇALVES; STELZER, *op. cit.*, p. 92.

²³⁷ Com o autor: “Eu mesmo não percebo qualquer tensão essencial entre as tradições anglo-americana e da Europa Continental da análise econômica do Direito. A norma jurídica na forma aproximada defendida pelos notáveis da tradição da Europa Continental iniciada por Aristóteles tem efeitos economizantes importantes. O perigo, é claro, ao qual Hayek esteve sempre sensível – talvez sensível demais – é que, os juízes forem deixados à deriva para mudar os costumes alinhando-os aos preceitos da Economia, eles verão seu papel como o de planejadores centrais licenciados para remoldar a Economia de acordo com quaisquer visões econômicas que eles porventura tenham.” POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 223.

law da Europa continental. Verifica que, nos últimos tempos, acompanhando a tendência dos tribunais constitucionais da Europa Ocidental pós-Segunda Guerra Mundial, os constitucionalistas brasileiros passaram a defender uma concepção não positivista ou pós-positivista da interpretação constitucional. Seguiram teorias constitucionais como as da ponderação de valores, da proporcionalidade e do direito como moral. Além disso, observa também o avanço da percepção de textura aberta das normas, o que teria fomentado o exercício da discricionariedade judicial.²³⁸

A partir da dicotomia estabelecida entre o positivismo jurídico estrito e a livre interpretação constitucional, tem-se a questão da discricionariedade judicial.²³⁹ A análise econômica do

²³⁸ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**, *op. cit.*, p. XIII.

²³⁹ No tocante à discricionariedade judicial, vale trazer a posição de Tereza Arruda Alvim Wambier: “Efetivamente, a doutrina brasileira, ordinariamente, se refere à discricionariedade judicial como sendo uma situação em que, à semelhança do que ocorre com a discricionariedade administrativa, haveria diversas soluções ou diversos caminhos possíveis. [...] Parte da doutrina estrangeira sustenta não haver propriamente ‘discricionariedade’ judicial, pois, para o Judiciário, sempre há a melhor solução, que é a correta. A este fenômeno, diferente da discricionariedade propriamente dita, deve dar-se o nome de liberdade de investigação crítica. [...] Não se pode confundir as dificuldades que há em se saber qual é, substancialmente, a melhor solução, com uma indiferença que haveria em relação a ter sido escolhida a solução A ou a solução B. Esta indiferença não existe, nem mesmo no que diz respeito às decisões da Administração Pública (só que o controle de qual seria a melhor não cabe ao Judiciário!) e muito menos no que concerne às decisões do Judiciário. Os recursos existem para corrigir decisões tidas por erradas, e não para que o Tribunal dê sua ‘opinião’, como se fossem ambas as decisões, a do Juízo a quo e a do Juízo ad quem, possíveis. Através dos recursos se busca a decisão correta ou a mais correta. Dizer-se, pois, que não cabe recurso por que a decisão seria discricionária equivale a se afirmar não haver meios para se controlar a decisão, para se saber se ela seria, ou não, acertada. [...] Para a administração costuma-se dizer que haveria mais de um caminho possível, jurídico. Entretanto, este passa a ser um só em face do caso concreto. Esta pluralidade de possibilidades, com relação ao Poder Judiciário, não se dá na ‘Escolha’ dos caminhos, mas exclusivamente com relação à subsunção do fato à norma. Trata-se então, propriamente, não de atividade discricionária, mas de

Direito, da maneira como é descrita por Posner, afigura-se numa posição intermediária. O referido autor reconhece a possibilidade de uso da discricionariedade por parte dos juízes. Contudo, tal condição seria orientada, ou seja, estaria pautada nos princípios econômicos e nos parâmetros objetivos do método de análise da *LaE*.²⁴⁰

Nos países de sistema jurídico *common law*, o uso da discricionariedade ocorre em uma perspectiva peculiar. No caso de delitos civis culposos, por exemplo, o sistema *common law* vigente em jurisdições anglo-americanas permite, por meio da interpretação judicial, com que o Direito seja criado pelos juízes. A vagueza da norma constitucional seria preenchida pela interpretação judicial que, indiretamente, criaria novos conteúdos normativos a partir de sua criatividade hermenêutica.

Posner não constata qualquer restrição para que essa lógica também seja aplicada em países de sistema jurídico *civil law*, como o Brasil. Sucede que, nos sistemas de *civil law*, que tem a lei como fonte primeira do Direito, há maior detalhamento legislativo em relação às regras de conduta em sociedade. Mesmo assim, deixam grandes lacunas a serem preenchidas pela criatividade interpretativa dos membros do Judiciário.

Aliás, Posner explica que a análise econômica do Direito foi, durante muito tempo, equivocadamente considerada um movimento estadunidense. O autor ressalta que as origens do movimento são internacionais, passando por economistas britânicos, como Smith e Bentham, e, mais tarde, por Pigou e Coase, sem esquecer de Hayek e Leoni, que também influenciaram o movimento. Atualmente, com as facilidades da tecnologia, o pensamento defendido pela *LaE* avança para além dos países do eixo central rumo à América Latina e demais regiões.²⁴¹

preenchimento de conceito vago, através de atividade eminentemente interpretativa". WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Existe a "discricionariedade" judicial? **Revista do Processo**, São Paulo, v. 70, p. 232-234. 1993.

²⁴⁰ *Idem*.

²⁴¹ Posner comenta: "The law and economics movement was for a long time regarded as an American movement. This was never completely correct. Its origins, certainly, are international. British economists, Adam Smith and Jeremy Bentham to begin with, and later A.C. Pigou and

Os estudiosos da *LaE* constataram que, tanto no sistema *common law*, como no *civil law*, os magistrados tendem a se orientar, quando das hipóteses de exercício da discricionariedade, por um entendimento intuitivo da economia da lide. A Economia e o Direito teriam afinidade profunda, embora incompleta, que se materializaria na relação entre o processo e as escolhas racionais. Em economias de mercado ou sociedades comerciais, assim como o atual Brasil de hoje, é de se reconhecer, segundo Posner, o potencial e o alcance de valores como o da eficiência econômica que tanto influencia as tomadas de decisão no País.²⁴²

Posner entende que a análise econômica do Direito tem muito a oferecer ao Brasil, contribuindo para a evolução do pensamento jurídico no País. Quanto à aceitação por parte da comunidade jurídica brasileira, o autor faz duas ponderações. Primeiramente, a introdução da lógica da *LaE* deve iniciar pelas universidades e faculdades de Direito, como meio estratégico para vencer a resistência natural por parte de alguns advogados e juristas que tendem, assim como a maioria, a terem uma visão conservadora do sistema jurídico.

Em segundo lugar, afirma o autor que, no Brasil, um País com desenvolvimento econômico ainda incompleto, a análise econômica do Direito deve ter enfoque diferente do que é dado a países plenamente desenvolvidos. Posner leciona que, no Brasil, é preciso dar atenção especial a valores, como os direitos de propriedade, a garantia de liberdade contratual, a prevenção da

Ronald Coase (among others), played a founding role, as did Max Weber - himself both a lawyer and an economist. Friedrich Hayek and Bruno Leoni are other examples of scholars from outside the Anglo-American sphere whose thought has had an influence on the movement. And there are others. Today, at any rate, it is plain that the movement is international. There are law and economics associations in Europe and Latin America as well as in North America, law and economics scholarship is being produced in every major country and in many minor ones, and several of the leading journals are published outside the United States. Improvements in transportation and communications, and the rapid diffusion of English as the international language of scholarship". POSNER, Richard A. Foreword. In: ***Encyclopedia of Law and Economics***. 1999. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/foreword.html>>. Acesso em: 14 mar. 2013.

²⁴² POSNER, Richard A. **A economia da justiça**, *op. cit.*, p. XVII.

corrupção, a independência do Judiciário, bem como a limitação do poder regulador do Estado sobre a Economia. Segundo o autor, esses valores, em países em desenvolvimento como o Brasil, são frequentemente questionados e não se efetivam de modo completo.²⁴³

Dessa forma, observa-se que há plena compatibilidade entre a teoria da análise econômica do Direito e a realidade jurídica brasileira. Muito embora se trate de teoria anglo-saxônica, não se encontra óbice para que seja manejada no Brasil para solução de alguns dos problemas, especialmente os de ordem processual. Por conta disso, lança-se mão dos contributos desta teoria para se buscar algum tipo de alternativa para o problema da litigiosidade que se constata no Judiciário brasileiro.

3.2.2 O *Pragmatic Turn* e o novo *ethos* Judicial: Direito e democracia a partir da abordagem pragmática

A *LaE* posneriana parte de uma perspectiva essencialmente pragmática. Isto implica dizer que a análise econômica do Direito encontra justificativa filosófica em uma interpretação consequencialista, preocupada e voltada aos efeitos. O enfoque pragmático trata de uma abordagem prática e instrumental, e não essencialista. Volta-se, pois, para aquilo que oferece utilidade e funcione, e não para aquilo que realmente é. Está mais voltado ao futuro e valoriza a continuidade com o passado, somente na medida em que esta possa ser capaz de auxiliar na solução de problemas do presente e futuro.

Em Posner, o pragmatismo passa por uma releitura, que o permite desenvolver uma teoria pragmática do Direito assim como uma pragmática da democracia.²⁴⁴ A teoria posneriana é respaldada no pensamento pragmático, que lhe dá substrato e sentido. Posner enxerga relação peculiar e especial entre o pragmatismo e o liberalismo, no sentido de harmonização com a Economia. Em ambientes econômicos de democracias liberais, o desejo pela praticidade e a crença no individualismo convergem entre si e propiciam um terreno fértil para que a análise

²⁴³ *Ibidem*, p. XX.

²⁴⁴ O que ele propõe em: POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*

econômica do Direito revele-se instrumento com potencial de resolução de problemas jurídicos e institucionais em geral.²⁴⁵

O pragmatismo tem relação pontual e de origem com o realismo jurídico, sobretudo na perspectiva de rompimento com o pensamento jurídico formalista. Vale o resgate histórico para melhor compreender tal relação. No final do século XIX, na Inglaterra, predominava o pensamento formalista do Direito que, tal como a matemática, era visto mais como disciplina de relação entre conceitos, do que como matéria formada pela relação entre os conceitos e a realidade. Durante as décadas de 1920 e 1930, a concepção formalista do Direito foi superada pelo realismo jurídico, que pode ser considerado a primeira escola do pensamento jurídico antiformalista.²⁴⁶

A partir de 1950, o movimento formalista revidou com a teoria processual do Direito e, a partir da década seguinte até os dias de hoje, a resposta veio com a *LaE* defendendo a leitura do Direito a partir da Economia e propondo a substituição do conceitualismo jurídico pelo econômico. Com o advento da análise econômica do Direito, as decisões judiciais passam a ser avaliadas por sua conformidade com os princípios econômicos, porém ainda em uma dimensão distante dos fatos.

Posner deixa claro que o antídoto para esse conceitualismo é o pragmatismo, por representar uma teoria ou antiteoria contrária à pretensão de construção de verdades e, ao lado de seu coirmão o pós-modernismo, por subscrever uma crítica radical ao direito que seria conduzida pela teoria feminista do Direito, pelos estudos jurídicos críticos e pela teoria crítica da raça.²⁴⁷

O movimento realista se mostra como radical e excessivo, e, nos Estados Unidos, o seu maior representante é Oliver Wendell Holmes²⁴⁸. Nos textos de Benjamin Cardozo, também se

²⁴⁵ POSNER, Richard A. **Para além do direito**, *op. cit.*, p. 1.

²⁴⁶ *Idem.*

²⁴⁷ *Idem.*

²⁴⁸ Posner afirma que “Holmes foi o juiz mais eloquente da história dos Estados Unidos [...] foi a mente mais brilhante na história do Judiciário.” Ainda destaca: “Holmes afirmou (embora apenas em caráter privado) que toda lei que não lhe causasse ânsia de vômito era constitucional. Se seguirmos essa abordagem, deveremos ter cuidado para não nomear juízes de estômago demasiadamente fraco. É claro que Holmes

encontra muito do realismo jurídico estadunidense. Aliás, os elementos acrescentados pelos realistas e transmitidos ao movimento dos estudos jurídicos críticos são, em grande medida, extensões do pensamento de Holmes e Cardozo.²⁴⁹

Em paralelo, em termos filosóficos, as histórias de gênese do pragmatismo²⁵⁰ estão ligadas a Charles Sanders Peirce, podendo-se encontrar precursores, como Epicuro, por exemplo. Após Peirce, tem-se William James, depois John Dewey, George Mead e, na Inglaterra, F.S.C. Schiller. Em Dewey, nos seus escritos sobre o Direito, o pragmatismo e o realismo se unem. Após a Segunda Guerra Mundial, tanto o pragmatismo filosófico, quanto o realismo jurídico tinham entrado em processo de extinção. O pragmatismo havia sido suplantado pelo positivismo lógico e outras filosofias analíticas, e o realismo jurídico foi absorvido pelas principais correntes jurídicas e, em especial, pela escola processual.²⁵¹

não estava falando literalmente, nem eu. O ponto é apenas que nossos valores mais arraigados (os 'inevitáveis' de Holmes) vivem abaixo do pensamento e fundamentam nossas ações, mesmo quando não somos capazes de dar esses valores nenhuma justificativa convincente, talvez nem mesmo racional. Isso vale até para as decisões dos juízes." POSNER, Richard A. **Para além do direito**, *op. cit.*, p. 204-206.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 3.

²⁵⁰ Posner menciona, acerca das origens do pragmatismo, que os pré-socráticos já seriam protopragmáticos e que o tom pragmático começou a assumir forma filosófica a partir desta época. Os sofistas, segundo o autor, também teriam dado grande contribuição. Esta fase dos pré-socráticos pragmáticos teria ido até o surgimento da obra de Platão, que inaugurou a tradição ortodoxa do pensamento ocidental. Platão pautou a filosofia para os dois mil anos seguintes, sendo o responsável por se atribuir à filosofia a missão de descobrir, pelo raciocínio especulativo, as verdades que respaldariam o conhecimento científico e crenças morais, políticas e estéticas. O pensamento platônico, segundo Posner, somente encontraria forte resistência no final do século XVIII e início do século XIX, com Hume e Hegel, e até certo ponto com Kant, e nos Estados Unidos com Emerson. A ascensão da sociedade comercial e o pensamento de Darwin também teriam sido fundamentais para a crítica ao pensamento platônico. Não por acaso Posner afirma: "a definição mais simples de pragmatismo é que é a rejeição da raiz e dos ramos do platonismo". POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*, p. 22-24.

²⁵¹ POSNER, Richard A. **Para além do direito**, *op. cit.*, p. 409.

Mais tarde, com o declínio do positivismo lógico²⁵², o pragmatismo contra-ataca com Richard Rorty e outros autores, como Richard Bernstein, Stanley Fish, Richard Poirier, os quais seguem os Estudos Jurídicos Críticos, que se revelam como um movimento resultante do realismo jurídico, sobretudo com Carl Sustein, Roberto Unger, Daniel Farber, Thomas Grey, Martha Minow, Frank Michelman, entre outros.²⁵³

Esclarece-se que, muito embora seja reconhecida a influência do realismo jurídico para o rompimento com o pensamento jurídico formalista, e até mesmo seja considerado o embrião do pensamento crítico jurídico estadunidense, a teoria *LaE* deve muito pouco a este movimento pelo fato de Guido Calabresi e Donald Turner, pioneiros da análise econômica do Direito, serem da Universidade de Yale e certamente terem sofrido a influência do realismo jurídico daquela instituição.

Além disso, outros nomes importantes para a formação da *LaE* posneriana, como os já citados Holmes, Coase, Stigler,

²⁵² Em suas palavras: “Várias correntes da filosofia do século XX incharam a corrente pragmática. A mais importante foi o positivismo lógico (empirismo lógico, o Círculo de Viena, o Wittgenstein nos seus primórdios). A filosofia pragmática moderna, o renascimento do pragmatismo de Quine, Putnam e outros, encarregou-se de empurrar o positivismo lógico para fora de seu poleiro, e teve êxito em grande parte. [...] O pragmatismo ortodoxo discorda da forma como a tradição central trata essas questões. Defende que muitos dos problemas tradicionais da filosofia podem ser dissolvidos se comprovados serem pseudoproblemas ou até ignorados completamente, como o problema do ceticismo, que é fundamental para a epistemologia [...] Popper, Goodman e outros, seguindo os passos de Hume, questionaram a indução e com ela a verificabilidade. Alegaram que hipóteses podem ser falsificadas, mas nunca confirmadas. Contudo, nem mesmo a falsificação é um critério infalível de invalidez; sempre é possível, e de fato é comum na prática científica, rejeitar evidências que contradizem uma hipótese com base em que as observações ou experimentos que geram a evidência serem não confiáveis, em vez de rejeitar a hipótese e possivelmente ter que abandonar uma teoria bem sucedida até o momento. Kuhn produziu a mais completa teoria pragmática da ciência, na qual teorias científicas são adotadas não porque sejam verdadeiras, ou melhores aproximações à verdade, mas porque são mais bem adaptadas aos interesses e necessidades existentes.” POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*, p. 27-29.

²⁵³ POSNER, Richard A. **Para além do direito**, *op. cit.*, p. 410.

Becker, Director, não poderiam ser considerados um produto decorrente do realismo jurídico. Os analistas econômicos do Direito negam o legado realista e se recusam a se posicionarem no extremo oposto, porquanto acreditam que o pragmatismo proporcionaria uma posição intermediária.²⁵⁴

O pragmatismo representa, em verdade, uma filosofia da ação e do aperfeiçoamento. A partir dele, crê-se no progresso sem fingir-se capaz de moldá-lo e acredita-se poder alcançá-lo por meio da ação humana calculada. Tem forte traço empírico, uma vez que se interessa pelos fatos, sendo cético e relativista diante de qualquer informação de confiança na obtenção de verdades fundamentais. No entanto, rejeita o ceticismo e o relativismo como dogmas ou convicção filosófica.²⁵⁵

O pragmatista deve ser antidogmático. Mesmo que alcançasse a verdade, jamais saberia se realmente teria sido alcançado. Nessa perspectiva, o pesquisador não seria um descobridor de verdades definitivas, mas apenas um identificador de erros, buscando apenas reduzir o conjunto de incertezas humanas, tentando compreender e controlar o ambiente físico e social em que se vive.²⁵⁶

O pragmatismo, seja novo, ou seja antigo, apresenta-se como um movimento de rejeição cada vez mais enfático dos dualismos do Iluminismo, entre os quais, sujeito e objeto, mente e corpo, percepção e realidade, além de forma e substância. Estes dualismos são considerados as pilastras da ordem social, política e jurídica conservadora. O ponto fundamental é que a ideia de verdade se tornou problemática para os pragmatistas.

A lógica newtoniana de um universo uniforme e acessível à razão humana deu dimensão exagerada ao potencial racional. Mesmo após o ataque do romantismo a essa visão científica, foi com Emerson, nos Estados Unidos, e Nietzsche, na Europa, que se obteve um estatuto teórico forte para uma concepção de ruptura com o pensamento tradicional. Emerson, por sua vez, influenciou tanto Pierce quanto Holmes.²⁵⁷

Ocorre que o real interesse do pragmatismo não está na verdade em si, mas sim nos fundamentos sociais da crença. Isso

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 3.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 4-6.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 7.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 411-412.

não quer dizer, porém, que o pragmatismo seja contrário à ciência e aos avanços por ela proporcionados. Há inclusive certo desacordo dentro do pragmatismo sobre qual atitude adotar perante a ciência. O foco do pragmatismo não é a descoberta de leis eternas da natureza, e sim a formulação de teorias que possam ser úteis para prever e controlar o ambiente natural e social.²⁵⁸

O uso do pragmatismo no Direito teria como grande objetivo aproximar tanto o Direito acadêmico da ciência social, quanto os juízes ao mundo científico. O grande valor dessa interconexão entre pragmatismo e Direito reside no potencial do pragmatismo de prevenir o encerramento prematuro das discussões. Pode, e muito, auxiliar os juristas a manterem postura crítica diante de certas realidades que desempenham papel importante em muitas áreas do Direito e que geram inúmeras discussões.²⁵⁹

No entanto, a visão tradicional da filosofia pragmática é insuficiente para os fins pretendidos por Posner. Por isso, o autor desenvolve um conceito próprio de pragmatismo, que abrange a própria concepção de democracia e a concepção de Direito. Ele parte de um novo conceito-matriz, a partir do que chama de teoria do liberalismo pragmático, que seria respaldado por dois pilares teóricos: pela teoria pragmática da democracia e pela teoria pragmática do direito.²⁶⁰

O liberalismo pragmático de que trata o autor se contrapõe ao que pode ser chamado de liberalismo deliberativo, que seria a junção da democracia deliberativa e da adjudicação vinculada a normas ou a princípios. Posner explica que o liberalismo deliberativo dá forma à votação e à ação de representantes oficiais eleitos, orientados por razões, e não por interesse, e a adjudicação seria guiada por regras ou princípios.

Este liberalismo pragmático, que estaria erigido pelo referido autor a uma condição de “teoria da democracia ‘de elite’”, estaria calcado em uma compreensão sem ilusões da natureza humana e cética em relação aos efeitos das teorias

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 412-413.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 418-419.

²⁶⁰ Essas teses são desenvolvidas pelo autor de modo bastante específico em POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*

jurídicas, morais e políticas em face das ações de representantes oficiais.²⁶¹

A partir dessa nova visão a respeito do entrelaçamento entre pragmatismo, democracia e Direito, Posner descreve sobre a viabilidade de o pragmatismo ir além do campo filosófico. Lembra que Dewey acreditava no passado, e Rorty, ainda hoje, crê que o pragmatismo de fato pode transcender ao campo da filosofia rumo a outras áreas do saber.²⁶²

Essa era também a posição de Hayek, que defendeu parcialmente em bases afins ao pragmatismo que os juízes produziram melhores resultados se somente impusessem regras e entendimentos existentes, a qualquer custo, não priorizando quaisquer melhoramentos à legislação e à evolução de costumes. Todavia, Posner deixa claro que a abordagem do pragmatismo ao Direito não passa por uma escolha necessária entre a concepção de Dewey ou Hayek.²⁶³

Com efeito, Posner pensa que o pragmatismo filosófico de tradição estadunidense ou moderna, da forma como está tradicionalmente conformado, possui limitações para avançar de fato como contribuição ao Direito.²⁶⁴ No entanto, com a cultura pragmática de Tocqueville, que teria forjado um pragmatismo

²⁶¹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*, p. VII. Cite-se também que a lógica da teoria desenvolvida por Posner parte do ambiente político e jurídico estadunidense: “Há alguns anos [...] venho defendendo que o pragmatismo é a melhor descrição do *ethos* judicial americano e também o melhor guia para a melhoria do desempenho judicial – e dessa forma, a melhor teoria normativa, assim como positiva do papel judicial.” POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*, p. 1.

²⁶² *Ibidem*, p. 33.

²⁶³ *Idem*.

²⁶⁴ Posner afirma que: “Uma razão para desconectar o pragmatismo filosófico da prática jurídica e da política é que as proposições que definem o pragmatismo são proposições de filosofia acadêmica, um campo que essencial não tem público entre juízes e advogados – que dirá entre políticos – mesmo quando a filosofia é tratada por professores de Direito (alguns dos quais fizeram Doutorado em Filosofia) – com ênfase em pragmatismo! Tenho dúvidas de que esta seja uma boa ideia, mesmo que juízes fossem considerados, como os políticos não seriam, capazes de se interessar por estudar filosofia.” POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*, p. 8.

denominado por Posner como “pragmatismo cotidiano”, a situação seria diferente.

Posner, por sua vez, entende que este denominado pragmatismo cotidiano pode sim contribuir com o Direito, por se constituir numa lógica enraizada nos usos populares, ligada a uma visão prática, do dia a dia, que serve de instrumental para os problemas cotidianos e que descrê em convicções utópicas e de cunho moral.²⁶⁵

O referido autor refuta o pragmatismo filosófico e busca fundamento para o pensamento pragmático no senso comum norte-americano, que não está estruturado por sistemas teorizados, bem como constitui o pano de fundo de uma sociedade dinâmica, competitiva, comercial, materialista, com ênfase no trabalho e no sentido de progresso. Seria um pragmatismo tido como descendente de Maquiavel, imbuído de grande senso de realidade política e voltado para as consequências práticas dos atos e das decisões públicas.²⁶⁶

Este tipo de pragmatismo sempre foi objeto de críticas. Tal acepção é atacada como intransigente e vista, em alguns segmentos, como uma política sem princípios, sem limites morais²⁶⁷, sem ancoramento ideológico e desapegado dos ideais éticos. Isso porque é visto como estratégia oportunista, que prioriza o aqui e o agora, além de extremamente individualista e

²⁶⁵ Em suas palavras: “Encontrei pouca coisa no pragmatismo americano clássico ou nas versões ortodoxas ou não ortodoxas da filosofia pragmática moderna que o direito possa usar. Mas o tom pragmático, a cultura pragmática que Tocqueville descreveu, deu ensejo a um pragmatismo diferente – que eu chamo de ‘pragmatismo cotidiano’ – que tem muito a contribuir para o Direito. O pragmatismo cotidiano é a atitude mental denotada pelo uso popular da palavra ‘pragmático’, significando uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhos utópicos.” POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*, p. 33.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 38-40.

²⁶⁷ Posner esclarece: “É bem verdade que o pragmatismo, do tipo filosófico ou cotidiano, e seja o primeiro ortodoxo ou não ortodoxo, não possui limites morais.” POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*, p. 43.

pautada por conveniências. Esta é a visão tradicional dos detratores em relação a este tipo específico de pragmatismo.²⁶⁸

Como o povo estadunidense, apesar de heterogêneo, apresenta visão de regra polarizada que gravita entre a piedade e o pragmatismo²⁶⁹, Posner afirma que os magistrados devem pensar e julgar com foco nas consequências, sem levar tanto em consideração a retórica do formalismo legal, tampouco se preocupar tanto com a filosofia pragmática. Acontece que os juizes devem assumir novo *ethos* judicial, um comportamento ético que esteja calcado no pragmatismo cotidiano, ainda que sejam atacados, caso procedam com certo cinismo.²⁷⁰

Para a provável crítica de uma possível incompatibilidade entre a lógica do pragmatismo cotidiano e a cultura estadunidense, bem retratada por sua face religiosa e moralista, Posner faz questão de lembrar que nem tudo que se ouve na retórica dos discursos de um povo se revela necessariamente em seu comportamento e suas ações. Insiste ele de que o âmago da cultura estadunidense, conscientemente ou não, encontra-se

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 40.

²⁶⁹ Em Posner: “No mínimo, os americanos são, ao mesmo tempo, mais pietistas e mais pragmáticos do que outras pessoas – uma ‘contradição’ que vivemos sem perceber como tal. Os publicitários descrevem seu produto como o melhor que há e fingem uma preocupação altruísta como o bem-estar do consumidor, mas existe uma forte coincidência entre valores comerciais e pragmáticos; então aqui, no âmago da cultura americana, encontramos piedade e pragmatismo coexistindo de forma confortável.” POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*, p. 42.

²⁷⁰ Ainda: “Tento, ao escrever minhas próprias decisões, dentro dos limites permitidos por meus colegas de trabalho (a plateia da ‘noite de abertura’ de uma decisão judicial consiste dos outros juizes que constituem o painel), ser sincero sobre o papel desses fatores no processo judicial. Mas a escolha do vocabulário é em si uma decisão pragmática. [...] O vocabulário do pragmatismo cotidiano que este livro emprega daria, numa sentença judicial em vez de um trabalho acadêmico, a algumas pessoas, a impressão enganosa de cinismo. O pragmatismo cotidiano soa cínico e, admito, é às vezes eivado de cinismo. Mas não é cínico na sua essência; ele é meramente realista.” POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*, p. 42.

mais próxima à lógica pragmática cotidiana. Esta lógica que deve orientar as decisões judiciais.²⁷¹

Posner entende que o pragmatismo cotidiano prevalece na rotina judiciária. Não por acaso afirma que, “se os juízes são pragmáticos, como penso que a maioria é em nosso sistema, isso só acontece no sentido cotidiano do termo.”²⁷² O autor afirma, ainda, que, a partir de Holmes, desenvolveu-se um “pragmatismo legal”, que possui como *slogan* uma frase do próprio Holmes: “a vida do direito não tem sido lógica: tem sido

²⁷¹ Posner explica: “Mas espere – numa nação tão religiosa quanto os Estados Unidos, uma nação em que tanta retórica pública é expressa em termos moralistas, mesmo na esfera amoral da geopolítica, uma nação de patriotismo enfático expresso na reverência à Constituição dos EUA e na bandeira americana como símbolos unificadores para a uma população heterogênea, uma nação que rejeita o cinismo do velho mundo, uma nação em que apenas um punhado de intelectuais dá uma valência positiva ou mesmo neutra para a palavra ‘maquiavélico’, como o ‘pragmatismo cotidiano’, seja ele intransigente ou não, com sua insistência em sujeitar toda reivindicação a um exame esmiuçado de suas consequências concretas, pode ser considerado o ponto de vista básico do povo americano? A resposta exige a distinção de comportamento a partir da retórica em seu sentido estreito de modo de expressão, em oposição ao conceito sofista e aristotélico de retórica com um método de raciocínio sobre questões que não podem ser resolvidas pela lógica, por cálculo matemático, experimentação científica ou outros métodos de raciocínio exato. Ninguém emprega um vocabulário consistentemente pragmático, mas é possível que a maior parte dos comportamentos possa ser traduzida num vocabulário como esse. O professor Mearshimer faz a seguinte observação sobre a política externa dos EUA: ‘Deveria ser óbvio para observadores inteligentes que os Estados Unidos falam uma coisa e fazem outra.’” POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*, p. 41.

²⁷² POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*, p. 45. Mais a frente o autor afirma: “Na verdade, não acho que a maioria dos juízes seja pragmatistas, só por uma contagem de pessoas. São os juízes mais influentes que são pragmatistas. Não tentarei fazer um estudo de juízes neste livro. Vou usá-lo para defender a minha afirmação de que juízes influentes tendem a ser juízes pragmáticos.” POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*, p. 66.

experiência.”²⁷³ Lógica no sentido de formalismo e experiência no de empirismo.²⁷⁴

A teoria do contrato de Holmes revela a essência da abordagem pragmática legal. Ela está voltada para os resultados, com disposição para oferecer fundamentos a julgamentos de políticas em fatos e consequências, longe de conceitualismos e generalidades. A partir desse ideal, pode-se afirmar, resumidamente, que o pragmatismo legal é empíricista; não é hostil a todas as teorias, sendo mais hospitaleiro a algumas formas de teoria do que o formalismo legal; não constitui suplemento do formalismo, sendo absolutamente distinto e; é simpático à concepção sofista e aristotélica da retórica como maneira de raciocinar.²⁷⁵

Nessa maneira de pensar, o pragmatismo legal possui uma visão futurista. O formalismo, por sua vez, estaria voltado ao passado, oferecendo como fundamento de legitimidade de uma decisão judicial o fato de ser dedutível a uma norma ou a princípios fixados anteriormente. Os pragmatistas legais são, de regra, historicistas, mas não no sentido tradicional. Eles seriam verdadeiros críticos da história, sem crença em verdades atemporais. Estariam, ainda, preocupados com os efeitos das decisões, isto é, das consequências.

Esse é o viés que, segundo Posner, permite a articulação especial da tríade: lógica pragmática, teoria econômica e Direito. Os economistas estão permanentemente preocupados em tentar pensar e prever as consequências e suas implicações. Voltados a refletir sobre os efeitos econômicos de sindicatos, cartéis, divórcios, incapacidades, discriminação, indenização punitiva, penas de prisão, etc.

De acordo com Posner, o pragmatismo, em verdade, oferece a justificativa filosófica à construção teórica posneriana de interação entre a Economia e o Direito. O aludido autor não se proclama defensor do pragmatismo filosófico, pois este, especialmente em autores do quilate de Rorty, encontra limites éticos que se tornam incompatíveis com a ética eficientista de

²⁷³ Da obra *The Common Law*.

²⁷⁴ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*, p. 46.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 47.

Posner²⁷⁶, e com sua visão instrumental do Direito a serviço da alocação maximizada de recursos em sociedade.

Por conta disso, Posner refuta o pragmatismo filosófico e ressuscita a tradição de Tocqueville para forjar um pragmatismo sem fundamentos teóricos específicos, chamado por ele de pragmatismo cotidiano. Tal pragmatismo seria proveniente dos costumes, da rotina dos atos negociais, bem como seria encontrado no âmago da sociedade estadunidense, mesmo que o discurso oficial daquele País seja o religioso e moralista.

Além disso, esse pragmatismo seria menos acadêmico e mais ligado ao senso comum que Posner afirma ser inato aos juízes. O autor acredita que os julgamentos poderiam se legitimar nesse raciocínio mais intuitivo, menos teórico, que dispensa justificativas valorativas para a tomada de decisão.

Seriam decisões do “aqui e agora”, levando em consideração tão somente os efeitos e o alcance prático do julgado. A noção de justiça se sedimenta em um ideário que não perpassa pelo juízo valorativo. Em outras palavras, o conceito de justiça está ligado ao *ethos* judicial pragmático de apenas avaliar a relação custo-benefício dos impactos e efeitos das decisões.

Posner desenvolve seu pragmatismo cotidiano com propósito determinado: procura encontrar fundamento e estatuto de legitimação para sua tese de interconexão entre Economia e Direito. Para romper as barreiras impostas pelos defensores da

²⁷⁶ O pragmatismo legal enfrenta críticas que poderiam ser resumidas da seguinte forma: “Uma objeção básica é que, enquanto o pragmatismo sem dúvida explica muito da forma e do teor da legislação e da ação governamental em geral, a adjudicação pragmática não tem forma; os princípios que esbocei colocam alguns limites a ela, mas deixam um espaço muito grande, como se estivesse vazio, no qual o juiz se movimenta livremente.” À crítica, Posner responde: “Porém na América do século XXI, não há alternativa para o pragmatismo legal. A nação contém uma tal diversidade de pensamentos morais e políticos que o Judiciário, para manter sua eficácia, sua legitimidade, tem que ser heterogêneo e os membros de uma comunidade heterogênea não vão subscrever um conjunto comum de dogmas morais e políticos que determinariam seu processo de tomada de decisão. [...] Além disso, o pragmatismo não deixa os juízes se movimentarem livremente. O juiz pragmático fica menos restringido pela doutrina, pela teoria, do que o juiz formalista pensa estar.” POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*, p. 72-73.

autonomia do Direito e concretizar teoricamente a interação entre a Economia e o Direito, Posner precisava de um ideário ético que o respaldasse. Por isso, o pragmatismo ocupa papel central em sua obra.

3.2.3 Posner relendo Bentham, Hayek e Dworkin

É importante compreender a relação de Posner com Bentham, Hayek e Dworkin. As principais críticas e elogios às teses posnerianas estão, de alguma forma, ligados às teorias e obras desses autores. Posner trata sobre eles em sua obra e elucida as relações da *LaE* com as teses dos autores, o que se torna importante para avançar rumo aos fins desta pesquisa.

Primeiramente, far-se-á um recorte delimitado das abordagens de cada autor. De Jeremy Bentham, interessa a concepção sobre o utilitarismo, e a posição de Posner que afirma a importância da relação utilitarismo-pragmatismo, mas que rejeita assumir o rótulo de utilitarista. Posner discorda, inicialmente, da visão liberal de Hayek, e isso terá grande relevância para os fins do presente estudo.

Ronald Dworkin, por sua vez, assume relevância à medida que oferece críticas às teses posnerianas, versando, entre outros aspectos, sobre o potencial interpretativo calcado na ordem de valores em contraponto com a concepção de leitura objetiva, avaliativa e essencialmente política da Economia em face do Direito.

Bentham é o grande mentor intelectual do utilitarismo.²⁷⁷ O autor acreditava que a natureza humana era governada, no comportamento e no pensamento, por duas sensações, quais sejam, a dor e o prazer. Suas ações sempre partem do cálculo em face desses dois elementos, buscando a maior felicidade possível. O utilitarismo, no sentido mais comum, sustenta que o valor moral de uma ação, conduta, instituição ou lei deve ser considerado por sua eficácia na promoção da felicidade acumulada por todos os componentes da sociedade.²⁷⁸

A partir do princípio da utilidade, o autor percorreu dois caminhos distintos. Um mais voltado à liberdade em relação à

²⁷⁷ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, *op. cit.*, p. 473.

²⁷⁸ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**, *op. cit.*, p. 59.

interferência do Estado, especialmente na Economia e na religião; outro mais direcionado à defesa de intervenções governamentais moralistas e paternalistas.

Bentham influenciou na edição de leis contra o mau trato de animais para evitar-lhes o sofrimento/infelicidade, chegando a desejar a proibição da pesca inclusive como esporte, além de leis voltadas à reeducação forçada de criminosos. Posner afirma que Bentham atribuiu caráter elástico e pouco funcional ao princípio da utilidade.²⁷⁹

Acontece que Posner critica o utilitarismo benthamiano. Isso porque afirma que seria impossível medir e agrupar a felicidade de milhões de pessoas diferentes com o propósito de comparar a utilidade de políticas alternativas. Com base no princípio da utilidade e da maior felicidade, por exemplo, Bentham entende que o legislador deva proibir todo e qualquer ato que tenda a produzir um espírito de desumanidade. Entretanto, tal raciocínio não parece razoável a Posner, porquanto acredita que os benthamistas cometeram excessos ao derivar políticas públicas do princípio da maior felicidade, desacatando as regras.²⁸⁰

Bentham desejava, por exemplo, tornar ilegal a mendicância, prevendo a possibilidade de prisão para os mendigos. Estes poderiam ser libertados se fossem submetidos a um contrato de servidão que se estenderia até o pagamento total das despesas com seu sustento no presídio. A ideia de Bentham seria impor aos mendigos um sofrimento maior que o bem-estar de trabalhar. Assim, ele entendia que daria solução à mendicância e que tornaria o trabalho mais atraente para os mendigos.²⁸¹

Apesar de críticas, Posner reconhece o valor do trabalho de Bentham no que diz respeito à luta pela liberdade religiosa, pelo divórcio civil, por um sistema penal racional, pela reforma processual, pela liberdade econômica, etc. Além disso, assinala que o autor também contribuiu cientificamente à teoria da utilidade, à teoria da prova e à análise econômica do direito.

Bentham lançou as pilastras da moderna análise econômica do Direito do crime e das penas. Para Posner, um

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 40-41.

²⁸⁰ *Idem*.

²⁸¹ *Idem*.

dos elementos mais destacados na teoria benthaminiana é a sua perseverança na ideia de que os seres humanos agem como maximizadores racionais da própria satisfação em todas as áreas da vida, e não apenas na esfera econômica.²⁸² Bentham, que representa a versão mais intransigente do utilitarismo²⁸³, equivoca-se quando dá excessiva elasticidade ao princípio da utilidade, quando demonstra falta de interesse pela análise empírica e quando manifesta sua crença exagerada na plasticidade da natureza do homem e das instituições sociais.²⁸⁴

Segundo Posner, Bentham falhou em crer na possibilidade de realização de amplas reformas sociais por meio da codificação legal²⁸⁵, na possibilidade de criar no ser humano um espírito de respeito e apreço pela coisa pública, sobre os efeitos

²⁸² *Ibidem*, p. 50-51.

²⁸³ *Ibidem*, p. 55.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 55.

²⁸⁵ Apesar do estímulo de Bentham, nem o Parlamento inglês, nem as legislaturas estadunidenses demonstravam muito entusiasmos pela codificação. Ao longo do século XIX, e ainda no século XX, a maior parte do Direito anglo-americano continuou sendo *common law*. Contudo, a violência investida de Bentham, juntamente com a constante diminuição da crença religiosa entre as classes cultas, havia posto em desordem as bases intelectuais da concepção ortodoxa. Se o *common law* não vinha de Deus, onde estavam então suas origens? Uma coisa era falar em “direito natural”, quando se concebia a natureza como a expressão do amor e da ordem divinos; outra coisa era encontrar normas jurídicas universais na natureza darwiniana, de extremo radicalismo. O projeto do direito natural nunca se recuperou daquilo que Nietzsche proclamou como “a morte de Deus” (pelas mãos de Darwin). Se não de Deus ou da natureza, de onde poderia ter vindo o *common law*, a não ser dos próprios juizes? Isso os tornaria legisladores – não eleitos, ainda por cima. Muitos dos Estados norte-americanos enfrentaram corajosamente essa possibilidade, fazendo com que os membros de seus judiciários fossem eleitos. Contudo, essa experiência serviu apenas para enfraquecer a independência dos juizes e estimular a percepção deles (em alguns momentos, auto percepção) como nada além de legisladores togados (se tanto, pois até o fim do século XIX a maioria dos juizes norte-americanos não usava toga). Apesar de sua persistência, o conceito de um judiciário eleito é considerado, geral e corretamente, como um fracasso. POSNER, Richard. A. **Problemas de filosofia do direito**, *op. cit.*, p. 21.

humanizadores da educação, e do efeito transformador do planejamento na administração pública.²⁸⁶

Posner tem razão importante para estudar e criticar o utilitarismo: na maioria das vezes, ele próprio é chamado de utilitarista e, por vezes, a análise econômica do Direito é considerada uma versão do utilitarismo. Posner sustenta que a estratégia dos detratores é igualar Economia a utilitarismo para atacar este. O autor julga importante concentrar esforços em distinguir Economia de utilitarismo e em defender que a maximização de riqueza, norma econômica criada por ele, fornece bases mais sólidas para a ética do que para o utilitarismo.²⁸⁷

A confusão que se faz entre a Economia normativa e o utilitarismo se dá, em grande medida, pela identificação entre os termos utilidade e bem-estar social. Muitos usam ambas as expressões como sinônimas. Além, é claro, do fato de grandes utilitaristas, como Bentham e Mill, serem de formação acadêmica econômica. Entretanto, Posner alerta que a Economia é um ramo de atividade distinto do utilitarismo filosófico e, por conta disso, não haveria razão para tal confusão.²⁸⁸

Segundo Posner, o utilitarismo possui várias vulnerabilidades. Entre as mais importantes está o fato de atuar em campo de ação incerto, além de tal teoria não oferecer um método de mensuração dos impactos de uma decisão em relação à felicidade das pessoas. Entende que, à primeira vista, a tese de Pareto²⁸⁹ oferece uma solução ao problema, quando se pensa na lógica de que o benefício a ser criado não poderá importar no prejuízo de outrem. A vantagem dessa estratégia, para Posner, estaria no fato de se exigir apenas informações sobre a utilidade marginal, deixando em segundo plano a total.²⁹⁰

²⁸⁶ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**, *op. cit.*, p. 50-51.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 59.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 59-61.

²⁸⁹ O ótimo de Pareto defende o ponto de vista de que o bem-estar máximo de uma sociedade é alcançado quando não existir outro estado tal que seja possível aumentar o bem-estar de um indivíduo sem diminuir o bem-estar de outro. PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

²⁹⁰ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**, *op. cit.*, p. 66.

De modo geral, Posner entende que o utilitarismo, seja como sistema ético, seja como parâmetro de tomada de decisões em âmbito social, não deve ser utilizado por ser precário e insuficiente. Afirma, ainda, que o kantismo, comumente usado como opção, também possui defeitos graves. Assim sendo, Posner aponta a análise econômica do Direito como um sistema ético alternativo, que poder ser muito mais útil e estratégico do que os sistemas mencionados.²⁹¹

Quanto a Hayek, Posner refuta seu pragmatismo filosófico e seu modelo de liberalismo.²⁹² Segundo Posner, Hayek se notabilizou por duas ideias: a) pela influência de Von Mises, o socialismo seria inexequível, uma vez que é impossível obter todas as informações necessárias sobre Economia para viabilizar um planejamento central²⁹³; e b) o socialismo fatalmente levaria ao totalitarismo, segundo escreveu no seu livro “O caminho da servidão”.²⁹⁴

Posner prefere concentrar sua análise na proposta de teoria do Direito de Hayek. No tocante ao estabelecimento de normas para guiar o comportamento humano, Hayek refuta o racionalismo construtivista, a partir do qual as regras são fixadas de cima para baixo pela burocracia legislativa e pelo Judiciário,

²⁹¹ *Ibidem*, p. 71.

²⁹² Em suas palavras: “Ao defender o positivismo de Kelsen, o conceito de democracia de Schumpeter e o pragmatismo cotidiano na adjudicação e na governança política e ao refutar o pragmatismo filosófico e o liberalismo de Hayek, assim como os adversários usuais do pragmatismo, de direita e de esquerda, pus-me num pequeno e solitário canto. E talvez uns poucos leitores acadêmicos convencidos de que minha abordagem tem mérito ponham de lado as teorizações por um tempo e incorporem e estendam a abordagem pragmática cotidiana no governo e ao Direito.” POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*, p. 18.

²⁹³ Posner afirma, ainda, que “Apresentada pela primeira vez na década de 1930, quando a maior parte dos economistas considerava o socialismo eminentemente factível e muitos o consideravam superior ao capitalismo, que parecia naquela década de depressão ter se mostrado incapaz de organizar uma economia moderna de maneira eficiente, a ideia de Hayek foi providente e constituiu a base de sua fama como economista”. POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*, p. 213.

²⁹⁴ *Idem*.

afirmando que inexitem informações suficientes para ser factível. Hayek acredita num método alternativo de criação de normas para guiar o comportamento humano, que seria baseado nos costumes e em ordens espontâneas – no sentido de “não-planejadas”, por não envolver planejamento central. Um bom exemplo de ordens espontâneas seria o mercado.²⁹⁵

O mercado seria um produto dos costumes. Para Hayek, a regulação do comportamento adviria do encadeamento de práticas costumeiras. O Estado deveria se adstringir a cobrar impostos, manter o aparato administrativo e controlar os servidores públicos. As relações privadas e o comportamento humano seriam controlados pelos juízes, com base nas regras costumeiras.²⁹⁶ Hayek reconhece que a intervenção pública é necessária, mas deve ser bem limitada. O autor não pensa que o Estado deva se adstringir à função de “vigilante noturno”.²⁹⁷

O ponto fundamental, para Posner, é que, a partir dessa perspectiva de costumes como fonte da norma, a análise econômica do Direito não encontra espaço no sistema ético-normativo de Hayek. Claro que não se poderia afirmar que Hayek seja um inimigo da *LaE*. Todavia, o próprio Hayek afirmou que rejeita uma análise econômica do Direito que estabeleça aos juízes o dever de usar a Economia para ajudá-los a decidir.²⁹⁸

Para Hayek, um magistrado que vá além dos costumes para julgar é um juiz anárquico. A partir dos costumes, haverá valoração moral e política, e aqui a análise econômica do Direito não encontrará refúgio. Posner prefere um modelo normativo de conteúdo vazio, tal qual o kelseniano.²⁹⁹

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 215.

²⁹⁶ *Idem*.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 216-217.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 219.

²⁹⁹ Em suas palavras: “Válida ou não, a posição sem medir consequências, porque os costumes são a única fonte legítima da lei e, portanto, um julgamento legal que não extrai sua essência dos costumes não é lei verdadeira, extingue qualquer papel para a análise econômica ou outra análise sociocientífica na adjudicação. É por isso que eu disse no início deste capítulo que Hayek, o economista, restringe o espaço que a análise econômica pode ocupar na adjudicação, enquanto que Kelsen, o filósofo do Direito, escancara as portas desse espaço.” POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*, p. 218.

A defesa de Hayek por seu modelo normativo consuetudinário tem caráter também político, porquanto, retirando a regulação de comportamento privado das mãos do Executivo e deixando-o a cargo do Judiciário, entende que seria mais eficaz para que as democracias não sejam vítimas de regimes totalitários, a exemplo do que ocorreu na Alemanha nazista.³⁰⁰

Referente a Dworkin, Posner se posiciona de maneira contrária a sua tese de conteúdo de “resposta certa” das decisões judiciais. Dworkin define o Direito como interpretativo, motivo pelo qual equivale à tarefa de um juiz a de um escritor de um dos capítulos de um romance escrito a várias mãos. Justifica tal equivalência sob o argumento de que o magistrado deve ter o dever moral de lealdade a seus predecessores, harmonizando as novas e antigas decisões.³⁰¹

Posner entende que a perspectiva valorativa e a política dos princípios em Dworkin são permeadas por uma dissimulada visão jusnaturalista do Direito. Nas hipóteses de casos difíceis, Posner alega que o juiz deve buscar um resultado razoável, e não um resultado demonstravelmente certo.³⁰² Segundo o aludido autor, a tese da razão artificial reflete uma “nostalgia por um sentimento perdido de autonomia do direito.”³⁰³

Dworkin trabalha princípios como parte integrante e mais importante do Direito, traduzindo-se na perspectiva de que os juízes podem criar ou modificar as regras normativas. Os magistrados interpretam os princípios para descobrirem a lei aplicável ao caso em análise, em vez de lançarem mão de noções de políticas públicas para modificar ou criar o Direito.

Em Dworkin, a partir da heurística do juiz “Hercules” como ser onisciente, que bem combina as qualidades morais e intelectuais de um magistrado³⁰⁴, os princípios assumem o lugar

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 220.

³⁰¹ POSNER, Richard A. **Para além do direito**, *op. cit.*, p. 11.

³⁰² POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, *op. cit.*, p. 36-37.

³⁰³ *Ibidem*, p. 50.

³⁰⁴ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*, p. 92.

da “forma da justiça” ou da “lei de Deus”, mesmo reconhecendo que eles ainda não constituam um “todo coerente”.³⁰⁵

Política e princípios são coisas absolutamente distintas, segundo Dworkin. Contudo, para Posner, tal distinção é perigosamente arbitrária, fazendo a advertência de que os princípios são, em verdade, as diretrizes políticas que enaltecem a vertente de liberalismo político de Dworkin. Para este, juízes que trafegam fora dessa perspectiva, ou seja, fora da perspectiva de reconhecer o valor normativo dos princípios e sua função política, estariam no âmbito da ilegalidade.³⁰⁶

Para Dworkin, a interpretação jurídica bem sucedida é aquela que consiga dar conta dos dados éticos e políticos relevantes que informam a decisão judicial. Haveria, como dito, repostas certas e erradas. Ocorre que, com Posner, tanto na literatura, quanto no Direito, a interpretação é problemática, não podendo ser, *a priori*, aferida em sua certeza e correção por métodos de interpretação exata, uma vez que os dados não se prestam à observação experimental, estatística, etc. Posner insiste: a interpretação é um problema de razão prática.³⁰⁷

Posner considera Dworkin um “realista moral”. Chega a essa conclusão quando se depara com a tese dworkiana de que existem respostas corretas, bem como por sua crença de que os juízes devem identificar direitos e deveres na medida do possível, a partir do pressuposto de que sua criação partiu de um único autor, que seria a comunidade personificada, expressando uma ideia coerente de justiça e equidade.³⁰⁸ Para Posner, Dworkin é sagaz ao trabalhar a abstração da lei, com a tática para fazer os juízes pensarem que sabem o que estão fazendo.³⁰⁹

Posner afirma que a ironia do projeto dworkiano é que, quanto mais abrangente for a definição do Direito, menos seguro irá se tornar o Estado de Direito. Posner concorda com Dworkin quando este afirma que os juízes, quando recorrem a valores

³⁰⁵ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, *op. cit.*, p. 31.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 32.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 266.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 269.

³⁰⁹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*, p. 37.

morais e políticos para julgar, não se colocam em campo oposto ao do acatamento à legislação. Por outro lado, discorda do autor na sua concepção de que as decisões judiciais impregnadas de valores sejam confiavelmente certas ou erradas. Em realidade, Posner afirma que Dworkin construiu um rico vocabulário para dissimular a discricionariedade e a face política das decisões judiciais.³¹⁰

Apesar de não concordar com as principais teses de Dworkin, Posner também não se posiciona como cético radical capaz de ceder à tentação de igualar Direito e política³¹¹ –, e por consequência, igualar um juiz a um legislador ou a outro político. Posner reconhece que a palavra política comporta muitos significados, alguns coincidentes em parte com o Direito. Entretanto, não admite que se conceba que a atividade judicial seja diferente da atividade de um legislador ou de uma

³¹⁰ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, *op. cit.*, p. 32-33.

³¹¹ A questão Direito e política nas palavras de Posner: “Essas combinações revelam a pobreza dos rótulos, mas não eliminam por completo o fato de que, há mais de dois milênios, o campo da filosofia do Direito vem sendo disputado por dois grupos distintos, ainda que muito diversificados. Um deles afirma que o Direito é mais do que política e, nas mãos de juízes habilidosos, fornece – ao menos em certas épocas, sob condições estáveis – respostas certas até mesmo às questões jurídicas mais complexas. O outro afirma que o Direito é política do começo ao fim, e que os juízes gozam de uma ampla discricionariedade. Do lado do Direito como entidade objetiva e disciplina autônoma, distinguimos a linguagem de Antígona, Sócrates, Coke, Blackstone, Langdell, Hart-Sacks e Dworkin; vamos chamá-los de ‘legalistas’. Do lado do Direito como política, ou do Direito como a vontade do mais forte, ou do Direito como a atividade de profissionais autorizados (juízes, legisladores etc.), situamos a linguagem igualmente distinta de Creonte, Trasímaco, Jaime I, Hobbes, Bentham, Holmes e H. L. A. Hart; a estes, chamaremos de ‘céticos’. Dentre os céticos omiti, para assinalar apenas alguns exemplos, não apenas John Austin, que no século XIX foi o maior expoente da teoria hobbessiana do Direito como comando, e o eminente jurista Ambrose Bierce, cujo *Devil’s Dictionary* [O dicionário do diabo] define claramente ‘legal’ como ‘compatível com a vontade de um juiz que tem jurisdição’, mas também os membros do Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos (*Critical Legal Studies Movement*) – herdeiros do realismo jurídico”. POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, *op. cit.*, p. 36.

autoridade do Poder Executivo. Posner procura defender uma posição intermediária entre o extremismo dos autonomistas do Direito e os que entendem Direito como pura política.³¹²

Outro ponto importante da relação de Posner com a obra de Dworkin é o que diz respeito às críticas deste ao pressuposto ético posneriano chamado maximização da riqueza. Dworkin procede uma crítica contundente à tese de Posner, que o responde detalhadamente em defesa deste princípio ético que se tornou basilar para todo o constructo de sua teoria da análise econômica do Direito.

3.2.4 O sujeito econômico e a maximização da riqueza como norma de fundamento ético

Posner apresenta, como ponto basilar de sua Tese de Análise Econômica do Direito, um fundamento ético³¹³ ao qual nomina maximização da riqueza. Em definição, o autor sustenta que se trata de uma “doutrina que usa a análise de custo-benefício para orientar a decisão judicial.”³¹⁴ O objetivo do autor é forjar um parâmetro de cunho ético que seja capaz de justificar as instituições sociais maximizadoras e que, além disso, proponha uma verdadeira teoria moral, que ofereça um valor com legitimidade ética às decisões públicas e judiciais.³¹⁵

³¹² *Ibidem*, p. 50.

³¹³ Em suas palavras: “Nestes tempos de anarquia moral, a ética implícita na teoria dos preços ou do valor, ética essa à qual chamei ‘maximização de riqueza’, merece um lugar no balcão ao lado dos demais artigos éticos à venda em um mercado desordenado. Espero apenas não ter supervalorizado essa abordagem, dando atenção insuficiente aos insólitos resultados que poderiam advir se sua aplicação obstinada.” POSNER, Richard A. **A economia da justiça**, *op. cit.*, p. XX.

³¹⁴ *Ibidem*, p. XIV.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 121. Posner afirma: “Em suma, busquei nesta parte do livro, desenvolver uma teoria moral que transcenda o utilitarismo clássico e que firme, como critério de julgamento da equidade de uma ação ou instituição, sua capacidade de maximizar a riqueza da sociedade. Essa abordagem permite a conciliação de três princípios éticos concorrentes: a utilidade, a liberdade e até a igualdade”. POSNER, Richard A. **A economia da justiça**, *op. cit.*, p. 138.

Adverte o autor de que essa expressão pode ser confundida e interpretada eventualmente como simples critério financeiro, na lógica de que qualquer aumento pecuniário de receita pudesse ser considerado maximização de riqueza. Em seu conceito, esclarece que todos os custos e benefícios, inclusive os que não possuem caráter pecuniário, são levados em consideração na análise maximizadora voltada à eficiência.³¹⁶

A pecuniarização da análise seria utilizada tão somente para facilitar a comparação entre as possibilidades em análise, traduzindo-as em unidade comum, qual seja, o dinheiro. Por exemplo: a dor e o sofrimento que são constatados num caso que envolva um acidente de trânsito e que tenha acarretado lesões aos acidentados, poderiam ser convertidas em custos pecuniários, a fim de avaliar os prejuízos experimentados pelas partes.³¹⁷

Segundo Posner, quem fornece as melhores técnicas de pecuniarização de benefício e custos não pecuniários, analisando, por exemplo, os custos implicados na economia de tempo ou na postura de evitar danos, são os economistas. Por meio de sua análise econômica do Direito, o referido autor recomenda o uso destas técnicas para que se alcance o máximo de eficiência possível na escolha judicial, evitando, assim, o desperdício social.³¹⁸

A partir dessa técnica de análise custo-benefício, Posner entende que oferece um novo critério objetivo ao Direito e que pode ser utilizado não somente em questões que envolvam o Direito privado, mas também o Direito público. Desse modo, áreas como a do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Processual, além do próprio Direito de Família, poderiam, em muito, ser beneficiadas por esta nova técnica.³¹⁹

Detalhando, Posner explica que o conceito de riqueza deriva do conceito de valor tradicionalmente reconhecido em Economia desde Adam Smith e significa a “soma de todos os bens e serviços no interior desta, calculados pelo valor que

³¹⁶ *Ibidem*, p. XIV.

³¹⁷ *Idem*.

³¹⁸ *Idem*.

³¹⁹ *Ibidem*, p. XV.

possuem”.³²⁰ O cálculo da riqueza de uma sociedade, segundo Posner, “inclui o valor de mercado, no sentido de preço, multiplicado pela totalidade das mercadorias e dos serviços que ela produz”, e complementa dizendo que inclui também “a soma de todos os superávits dos consumidores e produtores, gerados por essas mercadorias e esses bens.”³²¹

O autor leciona que o conceito de valor³²² se baseia naquilo que os sujeitos estão dispostos a pagar por uma determinada mercadoria e na felicidade que poderão extrair daquela compra. O valor está relacionado à felicidade, ainda que num sentido mais utilitarista. Em outras palavras, quem busca a aquisição de uma mercadoria visa ampliar sua felicidade de alguma forma.³²³

Reconhece o autor certa ambiguidade entre riqueza e felicidade. Lembra que nem todos os que habitam países ricos são mais felizes do que os que habitam países pobres. Lembrando Smith, Posner afirma que as pessoas, de regra, iludem-se achando que sendo mais ricas serão necessariamente mais felizes – mas essa ilusão, de alguma forma, contribui como estímulo ao desenvolvimento e progresso humano. Por conta

³²⁰ *Ibidem*, p. 72.

³²¹ *Ibidem*, p. 73. A riqueza, por sua vez, consistiria na “totalidade da satisfação das preferências (as únicas moralmente relevantes em um sistema de maximização da riqueza) financeiramente sustentadas, isto é, que se manifestam em um mercado”. POSNER, Richard A. **A economia da justiça**, *op. cit.*, p. 74.

³²² Posner explica: “Uma vez que a maximização da riqueza não é apenas um guia para o julgamento com base no *common law*, mas também um valor social genuíno, e o único que os juízes têm condições favoráveis de promover, ela oferece não somente a chave para uma descrição exata do que cabe aos juízes fazer, mas também o referencial perfeito para a crítica e a reformulação. Se os juízes não estão sendo capazes de maximizar a riqueza, o analista econômico irá pressioná-los a alterar sua prática ou doutrina da melhor maneira possível. Além disso, o analista insistirá – junto a qualquer legislador suficientemente imune a pressão de grupos de interesses para poder legislar em nome do interesse público – num programa voltado para a promulgação exclusiva de legislação que se ajuste aos ditames da maximização da riqueza”. POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, *op. cit.*, p. 484.

³²³ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**, *op. cit.*, p. 73.

disso, o autor sentencia: “riqueza não é sinônimo de felicidade.”³²⁴

A riqueza é uma face relevante das preferências dos sujeitos, e a maximização da riqueza lembra, por consequência, o utilitarismo por impulsionar significativamente as preferências, sem, contudo, representar a soma total destas. Por conta disso, a teoria econômica pressupõe os sujeitos como maximizadores de utilidades em sentido abrangente e utilitarista. Posner comenta que esta é também uma das razões pelas quais se confunde Economia e utilitarismo como sistemas éticos.³²⁵

Posner não admite que tratem sua proposta como utilitarista. Explica que a ética da maximização da riqueza consiste numa mistura das tradições filosóficas rivais, como a tradição utilitarista e a tradição kantiana. Afirma, ademais, que a riqueza é positivamente ligada, ainda que de modo imperfeito, à utilidade. Entretanto, a riqueza, que é fundada no modelo de transação voluntária de mercado, envolve o respeito às escolhas individuais maiores do que se percebe no utilitarismo.³²⁶ Segundo o autor, a maximização da riqueza seria uma “ética de produtividade e cooperação social”, enquanto o utilitarismo seria uma “ética hedonista e anti-social.”³²⁷

Posner ainda enaltece outro lado de seu conceito ético. Sustenta que a maximização da riqueza é um princípio moral mais defensável por incentivar e gratificar as virtudes tradicionais de inspiração calvinista ou protestante, que são associadas ao progresso econômico, além de fornecer bases mais sólidas para uma teoria da justiça distributiva³²⁸ e corretiva.³²⁹

³²⁴ *Ibidem*, p. 77.

³²⁵ *Idem*.

³²⁶ *Ibidem*, p. 78-79.

³²⁷ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, *op. cit.*, p. 526.

³²⁸ Com Posner: “Para muitos estudantes de filosofia moral, Direito e Economia parecem coisas incompatíveis. Mas não são. A teoria dos direitos de propriedade é um importante ramo da teoria microeconômica moderna. Tanto para a ciência jurídica quanto para a Economia, um direito de propriedade é um direito de excluir todas as outras pessoas do uso de algum recurso escasso. Um direito dessa espécie é absoluto dentro de seu domínio (detalhe importante ao qual voltarei em breve), no sentido de que aquele que careça de um determinado bem sobre o qual pessoa tenha direito de propriedade não poderá tirar esse direito

Outra implicação sobre a maximização da riqueza constatada é em relação às pessoas de baixa renda, que não conseguem prover um mínimo de sustento digno e, que, por conta disso, não conseguem influenciar na alocação de recursos, exceto se fizerem parte da função de utilidade de algum sujeito que possua riqueza. Posner assevera que pode parecer que tal constatação ofereça excessiva importância às habilidades individuais, bem como se manifeste acerca da hipótese de uma pessoa com deficiência mental.

Este por certo não teria condições de se sustentar, e o referido autor afirma que não vê meios de poder contornar essa situação com quaisquer grandes sistemas éticos existentes. A diferença entre as habilidades dos indivíduos, na busca pela maximização de suas potencialidades, deve ser reconhecida como algo positivo na ótica posneriana.³³⁰

dela recorrendo ao bem-estar da sociedade. Estabelecer os direitos de propriedade como absolutos, mas condicionados aos custos de transação e subordinados à meta da maximização da riqueza, significa conferir-lhes um *status* inferior ao que muitos 'teóricos dos direitos' lhes conferem. Embora os direitos de propriedade, do ponto de vista econômico, sejam absolutos e incluam tanto a pessoa humana quanto os bens não humanos (eu tenho, dentro de limites amplos, o direito absoluto de decidir para quem trabalhar ou com quem me casar), não são transcendentais nem têm em si mesmos seu próprio fim; e geralmente operam apenas em cenários de baixos custos de transação. Não obstante, o termo se lhe aplica em um sentido perfeitamente legítimo, a menos que se considere que a ideia de direitos exclua aqueles que, embora absolutos, sejam instrumento de alguma finalidade externa à proteção dos direitos como tais". POSNER, Richard A. **A economia da justiça**, *op. cit.*, p. 84-85.

³²⁹ *Ibidem*, p. 83.

³³⁰ Com o autor: "Se por acaso nascesse retardado e seu produto social líquido fosse negativo, esse indivíduo não teria direito aos meios necessários a seu sustento, mesmo não tendo culpa de ser incapaz de obtê-los. Esse resultado fere a sensibilidade moderna. Mas não vejo meios de contorná-lo que sejam coerentes com qualquer um dos grandes sistemas éticos. Rawls, entre outros, defende a visão de que o patrimônio genético de um indivíduo é uma espécie de acidente, desprovido de importância moral, o que, no entanto, é incoerente com as noções kantianas de individualidade das quais essa visão supostamente deriva. Tratar igualmente o inventor e o deficiente mental no que concerne as suas pretensões morais de controle sobre recursos

Um problema que Posner enfrenta em relação a sua proposta de conceito ético é referente à questão da mensuração. Assevera que tal problema é nítido em relação ao utilitarismo, e que pode ser resolvido facilmente. Sugere que basta restringir-se ao critério de maximização da riqueza a mercados reais livres de problemas mais graves de monopólio e de externalidades. Em ambientes como estes, qualquer transação voluntária tenderá a aumentar a riqueza em sociedade.³³¹

Registra-se, por oportuno, que a teoria da maximização da riqueza é objeto de muitas críticas. Dworkin é um dos que fortemente ataca esta teoria. Em suma, o autor afirma que a maximização da riqueza não representa um componente do valor social. Isso porque, para Dworkin, valor social trata de “algo digno de se ter por si mesmo” e, segundo Posner, ninguém valoriza a riqueza por si mesma.³³²

Dworkin entende também que há um problema de circularidade na tentativa de Posner de derivar, da proposta de maximização da riqueza, um sistema de direitos. Por outro lado, conforme Posner, Dworkin argumenta que a maximização da riqueza parece incapaz de gerar mais atividades que acarretem bem-estar alheio do que outras estruturas econômicas e políticas mais concessivas. Entretanto, para Dworkin, não faz sentido e nem tem valor moral inerente se aquele que produz age com o propósito de beneficiar apenas a si próprio.³³³

Dworkin, segundo Posner, ainda crê que a utilidade possa ser mais eficientemente gerada se os magistrados visarem diretamente à sua maximização, em vez de se voltarem para maximizar a riqueza como consequência dela. Nesse sentido, Posner insiste em enaltecer que os custos do uso da utilidade como parâmetro jurídico justificam a utilização da riqueza como sua consequência.³³⁴

valiosos é não levar a sério as diferenças entre os indivíduos. E qualquer política redistributiva afeta a autonomia daqueles a partir dos quais se faz a redistribuição”. POSNER, Richard A. **A economia da justiça**, *op. cit.*, p. 92.

³³¹ *Ibidem*, p. 95.

³³² *Ibidem*, p. 129.

³³³ *Ibidem*, p. 136.

³³⁴ *Idem*.

O próprio Posner menciona que outros autores também criticam sua teoria. Existem pontos comuns nessas críticas, especialmente em relação aos limites morais dessa proposta. Um ponto relevante levantado é com relação à maximização de riqueza, visto que, a partir de sua lógica que privilegia a melhor alocação de riquezas em sociedade, a escravização das pessoas poderia ser admitida, desde que acarretasse prosperidade, mesmo que importasse no sacrifício da liberdade.³³⁵

Outro exemplo sempre mencionado é o uso da tortura para determinadas hipóteses investigativas. Posner lembra que a própria tortura em si pode não ser vantajosa, haja vista os custos implicados para a vítima e para o torturador. Entretanto, dependendo do caso, a partir da análise custo-benefício, ela pode ser admitida no sistema de maximização de riqueza. Posner esclarece que esses exemplos, que aparentemente podem causar estranheza, serão interpretados em conformidade com o ambiente e com as regras morais em que acontecem. Além disso, assegura que o sistema de maximização de riqueza não funciona condicionado, tampouco pode ser cerceado por limites morais.³³⁶

Posner defende o sistema de maximização de riqueza como uma teoria pretensamente neutra, que pode ser aplicada e

³³⁵POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, *op. cit.*, p. 506.

³³⁶Posner esclarece: “A legitimidade jurídica das confissões num sistema somente dedicado à maximização da riqueza dependeria inteiramente dos custos e benefícios das diferentes formas de coação, que vão da tortura explícita às pressões psicológicas relativamente moderadas que nosso sistema jurídico tolera. A análise de custo-benefício poderia mostrar que sob condições modernas a tortura é raramente custo-efetiva, construindo de uma forma dispendiosa de interrogatório (principalmente para a vítima, mas talvez, também para o torturador) que tende a produzir um grande número de indícios falsos e confissões não confiáveis. Não obstante, até mesmo a forma mais degradante de tortura não seria necessariamente excluída, inclusive na investigação de crimes comuns. Sugerir, no capítulo 5, que a mentalidade de custo-benefício fez incursões no direito da confissão sob coação, mas que em algum ponto essa incursões entrariam em choque com fortes intuições morais que parecem incompatíveis com o pensamento econômico, e seriam por elas suprimidas”. POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, *op. cit.*, p. 506-507.

que obterá sucesso em qualquer ambiente, independentemente das convicções morais existentes. Esse raciocínio acaba sendo utilizado até mesmo em relação às crenças religiosas. A lógica custo-benefício pode legitimar, por exemplo, a iniciativa de supressão de uma denominação religiosa desde que ela, dadas as circunstâncias em que é analisada, é claro, os benefícios advindos da sua existência e prática sejam inferiores aos custos.³³⁷

A questão moral é tão problemática para a tese de Posner, que ele acaba por apresentar uma defesa pontual de seu ponto de vista: “o argumento mais forte a favor da maximização da riqueza não é moral, mas pragmático.”³³⁸ Todo o pensamento posneriano possui fundamento filosófico no pragmatismo, não encontrando na moral³³⁹ os limites para atuação do agente público. Muito menos no pragmatismo construído por Posner, que se conecta diretamente, a partir da análise custo-benefício, com a empiria e com o factual, rompendo com as especulações semânticas e metafísicas.

No constructo posneriano, a maximização da riqueza surge como um verdadeiro “guia do direito e de políticas públicas”³⁴⁰,

³³⁷Em detalhes: “Consideremos agora uma crença que, além de ter poucos adeptos nos Estados Unidos, é temida ou desprezada pelo resto da população. (A crença rastafári é um exemplo plausível.) Por suposição, essa crença vai impor custos ao resto da comunidade e, dada a escassez de seus membros, os benefícios para ela conferidos podem, mesmo quando incorporados a todos os seus adeptos, ser inferiores aos custos. Poder-se-ia então argumentar que a maximização da riqueza justificaria, ou mesmo exigiria, a supressão da crença”. POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, *op. cit.*, p. 506-507.

³³⁸*Ibidem*, p. 510.

³³⁹Com Posner: “Olhamos para o mundo que nos cerca e vemos que, em geral, as pessoas que vivem em sociedades nas quais se permite que os mercados funcionem mais ou menos livremente não apenas são mais prósperas do que as que vivem em outras sociedades, mas também têm mais direitos políticos, mais liberdade, mais dignidade, são mais satisfeitas (como o comprova, por exemplo, o fato de tenderem menos a emigrar) – de modo que a maximização da riqueza pode ser o caminho mais direto para uma diversidade de objetos morais.” POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, *op. cit.*, p. 512.

³⁴⁰*Ibidem*, p. 519.

uma vez que hábil a servir de diretriz não somente para decisões com fins econômicos, como também para as decisões de fins não econômicos. Estaria posicionado como um princípio geral econômico-normativo a ser utilizado como regra, e não por acaso Posner afirma categoricamente que “todas as sociedades modernas partem dos preceitos da maximização de riqueza.”³⁴¹ Quem quiser fugir dessa regra, deverá, segundo o autor, justificar um eventual uso de princípio alternativo.³⁴²

De modo geral, Posner deixa claro que seu conceito ético de maximização da riqueza representa um modelo importante de superação do modelo ético utilitarista, capaz de contornar os problemas não enfrentados pelo utilitarismo. Em verdade, a maximização da riqueza consiste no pilar de um modelo de justiça, que oferece ao juiz um critério objetivo a preencher com possível equilíbrio à ampla margem discricionária de decisão. Nesse aspecto, surge de maneira estratégica, na tese posneriana, a figura da eficiência.

3.2.5 Justiça como (neo)eficiência na perspectiva maximizadora

A teoria da análise econômica de Posner exige novo fundamento ético-político para que possa ser justificada e tenha razoável plausibilidade. A partir da lógica custo-benefício, que o autor sofisticou com a criação do parâmetro ético chamado maximização da riqueza, em clara tentativa de superar o utilitarismo e desvencilhar a *LaE* da rasa condição econômica da utilidade, Posner precisou recriar e redimensionar o conceito de justiça.

O objetivo foi claro: Posner desejava persuadir os juízes sobre a falta de autonomia do Direito e das vantagens metodológicas e empíricas de submeter a prática judicial às diretrizes dadas pelos princípios econômicos, reduzindo, assim, o problema da discricionariedade. Para isso, precisava oferecer um critério razoável sobre o qual os juízes poderiam se basear para decidir. Foi então que Posner recriou a ideia de justiça a partir de um novo conceito de eficiência, o que poderíamos denominar de

³⁴¹ *Idem.*

³⁴² *Idem.*

neoficiência, uma vez que em nada se parece com o que havia sido produzido anteriormente nessa seara.

O autor reconhece a insuficiência e precariedade do conceito tradicional de eficiência advindo da Economia, com marco histórico nas teses notórias de Pareto e Kaldor-Hicks, e se lança a forjar uma nova concepção – considerando, é claro, o ambiente jurídico anglo-saxônico³⁴³ –, erigindo a eficiência a parâmetro constitutivo do próprio conceito de justiça. A partir dessa nova concepção, justo será aquilo que for eficiente para o mercado, independentemente de diretrizes constitucionais valorativas válidas.

É necessário retomar o início dessa trajetória teórica tradicional sobre o conceito eficiência para melhor compreender a tese proposta. Com o objetivo de superar o problema clássico utilitarista de mensuração da felicidade, com vistas a estabelecer política de utilidade em sociedade, surge a proposição de eficiência de Pareto. A máxima extraída da fórmula de ótimo superior paretiano encontra-se consubstanciada na ideia de que a alocação de recursos será eficiente se for capaz de melhorar a situação de alguém sem piorar a de outrem.³⁴⁴

Posner afirma que a tese paretiana é calcada numa presunção, e não representa uma verdade sólida. Em verdade, adverte o autor, o fundamento ético de Pareto está profundamente ligado à tradição filosófica kantiana, especialmente na figura do consentimento. Conforme Posner, Kant acredita que as pessoas pensam com fins em si mesmas, isto é, na perspectiva de autonomia, algo que, de certo modo, também legitima a superioridade defendida por Pareto. Para Posner, de modo geral, o critério de superioridade peca por não possuir força e consistência para ser aplicável às questões de políticas públicas.^{345,346}

³⁴³O autor explica: “Minha resposta segue outro caminho: a eficiência, tal como a defino, caracteriza-se como um conceito de justiça adequado e imputável aos juízes ao menos no que se refere à prestação da tutela jurisdicional no âmbito do sistema do *common law*.” POSNER, Richard A. **A economia da justiça**, *op. cit.*, p. 9-10.

³⁴⁴*Ibidem*, p. 105.

³⁴⁵*Ibidem*, p. 106-107.

³⁴⁶Posner afirma: “Another objection to the criterion of Pareto superiority is that it has few applications to the real world because most

Outra tese de eficiência, considerada por Posner, que se deve levar em conta é a de Nicholas Kaldor e John Hicks. Nessa concepção, diferentemente do entendimento paretiano, não se exige, na hipótese de alocação de recursos, que ninguém seja prejudicado. Kaldor-Hicks propõem a compensação plena dos prejudicados. Esse critério é muito criticado, segundo Posner, inclusive por economistas, que alegam não ser suficientemente forte para garantir a maximização da utilidade.³⁴⁷

Kaldor-Hicks, que também orbita suas ideias em face da lógica de autonomia do indivíduo, sugere que essa compensação aos prejudicados pela alocação de recursos talvez seja feita pelo próprio governo. Posner entende que a fórmula de Kaldor-Hicks, ainda vinculada à ética da autonomia pessoal e representando um desdobramento da tese de superioridade paretiana, acaba por acarretar uma significativa infelicidade.³⁴⁸

Posner sustenta que a maximização da riqueza representa um parâmetro de eficiência muito mais eficaz do que as propostas por Pareto e Kaldor-Hicks, especialmente quando se pensa na perspectiva do consentimento e da autonomia individual. Tal princípio ofereceria, sobretudo aos juízes, uma plataforma de fundamentação ética mais robusta para a tomada de decisões, longe da mitificação que se criou em torno da utilidade e da felicidade.³⁴⁹

O autor ressalta que o *common law* representa um ambiente fértil ao desenvolvimento da eficiência, além de constituir um parâmetro importante para a experiência e a prática da ética da maximização da riqueza. Mesmo nesse ambiente, Posner denuncia os riscos advindos da crença na teoria do interesse público, a partir da qual caberia ao Estado promover metas sociais de consenso geral.

O aludido autor forjou um novo conceito de eficiência, redimensionando-o. A tese posneriana da eficiência constitui um terceiro estágio evolutivo do conceito. Começa com Pareto, em

transactions (and if not a single transaction then a series of like transactions) have effects on third parties, if only by changing the prices of other goods." POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 13.

³⁴⁷ POSNER, Richard A. *A economia da justiça*, *op. cit.*, p. 110.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 117.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 117-118.

que eficiência coincide com a superioridade ótima, passa por Kaldor-Hicks, consumando-se em compensações hipotéticas, e, por fim, chegaria a Posner, para quem eficiência se traduz e se realiza a partir de uma norma ética que ele denominou maximização de riqueza.

Assim sendo, para Posner, a (neo)eficiência maximizadora de riqueza foi equiparada ao parâmetro de justiça. Em outras palavras, justa será a decisão judicial que melhor alocar riqueza em sociedade, a partir da análise custo-benefício, e eficiente será o que for definido segundo *the justice of the market*.³⁵⁰ Independentemente do que prescreve a Constituição pátria, se tem cunho valorativo-vinculante ou não, o parâmetro de justiça a ser utilizado pelos magistrados como guia para a tomada de decisão é a (neo)eficiência descrita pelo autor.

Isto implica dizer que a discricionariedade judicial estaria bastante adstringida a partir da teoria posneriana. Com a tese da análise econômica do Direito de Posner, a magistratura teria um critério objetivo-científico para decidir. A função judicial, a partir daí, encontraria um rumo democrático, estando a serviço do mercado, estimulando as ações autônomas e a melhor alocação de recursos em sociedade.

Os juízes se tornam, na visão posneriana, verdadeiros agentes de promoção da maximização de riqueza, legitimando suas decisões e julgados numa nova concepção de justiça. Não haveria conflitos em relação às convicções morais do juiz ou da própria comunidade, visto que esse instrumental posneriano se apresenta como possivelmente neutro, além de aplicável em qualquer sistema jurídico sob a égide de regimes democráticos. Num ambiente de menos subjetividade e mais objetividade científica, diminuiria muito a imprevisibilidade dos julgados, o que contribuiria consideravelmente para o fluxo espontâneo dos negócios e, conseqüentemente, da alocação da riqueza.

Nessa perspectiva, o magistrado assume a condição de um atenuador de externalidades do mercado.³⁵¹ Como

³⁵⁰ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*, op. cit., p. 14.

³⁵¹ O autor conceitua: "Efficiency is maximized by a constitution that confines government to measure to prevent negative externalities and encourage positive externalities and that insists (so far as possible) that, within its circumscribe sphere, government follow cost-minimizing

representante do Estado, o juiz atua de modo a amenizar as falhas mercadológicas, contribuindo com a busca do equilíbrio nas relações econômicas entre os indivíduos. A (neo)eficiência redimensiona o papel político do magistrado em sociedade da seguinte forma: na busca por oferecer justiça à sociedade, o juiz estimula o movimento behaviorista do homem econômico padrão, realoca com equilíbrio os recursos no fluxo adequado de mercado e contribui para a estabilidade do mercado com a previsibilidade de suas decisões.

No ordenamento brasileiro, importante registrar, de início, que a eficiência administrativa já se tornou um parâmetro constitucionalizado a partir da Emenda Constitucional n.º 019/1998, que, em referência ao artigo 37 da Constituição da República, erigiu a eficiência à condição de princípio vinculador da Administração Pública. Claro que tal dispositivo comporta as mais variadas possibilidades interpretativas e que muitos leem a eficiência ali encartada como sinônimo de efetividade administrativa.

Contudo, não se pode descartar a imensa influência dessa inserção constitucional e de sua força simbólica para os analistas econômicos do Direito, que encontram naquele dispositivo o ponto de legitimação e justificação jurídica para a leitura do Direito brasileiro a partir dos princípios econômicos.³⁵² Aliás, as últimas reformas legislativas da codificação processual têm corroborado muito essa lógica.

3.2.6 O juiz pragmático como ator laboral no mercado: interpretação consequencialista e abordagem behaviorista do Direito

A magistratura assume nova dimensão na visão de Posner. Para o autor, a profissão de juiz é equiparada a de um ator, inserido num mercado composto por compradores e vendedores. O trabalho judicial é tratado pelo autor como um produto, um objeto de compra e venda nesse mercado laboral.

polícies.” POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*, *op. cit.*, p. 651.

³⁵²Este aspecto já foi abordado em MARCELLINO JR., Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009.

Assim como os artistas, os juízes combinam técnica com criatividade, usando a técnica na fase de tomada de decisão e a criatividade na fase legislativa, ou de criação do Direito, lançando mão da discricionariedade que seria inata à atividade.³⁵³

Nesse ambiente de mercado, em verdade, segundo o autor, a atuação do juiz se assemelha muito à atividade de um agente de mercado, como um empresário. A semelhança é tamanha que Posner chega a afirmar que “não há diferença intrínseca ou fundamental entre como um juiz aborda um problema legal e como um empresário aborda um problema de produção ou marketing.”³⁵⁴

No tocante à interpretação judicial, Posner tem uma visão especial. O autor entende que tal interpretação está a serviço da abordagem pragmática do Direito. Interpretar um texto não seria método de dedução. Deveria ser um modo por meio do qual se consegue consumir uma abordagem objetiva da complexidade jurídica. Isto implica dizer que a interpretação estaria única e exclusivamente a serviço da objetividade do Direito.³⁵⁵

Posner descrê o método da interpretação formalista-dedutiva, ou em qualquer tipo de método que tenha a pretensão de levar o hermeneuta a descobrir a intenção subjetiva que existe por trás da regra. Em verdade, o autor não leva a sério o

³⁵³ POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces**. Tradução de Victoria Roca Perez. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 71/73. Conforme o autor: “Hay un paralelismo entre la función de utilidad de los jueces y la de los artistas profesionales, otra categoría poco habitual de actores del mercado laboral. [...] Los artistas combinan técnica con creatividad. Pero los jueces hacen lo mismo, poniendo así de manifiesto la técnica em la fase legalista de la toma de decisiones y la creatividad em la legislativa (fase en la que los jueces hacen uso de un poder discrecional para crear derecho y que es una fase diferente a aquella que consiste em la mera aplicación pasiva del derecho preexistente) y em ambas fases analizan um problema jurídico o uma serie de ellos y les ponen a las soluciones una envoltura retórica que resulte del agrado de sus colegas como audiencia principal pero tambien, ése es su deseo, que satisfaga a uma audiencia más amplia”. POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces**, *op. cit.*, p. 76-77.

³⁵⁴ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, *op. cit.*, p. 57.

³⁵⁵ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**, *op. cit.*, p. 352.

próprio conceito de interpretação, chegando a afirmar que “não precisamos do conceito de interpretação”³⁵⁶, pois acredita que se faz “pouco uso dele”³⁵⁷ para compreender o *common law*. Posner entende que a interpretação, da maneira como normalmente é utilizada, não é método seguro para a resolução de casos difíceis.³⁵⁸

Parte o autor do método utilizado por Holmes, chamado “critério do falante normal do inglês”. Segundo Holmes, pode-se explicar da seguinte forma: “Perguntamos não o que [o locutor] quis dizer, mas o que aquelas palavras significariam na boca de um falante normal da língua inglesa que as empregasse nas circunstâncias em que foram empregadas.”³⁵⁹ A partir da lógica de Holmes, Posner ruma a uma forma de interpretar que se coaduna com a visão pragmática.

Sublinha-se que o autor não está preocupado em descobrir o modelo ideal ou puro de interpretação jurídica. Suas atenções estão voltadas às consequências da função judicial e, por isso, insiste em dizer que “talvez fosse melhor abolir totalmente a palavra ‘interpretação’ e, no lugar, falar, à maneira pragmática, das consequências das abordagens antagônicas para a função judicial nos casos legais e constitucionais.”³⁶⁰

Há o reconhecimento do autor de que, quando os métodos tradicionais de interpretação, seja a de reconstrução imaginativa, seja a finalística falham, o processo de interpretação acaba por criar políticas públicas judiciais que geram distorções importantes no âmbito na objetividade judicial. O autor arremata dizendo categoricamente que “todas as interpretações de lei e da Constituição são decisões sobre políticas tomadas por juízes.”³⁶¹ Para Posner, todo julgamento judicial é um julgamento político.

Os juízes levam em consideração em seus julgamentos suas experiências de vida e seus valores morais e estes encontram amplo espaço na discricionariedade judicial e nos julgamentos políticos. A interpretação pragmática teria potencial para oferecer critério objetivo de julgamento, de modo neutro,

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 350.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 350.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 341-342 e 350-351.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 352.

³⁶⁰ *Idem*.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 393.

sem necessariamente criar conflitos com as convicções pessoais dos magistrados.³⁶²

Outro aspecto que também contribui para a distorção da interpretação judicial é a condição independente do Judiciário. Segundo Posner, “a independência do Judiciário transforma os juizes em agentes imperfeitos do poder legislativo.”³⁶³ A grande margem discricionária da decisão judicial abre espaços para a criação legislativa, que torna a interpretação ampla, subjetiva e, de regra, sem controle.

De qualquer modo, a independência judicial acaba por assumir função importante no duplo papel do juiz, qual seja, o de interpretar as negociações de grupos de interesses incorporadas à legislação e oferecer o serviço público de resolução de litígios. Reconhece o autor que tal condição de independência também se torna estratégica para que o juiz estimule o comércio, as viagens e promova a redução do desembolso de recursos para influenciar a ação de governo.³⁶⁴

Um aspecto importante que merece destaque, além de figurar como pano de fundo para a posição posneriana sobre a interpretação, consiste na questão comportamental. Posner é defensor de uma abordagem behaviorista do Direito, na qual o juiz figura como ator privilegiado nesta perspectiva. A partir dessa visão behaviorista, o autor é adepto à corrente da psicologia que parte do princípio de que a conduta e o comportamento dos sujeitos podem ser objeto de análise objetiva, mensuração e controle, tal qual ocorre em relação aos fatos e eventos naturais.

Entende que, com relação ao comportamento do juiz, a teoria do determinismo mental é defensável e não apresenta qualquer tipo de incompatibilidade com a função judicante. Mesmo quando se pensa que a atividade judicial seja marcada pelo livre-arbítrio, independência nas convicções. Isso porque o autor afirma que tal abordagem se dá numa perspectiva externa e não interna.³⁶⁵

³⁶² *Ibidem*, p. 403.

³⁶³ *Ibidem*, p. 476.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 477.

³⁶⁵ Com Posner: “Ao sugerir uma abordagem behaviorista do Direito, eu talvez pareça estar assumindo uma postura não apenas radicalmente incompatível com a minha própria profissão de juiz, que exige que eu

Posner ressalta, ainda, que o behaviorismo, muito embora seja uma ideia moderna, adequa-se bem às ideias iluministas de liberdade e autonomia individuais, ainda que pareça haver contradição teórica – visto que o determinismo é antítese de liberdade. O behaviorismo representa um balizador comportamental que se apresenta com grande potencial para a atuação do juiz pragmático pensado por Posner. O determinismo mental bem se ajusta ao raciocínio maximizador próprio da análise custo-benefício que o autor defende para o Direito.³⁶⁶

Aliás, a relação entre behaviorismo e Economia é tão estreita que Posner é categórico em afirmar que “a perspectiva econômica é totalmente (e fecundamente) behaviorista.”³⁶⁷ O autor explica que essa relação é calcada na figura do “homem econômico” e maximizador, mas que este conceito teria sido distorcido pelos detratores.

Segundo Posner, o homem econômico não seria necessariamente uma pessoa levada por interesses exclusivamente pecuniários, mas sim teria seu comportamento ditado por incentivos. Da perspectiva da maximização da riqueza,

tome decisões que implicam atividade mental e exercício de livre-arbítrio, mas importante ainda, incompatível com qualquer teoria plausível do processo judicial. A perspectiva behaviorista é externa, não interna. Como pode adequar-se à atividade autoconsciente de um juiz? Não há incompatibilidade alguma.” POSNER, Richard. A. **Problemas de filosofia do direito**, *op. cit.*, p. 250.

³⁶⁶“É evidente que só estou defendendo o behaviorismo (ou o determinismo) contra a acusação de que a acusação principal seja a de que reflete uma concepção medíocre da natureza humana. Está a anos-luz de distância da influente concepção kantiana de que os seres humanos não devem tratar-se mutuamente como objetos. Contudo, a questão não consiste em saber em que é bom acreditarmos em termos liberdade e determinismo, mas sim qual premissa é boa para a continuidade do direito. O behaviorismo é o pressuposto operacional prático para o Direito, e seus perigos têm sido exagerados. Além do mais, mesmo que as abordagens behavioristas do direito penal ofereçam graves perigos, mesmo fazem as abordagens mentalistas”. POSNER, Richard. A. **Problemas de filosofia do direito**, *op. cit.*, p. 239.

³⁶⁷*Ibidem*, p. 512-513.

a missão econômica se traduz em influenciar seus incentivos para potencializar sua produção.³⁶⁸

Posner não transige ou defende, de fato, que “o direito em si é mais bem abordado em termos behavioristas”.³⁶⁹ Explica que os juízes criam, em vez de descobrirem o Direito, e que usam não somente a jurisprudência para guiar suas decisões, mas também suas próprias preferências éticas e políticas. O autor aduz que tais preferências são tudo o que resta do Direito natural.³⁷⁰

³⁶⁸ *Idem.*

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 610.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 610-611.

4 O ACESSO À JUSTIÇA: da teoria clássica ao atual modelo de “Justiça em Números”

Como direito constitucional, o acesso à justiça está ancorado na perspectiva da universalidade e da gratuidade, sendo, inclusive, normatizado por lei. Entretanto, a existência de comandos normativos, por si só, não garantem que os ideais de justiça e eficiência sejam alcançados, transformando, muitas vezes, a pretensão de acesso ao Poder Judiciário num longo caminho.

O acesso à justiça pode ser redimensionado a partir do estabelecimento de novos critérios de análise de demandas em juízo, de modo a conferir ao sistema processual maior celeridade e efetividade. O custo do processo e da estrutura do Judiciário se tornam centrais para uma reflexão que leve em consideração as inúmeras demandas que, por vezes, são propostas sem perspectiva de serem acolhidas. Nesse contexto, a questão da gratuidade, que possui respaldo constitucional, também precisa ser levada em conta.

A lógica de acesso amplo e gratuito ao Poder Judiciário tem suas raízes no conhecido Projeto de Florença, tendo como principal nome o jurista italiano Mauro Cappelletti. A visão clássica sobre o acesso à justiça é de fundamental importância para a compreensão do instituto em sua versão pátria. Um ponto central dessa escola é a questão da gratuidade do acesso, tema que se tornou estratégico para os fins deste trabalho.

Essa visão tradicional ainda é muito influente no mundo ocidental, especialmente no Brasil. Contudo, tem-se percebido mudanças expressivas no modelo de acesso, levando-se também em consideração as últimas ondas reformistas processuais, bem como a criação do CNJ, órgão que tem imposto ao Poder Judiciário uma nova perspectiva de distribuição de justiça, mais quantitativa e estatística, caracterizada pelo que se pode chamar de “Justiça em Números”.

Importante deixar claro, desde já, que, no presente estudo, não se propugna por uma restrição inicial ou ideológica ao direito de gratuidade para o acesso à justiça aos desafortunados. Muito menos se pensa que o problema do excesso de litigância está no instituto da gratuidade processual de acesso à justiça. Pelo contrário, defende-se aqui a gratuidade ao acesso à justiça como uma conquista histórica irreversível, além de grande importância para o Estado Democrático de Direito brasileiro.

O que o estudo propõe repensar é a gratuidade processual que acaba sendo concedida nas hipóteses específicas de demandas frívolas ou, até mesmo, no caso de demandas habituais, no qual se possa constatar um possível abuso do direito de ação. Esta é a preocupação pontual deste pesquisador.

Nesse sentido, procura-se buscar meios que possam evitar com que essa importante garantia processual constitucional seja manejada em hipóteses de demandas com manifesta baixa probabilidade de êxito, evitando-se assim o prejuízo ao pleno e eficiente acesso à justiça. Tal medida teria como consequência preservar os milhares de outros casos de gratuidade processual autêntica que acabam sendo prejudicados pelo excesso de acesso gratuito frívolo.

4.1 A TEORIA DE ACESSO À JUSTIÇA E O “PROJETO DE FLORENÇA”: a importância de Mauro Cappelletti

O movimento de acesso à justiça foi estabelecido a partir do Projeto de Florença, na década de 70 do século passado, por meio de pesquisas voltadas à identificação das necessidades teórico-práticas do Judiciário naquela época. O Projeto consistiu numa grande mobilização que reuniu pesquisadores de diversos ramos das ciências sociais aplicadas, ou não, para a realização de uma coleta de dados que envolvesse o sistema judicial de vários países.³⁷¹

Também, neste projeto, iniciou-se a discussão acerca do termo acesso à justiça, de modo a delimitar seu real significado e possíveis desdobramentos do termo. Tal plano era composto por países de economia desenvolvida, além de países da América

³⁷¹ JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, n. 18, p.2. 1996/2.

Latina, como Chile, Colômbia, México e Uruguai, que relataram suas experiências no campo de acesso à justiça. O Brasil, todavia, não participou dessa empreitada.³⁷²

A partir da publicação do Relatório Geral do Projeto Florença, intitulado de *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective – A General Report*, o tema do acesso à justiça tornou-se o foco de muitas discussões acerca dos sistemas judiciais. O documento oficial de finalização do Projeto de Florença consistiu numa obra de, ao todo, seis tomos, publicados entre 1978 e 1979. No Brasil, foi publicado apenas em 1988, e traduziu-se a obra simplesmente como “Acesso à justiça”.³⁷³

No corpo do texto, constavam os estudos e as contribuições de vários juristas, sociólogos, economistas, cientistas políticos, antropólogos e psicólogos de todos os continentes. Dessa forma, a expressão “acesso à justiça” ganhou expressiva visibilidade, haja vista a disseminação da referida pesquisa em vários países, a qual era sempre relacionada ao estudo de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, tornando-a referência no mundo inteiro. Ribas Filho bem explica:

O tema do acesso à justiça tem constituído em nossa era uma questão central da democracia participativa. A partir do lançamento da notável obra de MAURO CAPPELLETTI & BRYANT GARTH: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective – A General Report*, editada em Milão em 1978, o material tem fascinado os espíritos mais sensíveis, ocupado a atenção de estudiosos e pesquisadores, despertado a atenção da mídia e provocado a reflexão do homem comum.³⁷⁴

O projeto florentino, desenvolvido no Centro de Estudos de Direito Processual Comparado de Florença, apresentou-se como

³⁷² *Idem.*

³⁷³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

³⁷⁴ RIBAS FILHO, Thiago. *In*: ASSOCIAÇÃO dos Magistrados Brasileiros (Org.). **Justiça**: promessa e realidade: acesso à justiça em países ibero-americanos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996. p.11.

importante pesquisa acerca de uma totalidade de sujeitos e fatores nunca antes vista. Envolveram, sobretudo, os litigantes, as leis vigentes, os sujeitos coletivos, os interesses difusos, as disparidades socioeconômicas, as reformas judiciais, as reformas em outras instituições da sociedade, etc. O objeto delimitado, já na introdução do relatório geral, é o acesso efetivo ao Judiciário, denominado “acesso efetivo aos serviços judiciários.”³⁷⁵

Existe diferenciação atual, de certa forma semelhante, porém talvez mais refinada, efetuada pelos teóricos do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa.³⁷⁶ Este se constitui em um importante departamento de pesquisas pertencente ao Centro de Estudos Sociais (CES), da Faculdade de Economia de Coimbra, e coordenado pelo sociólogo português Boaventura de Sousa Santos. O Observatório Permanente da Justiça, por sua vez, diferencia acesso à justiça de acesso ao direito.

O primeiro estaria em conformidade com o estipulado pelo Projeto de Florença, no sentido de acesso efetivo, ou seja, de igualdade no acesso ao sistema judicial. O segundo, por seu turno, não se caracteriza com os resultados individual e socialmente justos, mas é próximo da ideia fundamental de obtenção de resultados justos. Acesso ao direito (indissociável do acesso à justiça) compatibiliza-se com acesso à informação, consulta e patrocínio jurídicos.³⁷⁷ Com detalhamento, pode-se dizer que:

No final dos anos setenta, Mauro Cappelletti e Brian Garth (1978) coordenaram um grande projecto de investigação sobre o acesso ao direito e à justiça. Nesse projecto, propuseram dois caminhos analíticos. O primeiro identificava o acesso ao direito e à justiça com a igualdade no acesso ao sistema judicial e/ou à representação por um advogado num litígio. O segundo, mais amplo, encarava o acesso ao direito como garantia de efectividade dos direitos

³⁷⁵RIBAS FILHO, *op. cit.*

³⁷⁶OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA. **O acesso ao direito e à justiça:** um direito fundamental em questão. Coimbra: OPJ, 2002.

³⁷⁷*Ibidem*, p. i.

individuais e colectivos. É a visão mais abrangente que privilegiamos. [...] O nosso estudo parte da hipótese geral que o acesso ao direito depende do funcionamento da sociedade e do Estado. Assim, garantir o acesso ao direito é assegurar que os cidadãos, em especial os socialmente mais vulneráveis, conhecem os seus direitos, não se resignam face à sua lesão e têm condições para vencer os custos de oportunidade e as barreiras económicas, sociais e culturais a esse acesso.³⁷⁸

O Projeto de Florença preferiu a linha analítica do acesso efetivo e, portanto, das variáveis em razão do funcionamento do Poder Judiciário e de seus serviços. O Observatório Permanente da Justiça (referência atual de pesquisa empírica sobre o Direito e a sociedade), por sua vez, optou por uma linha analítica que foi excluída pela investigação de Florença: a do Direito e da justiça em sentido amplo, constante em vários espaços sociais e estatais, ou não.³⁷⁹

Dando seguimento aos resultados obtidos no Projeto florentino, é bastante conhecido o texto que detalhou os obstáculos a serem transpostos para um direito ao acesso efetivo à justiça, divididos entre os tópicos: custas judiciais, possibilidade das partes e problemas relativos aos interesses difusos. A descrição de cada um desses obstáculos foi composta por outros tantos subtemas e figurou importante diagnóstico para as proposições e conclusões contidas no relatório. Tais propostas foram encaradas como soluções práticas, denominadas de “ondas renovatórias”.³⁸⁰

Essas ondas têm como foco principal pontos frágeis do processo jurídico, visando a seu aperfeiçoamento, em atenção à economia processual. Ver-se-á, a seguir, o detalhamento de cada onda processual, segundo descrito por Cappelletti e Garth.

Na primeira onda processual³⁸¹, a preocupação estava voltada à marginalização da sociedade, sobretudo em relação

³⁷⁸ *Idem.*

³⁷⁹ CAPPELLETTI; GARTH, *op. cit.*, p. 31-73.

³⁸⁰ *Ibidem*, p.31.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 31-48.

àquelas pessoas que não podem arcar com as despesas judiciais de um processo. De modo geral, o processo é muito oneroso, envolvendo custas com advogados, despesas judiciais e, ainda, as despesas sucumbenciais na hipótese de derrota na ação. Considerando esses custos, dificilmente os menos favorecidos teriam possibilidade de acesso ao Poder Judiciário.³⁸²

Esse movimento tem como princípio base a assessoria gratuita à população de baixa renda, permitindo-lhe buscar e concretizar os seus direitos. Sem esse princípio ter-se-ia um possível cerceamento de defesa ou o estímulo à propagação da autotutela.³⁸³

A segunda onda processual se refere à tutela de interesses coletivos. Muitos processos individuais têm por origem problemas que envolvem mais de um indivíduo e até mesmo classes e sociedades. Isso porque, se cada indivíduo ingressasse em juízo reivindicando os seus interesses, teríamos inúmeros processos com o mesmo objeto e finalidade. Essa onda tem por base unir esses processos em uma causa só, protegendo vários interesses como uma única demanda judicial.³⁸⁴

A terceira onda processual, por sua vez, tem como alvo a melhoria e a desburocratização do processo, ou seja, prioriza processos mais objetivos, tramitação menos burocrática e menos redundâncias. A arbitragem e a mediação como métodos para a solução de conflitos são aceitos. Reconhece-se o uso da arbitragem com validade judicial.³⁸⁵

Sanches Filho, em resumo, leciona que

Estudando as reformas no sistema de Justiça dos países ocidentais desde a década de 60, Cappelletti e Garth vislumbraram uma seqüência de três grandes movimentos de reforma: a) os primeiros esforços importantes para melhorar o acesso à Justiça nos países ocidentais enfocaram a prestação dos serviços legais aos pobres [...]; b) o segundo focalizou o problema da representação dos interesses difusos e coletivos a partir de

³⁸² *Ibidem*, p. 39-42.

³⁸³ *Ibidem*, p.35.

³⁸⁴ *Ibidem*, p.49.

³⁸⁵ *Ibidem*, p.67.

mudanças de conceitos típicos do individualismo liberal [...]; c) por fim, o terceiro e mais importante movimento significou uma mudança dos procedimentos judiciais para tornar esses direitos realmente exequíveis. Essa terceira 'onda' de reformas vai além de instituições, de recursos, pessoal e procedimentos utilizados para processar e ainda para prevenir disputa nas sociedades modernas. [...].³⁸⁶

Essa terceira onda, como bem explicaram Cappelletti e Garth, não consiste em abrir mão das técnicas das duas primeiras ondas reformistas, e sim de considerá-las como possibilidade para o aperfeiçoamento do acesso. Essa onda tem como foco principal o conjunto de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir contendas judiciais.³⁸⁷

O movimento do direito de acesso à justiça, resultado da preocupação latente em conferir eficácia aos direitos já reconhecidos, deu novo significado às lutas em defesa dos direitos humanos, trazendo pressupostos imprescindíveis ao reconhecimento do direito de acesso à justiça em sentido lato. Refere-se, pois, àquele direito capaz de abarcar todas as garantias do devido processo legal, tanto na esfera judicial, quanto na extrajudicial, que não se limita ao simples direito de petição ao órgão estatal.³⁸⁸

4.2 O MODELO TRADICIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA E SEU ACOLHIMENTO NO BRASIL: desafios e dificuldades

O movimento do acesso à justiça ganhou maior visibilidade no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988 que,

³⁸⁶SANCHES FILHO, Alvinio Oliveira. Experiências institucionais de acesso à justiça no Estado da Bahia. *In*: SADEK, Maria Tereza (Org.). **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 243.

³⁸⁷ CAPPELLETTI; GARTH, *op. cit.*, p. 67 e ss.

³⁸⁸ JUNQUEIRA, *op. cit.*, p.1.

especialmente em seu artigo 5º, inciso XXXV³⁸⁹, consagrou o direito de acesso à justiça como garantia-pilar do próprio Estado democrático de Direito.

No plano do acesso à justiça, merece destaque a inclusão do direito à assistência jurídica aos carentes. A Constituição Federal de 1988 também foi inovadora ao assegurar a todos o direito à assistência jurídica integral e gratuita, dentre o rol de direitos e garantias fundamentais, nos termos de seu art. 5º, inciso LXXIV.³⁹⁰

O referido dispositivo ampliou a assistência judiciária, reconhecendo o direito do cidadão à assistência também ao processo administrativo. De igual modo, garante que essa assistência será integralmente gratuita, abarcando, assim, não apenas as isenções de custas judiciais, mas também o direito a todos os instrumentos que se fizerem necessários ao amplo e irrestrito acesso à justiça.

Rodrigues explica que,

Nesse sentido, depreende-se da modificação que o constituinte teve o objetivo de ampliar a assistência aos carentes, dando-lhe, além daquela necessária para o ingresso em juízo, também as assessorias preventiva e extrajudicial. [...] Ao utilizar o adjetivo integral, o legislador constituinte reforça a posição colocada anteriormente, pois a assistência jurídica integral só pode ser entendida como aquela que propicie ao interessado todos os instrumentos jurídicos necessários antes, durante e posteriormente ao processo judicial, e mesmo

³⁸⁹ A saber: “Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

³⁹⁰ A saber: “Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

extrajudicialmente, quando aquele não for necessário. Também se inclui aí o acompanhamento dos processos administrativos. O segundo adjetivo, gratuita, somado ao anterior (integral), quer significar que aquele que não possuir recursos suficientes será isento de todas as despesas que se fizerem necessárias para o efetivo acesso à justiça. [...] Também estabelece a gratuidade do acesso nas ações de *habeas corpus* e *habeas data*, bem como, na forma que a lei estabelecer, a todos os demais atos necessários ao exercício da cidadania (art. 5º, LXXVII).³⁹¹

A partir da década de 80 do século XX, começaram a tomar corpo movimentos sociais diversos, seja das classes mais desafortunadas, seja de outros seguimentos. Inúmeras publicações científicas abordavam temas ligados aos direitos fundamentais e, em especial, o relativo ao acesso à justiça de forma igualitária e eficiente, na busca de um sistema jurídico mais atuante, moderno e participativo.

No ano de 1988, veio a lume a nova Constituição Brasileira, consagrando o âmbito dos direitos individuais e sociais, prevendo a criação de mecanismos adequados para garanti-los, especialmente no que se refere ao acesso à justiça.

A dificuldade do acesso à justiça ainda é agravada pelo fato de o princípio constitucional da igualdade "ser aplicado diretamente entre as partes em sua leitura meramente formal, não se levando em conta as diferenças sociais, econômicas e culturais existentes."³⁹² De acordo com Rodrigues, isso implica dizer que, se não existe a igualdade material, de nada adianta essa preocupação com a igualdade formal, a qual dificilmente possibilitará uma decisão verdadeiramente justa.³⁹³

Rodrigues enaltece, ainda, que o hipossuficiente acabaria prejudicado no jogo processual em decorrência de sua condição de pobreza, ou seja,

³⁹¹RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 58-59.

³⁹²*Ibidem*, p. 251.

³⁹³*Idem*.

a desigualdade material, em contraste com a igualdade formal prevista no ordenamento jurídico, acaba por colocar o sujeito mais pobre em situação de desvantagem no desenvolvimento do processo.³⁹⁴

Acerca do papel da condição financeira no contexto processual, Mauro Cappelletti e Bryant Garth entendem que

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente.³⁹⁵[...] cumpre ao ordenamento jurídico conter mecanismos para atender, da forma mais completa e eficiente o pedido daquele que busca exercer o seu direito à prestação jurisdicional. Para tanto é preciso que o processo disponha de mecanismos aptos a realizar a devida prestação jurisdicional, qual seja, assegurar ao jurisdicionado de forma efetiva o seu direito, dentro de um lapso temporal razoável. Além de efetiva é imperioso que a decisão seja também tempestiva. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 252.

³⁹⁵ CAPPELLETTI; GARTH, *op. cit.*, p. 21.

artigo 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de 'um prazo razoável' é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.³⁹⁶

Pelo que se pode perceber, o modelo tradicional de acesso à justiça foi amplamente acolhido no Brasil, encontrando, apesar da demora, identidade com a realidade vivida neste País, especialmente na década de 80 do século XX. O discurso da escola de Florença fazia muito sentido em um País que editava, à época, sua nova Constituição, com preocupações muito voltadas aos graves problemas sociais existentes.

O que ocorreu ao longo do tempo foi, de fato, certa frustração em relação a esse prometido amplo acesso à justiça. Num País com dificuldades de investir no aparato estatal, tendo por consequência um Poder Judiciário limitado em termos de recursos, foi ficando cada vez mais difícil atender a todas as demandas judiciais em tempo e forma razoáveis. A lentidão processual foi consequência direta de um aparato judiciário que não estava preparado para receber todas as novas demandas do pós-Constituição.

4.3 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E SUA DEFINIÇÃO CONCEITUAL: o olhar da doutrina brasileira

O instituto do acesso à justiça foi aprofundado, em relação a sua definição conceitual pela doutrina brasileira. De modo geral, os doutrinadores partem da definição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, e procuraram aperfeiçoá-lo e melhor adaptá-lo à realidade pátria. Retomemos, de início, a definição clássica, com uma localização histórica prévia:

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a concepção individualista dos direitos então vigentes. Direito ao acesso à proteção

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 20.

judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um 'direito natural', tais direitos não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado, sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas, tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática. [...] À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas declarações de direitos, típicas dos séculos XVIII e XIX. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, a saúde, a segurança material e a educação. [...]³⁹⁷

Ainda com Cappelletti, importante resgatar sua tese de que o direito de acesso à justiça precisava ser redimensionado,

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 9-10.

especialmente no tocante à teoria clássica processualista. Veja-se:

O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas pode ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, costuma ocultar-se o modelo frequentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar. O processo, no entanto, não deveria ser colocado no vácuo. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução dos conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e

aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.³⁹⁸

Adentrando no cenário doutrinário pátrio, arrolam-se algumas definições sobre o direito de acesso à justiça, iniciando-se com o entendimento de Rodrigues, que afirma:

O acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário. É necessário, portanto, ter o cuidado de não reduzi-lo à criação de mecanismos processuais e seus problemas aos existentes nesse âmbito. O acesso à justiça representa mais do que o ingresso no processo e o acesso aos meios que ele oferece. [...]. Se, de um lado, não se pode reduzir a questão do acesso à justiça à criação de instrumentos processuais adequados à plena efetivação dos direitos reconhecidos, de outro, é também evidente que não se pode afastar a ideia de acesso à justiça do acesso ao Judiciário, através do processo. Os demais direitos, em última instância, dependem desse instrumento de proteção e garantia da ordem jurídica. Sem ele, a cidadania se vê castrada, impotente. Há aqueles conflitos que podem e devem ser solucionados através de instrumentos paraestatais ou privados. Mas é fundamental perceber-se que o Estado, sem o processo e a jurisdição, seria uma instituição política desprovida de instrumentos legítimos, por meio do quais possa exercer seu poder, em última instância, na busca da pacificação social.³⁹⁹

Nesse mesmo norte, o autor explica, ainda, que

[...] é necessário destacar, frente à vagueza do termo acesso à Justiça, que a ele são atribuídos pela doutrina diferentes sentidos, sendo eles fundamentalmente dois: o primeiro, atribuindo ao significante justiça o

³⁹⁸ *Ibidem*, p.12-13.

³⁹⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 71.

mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à Justiça e acesso ao Poder Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. E conclui que esse último, por ser mais amplo, engloba no seu significado o primeiro.⁴⁰⁰

Para Marinoni, “o acesso à justiça é o *tema-ponte* a interligar o processo civil com a justiça social”⁴⁰¹, objetivo maior do Estado contemporâneo. Nesse prisma, a jurisdição e o acesso à justiça devem ser vistos com base nos princípios norteadores desse Estado: a jurisdição, visando à realização dos seus fins; o direito processual, buscando a superação das desigualdades que impedem o acesso, bem como a participação por meio do próprio processo na gestão do Estado e na concretização da democracia e da justiça social.⁴⁰²

Grinover lança a ideia da “popularização do Judiciário.” Para a autora, o acesso à justiça não pode se limitar apenas ao mero acesso aos tribunais. O acesso à justiça deve ser mais rápido, pois a mora seria cúmplice da impunidade. Além do mais, o acesso deve ser mais barato e mais eficiente para garantir maior acesso à justiça, lembrando que justiça não é a mera admissão a um processo, mas sim ter uma resposta do mesmo. A justiça deve ser menos formal, para garantir o acesso das pessoas menos instruídas e, ainda, garantir o direito da autodefesa.⁴⁰³

Watanabe, a partir de seu conceito de acesso à ordem jurídica justa, também se posiciona no seguinte sentido:

1. A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes.

⁴⁰⁰RODRIGUES, *op. cit.*, p.28.

⁴⁰¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 22.

⁴⁰²RODRIGUES, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁰³GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária. Biblioteca Jurídica, 1999.

Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*. 2. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova *posturamental*. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela *perspectivado consumidor*, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um *programa de reforma* como também um *método de pensamento*, como com acerto acentua Mauro Cappelletti. Hoje, lamentavelmente, a perspectiva que prevalece é a do Estado, quando não do ocupante temporário do poder, pois, como bem ressaltam os cientistas políticos, o direito vem sendo utilizado como instrumento de governo para a realização de metas e projetos econômicos. A ética que predomina é da eficiência técnica, e não da equidade e do bem-estar da coletividade. 3. Há que se preocupar, outrossim, com o direito substancial, que, sobre ser ajustado à realidade social, deve ser interpretado e aplicado de modo correto. Já se disse alhures que, para a aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o acesso à Justiça, pois assim se evitaria o cometimento de uma dupla injustiça.⁴⁰⁴

Silva define o acesso à justiça como uma expressão que denota “o direito de buscar proteção judiciária”, ou seja, “o direito de recorrer ao Poder Judiciário em busca da solução de um conflito de interesses”.⁴⁰⁵ Observa-se que o referido termo possui

⁴⁰⁴WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária como instrumento de acesso à ordem justa. **Revista da PGE/SP**, São Paulo, n. 22, p. 128-129. 2004.

⁴⁰⁵SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.150.

um sentido institucional, que não explicita integralmente seu significado.

Medeiros discorre, ademais, que

A importância do acesso à justiça, nos termos anteriormente anotados, leva à conclusão de que qualquer compreensão restritiva de seu conceito tende por desconsiderar seu relevante papel em relação à efetividade dos demais direitos fundamentais. Destarte, pode-se afirmar que a ideia de acesso à justiça vinculada estritamente ao Judiciário é limitada e, sobretudo, obsoleta, merecendo ser suplantada. Deve ceder, portanto, lugar a uma conotação mais ampla, que ocupa um lugar de destaque no Estado contemporâneo, extrapola os limites judiciais e toma a cena de outras esferas. [...] Desta forma, muito embora deva se considerar a importância dos instrumentos processuais de acesso à justiça, não parece adequado restringir este instrumental ao Judiciário, uma vez que, conforme já salientado, a ideia de acesso à justiça aparelha-se com a efetivação dos direitos fundamentais, não havendo como restringir tal acesso a questões processuais.⁴⁰⁶

Como se pode perceber os autores não são uníssomos no que diz respeito à conceituação do direito de acesso à justiça. Cada qual apresenta sua visão sobre o que representa o aludido direito. No entanto, é possível perceber alguns pontos de identidade entre os autores.

De modo geral, entendem que o direito de acesso à justiça não representa apenas mais um direito entre tantos outros, mas sim compreendem que se trata de um direito que traduz um amplo acesso à justiça, superando o mero acesso aos procedimentos do Poder Judiciário. Superam, outrossim, uma visão apenas formal deste direito, com o intuito de defender o

⁴⁰⁶MEDEIROS, Isabela. **Assistência jurídica gratuita**: cidadania e emancipação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 15-16.

acesso à justiça como garantia-pilar do próprio Estado democrático de direito.

4.4 A QUESTÃO DA GRATUIDADE DO ACESSO NO MODELO PÁTRIO: justiça gratuita, assistência judiciária gratuita e assistência jurídica gratuita

Outro ponto fundamental para esta pesquisa é a questão da gratuidade do acesso à justiça. O Projeto de Florença trouxe em seu cerne a ideia de gratuidade de acesso ao Poder Judiciário àqueles que não possuem condições financeiras de arcar com as despesas processuais e com os honorários advocatícios. Pensou-se no acesso à justiça como um direito fundamental que não poderia ser limitado pela questão financeira.

Naquela perspectiva, o acesso à justiça passou a ser encarado como um direito que precisaria ser estendido a todos os cidadãos hipossuficientes ou àqueles que estivessem em condições financeiras precárias. O direito de acesso ao Poder Judiciário é erigido a uma condição de pilar do Estado democrático de direito, e o processo passa a ser visto não somente como um método procedimental de contato com o Judiciário, mas sim como um meio democrático de exercício de direitos.

No Brasil, essa gratuidade no acesso à justiça se consolidou no instituto chamado “assistência judiciária gratuita” e alcançou de modos diferentes, ao longo do tempo, amparo e prestígio constitucional. Torna-se importante rever como esse instituto se consolidou no ordenamento pátrio e como foi se desenvolvendo até chegar aos dias atuais, tendo em consideração, também, a regulamentação infraconstitucional.

A história da assistência judiciária (ou assistência jurídica gratuita) no Brasil, tem seu início no século XVI, tempos em que se tinha muito consolidada a ideia de justiça como um privilégio apenas para os afortunados. Indivíduos economicamente hipossuficientes⁴⁰⁷ encontravam grandes dificuldades em buscar

⁴⁰⁷Segundo o Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa, a palavra hipossuficiente é formada pelo prefixo *hipo*, do grego *hipó*, designativo de escassez ou inferioridade, e do vocábulo *suficiente*, que indica não apenas aquilo que satisfaz ou que basta, mas, também, aquilo ou

a defesa de seus direitos, por ser limitado o acesso a advogados e ao próprio Judiciário.

Como garantia constitucional, a assistência judiciária apareceu somente na Constituição de 1934, em seu art. 113, § 32.⁴⁰⁸ Excluída da Constituição do Estado Novo, a gratuidade de justiça se manteve como norma infraconstitucional, no Código de Processo Civil de 1939. A garantia retornou ao *status* de norma constitucional em 1946, em seu art. 141, § 35, no qual determinava que “o poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”. Já a Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional nº 1/69, em seu art. 153, § 32, estabelecia: “será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei.”

A Constituição de 1988, por seu turno, em seu art. 5º, *caput*, ao tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos, preceitua que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”, dispondo ainda, no inciso LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Albergada no art. 5º da Constituição, o direito à gratuidade de acesso à justiça, àqueles comprovadamente desafortunados, passa a ser o pilar dos mais importantes do modelo do Estado democrático de Direito. O referido direito passa a ser considerado direito constitucional autoaplicável, e o processo, por via de consequência, como meio legítimo e amplo de exercício de direitos.

Da leitura do referido dispositivo constitucional, pode-se ter a sensação de que a justiça gratuita ou a assistência judiciária ou ainda a assistência jurídica, institutos muito comuns do cotidiano

aquele que tem capacidade para realizar (algo). Significa “Que não é autossuficiente, que não possui recursos econômicos suficientes para se sustentar.” No presente trabalho, a hipossuficiência assume dois vieses: o econômico, enquanto requisito para obtenção do benefício da gratuidade de justiça; e o probatório, enquanto requisito para a obtenção do benefício da inversão do ônus da prova. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Nova Ortografia. 8. ed. São Paulo: Positivo Editora, 2010.

⁴⁰⁸A Constituição Federal de 1934, em seu art. 113, § 32, dispunha que: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.”

forense, tenham o mesmo significado. No entanto, a teoria diverge da prática. Ocorre que existem diferenças importantes que valem ser esclarecidas. Para tanto, precisar-se-á adentrar na legislação infraconstitucional.

A Lei nº 1.060/1950, que estabelece as normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, contribui, inicialmente, para a confusão em relação aos referidos institutos. O aludido diploma utiliza diversas vezes a expressão “assistência judiciária” ao referir-se, na verdade, à “justiça gratuita”.

Vê-se, como exemplo, o art. 3º da referida Lei descrevendo que “a assistência judiciária compreende as seguintes isenções: (...)”. De outro lado, a expressão “assistência judiciária”, em seu sentido adequado, aparece no art.1º, §§1º e 2º; art. 5º, no art.16, *parágrafo único*⁴⁰⁹, e no art.14, §1º, e o art.18⁴¹⁰ o termo

⁴⁰⁹Vejam-se os dispositivos da Lei 1.060/1950: “Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei. [...] Art. 5º. O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas:[...] § 1º. Deferido o pedido, o juiz determinará que o serviço de assistência judiciária, organizado e mantido pelo Estado, onde houver, indique, no prazo de dois dias úteis o advogado que patrocinará a causa do necessitado. § 2º. Se no Estado não houver serviço de assistência judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados, por suas Seções Estaduais, ou Subseções Municipais. [...] Art. 16. Se o advogado, ao comparecer em juízo, não exibir o instrumento do mandato outorgado pelo assistido, o juiz determinará que se exarem na ata da audiência os termos da referida outorga. *Parágrafo único.* O instrumento de mandato não será exigido, quando a parte for representada em juízo por advogado integrante de entidade de direito público incumbido na forma da lei, de prestação de assistência judiciária gratuita, ressalvados. [...]”

⁴¹⁰A saber, destacam-se os dispositivos da Lei 1060/50: “Art. 14. Os profissionais liberais designados para o desempenho do encargo de defensor ou de perito, conforme o caso, salvo justo motivo previsto em lei ou, na sua omissão, a critério da autoridade judiciária competente, são obrigados ao respectivo cumprimento, sob pena de multa de Cr\$ 1.000,00 (mil cruzeiros) a Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), sujeita ao reajustamento estabelecido na Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975, sem prejuízo de sanção disciplinar cabível. § 1º Na falta de indicação pela assistência ou pela própria parte, o juiz solicitará a do órgão de classe

assistência é utilizado para designar quem seria o prestador do serviço.

Como dito anteriormente, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXXIV, menciona que, dentre direitos e garantias fundamentais de cada cidadão, encontra-se a assistência jurídica. Com essa afirmativa, o texto constitucional cria um terceiro conceito, que também não pode ser confundido como sinônimo de assistência judiciária ou justiça gratuita. A atual Constituição, como visto, previu que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos”.

Com relação à diferença entre os conceitos, verifica-se que A justiça gratuita (ou gratuidade de justiça) pode ser conceituada como a isenção de custas e demais despesas processuais para o acesso ao judiciário. A assistência judiciária gratuita, por sua vez, consiste na prestação não onerosa de serviços referentes ao patrocínio de causas em juízo. Trata-se do serviço prestado por advogado (integrante de órgão público ou não) que defenderá o assistido em juízo. Nota-se aqui uma aplicação prática da correta conceituação dos institutos: os juízes não podem deferir ou indeferir a assistência judiciária gratuita já que eles têm o condão de ponderar e julgar apenas sobre a isenção de custas e despesas do processo (justiça gratuita). Em outras palavras, se o juiz indeferir a assistência judiciária gratuita a uma parte estará negando a ela o direito de ter a gratuita prestação de serviços jurídicos pelo Estado.⁴¹¹

respectivo. [...] Art. 18 Os acadêmicos de direito, a partir da 4ª série, poderão ser indicados pela assistência judiciária, ou nomeados pelo juiz para auxiliar o patrocínio das causas dos necessitados, ficando sujeitos às mesmas obrigações impostas por esta Lei aos advogados.”

⁴¹¹CHUAIARI, Silvia Helena. Assistência jurídica e serviço social: reflexões interdisciplinares. **Serviço Social & Sociedade**, São Paulo: Editora Cortez, v. 22, n. 67, p. 124-132. 2001.

Medeiros ainda enaltece a importância de resgatar o verdadeiro sentido do instituto da assistência jurídica integral e gratuita, fazendo as devidas distinções conceituais:

A assistência judiciária gratuita, como o próprio termo sugere, vincula-se a um serviço prestado em sede judicial, ou seja, ao trabalho prestado por um advogado ou defensor público – assistente judiciário – perante o Poder Judiciário em defesa do direito do assistido. Refere-se, portanto, ao patrocínio de demandas judiciais para a população pobre, que não dispõe de recursos financeiros para arcar com as despesas de um advogado particular nem tampouco para pagar as custas de um processo judicial. [...] A justiça gratuita, por seu turno, é mais restrita do que a assistência judiciária, uma vez que compreende apenas a gratuidade das custas judiciais e honorários sucumbenciais. Ou seja, a justiça gratuita difere da assistência judiciária por não abarcar o assistente judiciário, devendo ser requerida no bojo de uma demanda judicial pelo advogado da parte que afirma não poder arcar com as custas processuais e honorários sucumbenciais. [...] Sobre assistência judiciária gratuita e justiça gratuita, tornou-se célebre a diferenciação formulada por Pontes de Miranda (2001, p. 383) especialmente no que se refere à natureza jurídica de cada um dos institutos. Segundo referido autor, a justiça gratuita é um instituto eminentemente processual, que atinge as custas do processo e honorários e é requerida perante o magistrado competente para a tramitação e processamento da demanda judicial. Já a assistência judiciária é um instituto de direito administrativo, posto que envolve, além da isenção das custas processuais e honorários advocatícios, a disponibilização, por parte do ente estatal ou paraestatal, de profissional tecnicamente habilitado para a defesa dos

interesses judiciais do requerente da assistência judiciária.⁴¹²

Há um detalhe importante a ser frisado. A expressão assistência jurídica gratuita, por sua vez, pode ser entendida também como uma prestação de serviços jurídicos, mas não efetivamente como serviços prestados em juízo. Ocorre que a assistência jurídica gratuita se caracteriza numa prestação de serviços mais ampla que envolve a orientação do assistido, em linhas gerais. Abrange, ainda, os esclarecimentos sobre os direitos que o sujeito eventualmente possua, além das posturas que se deva ter para evitar demandas judiciais, bem como para preservar seus direitos ou para buscá-los, ainda que extrajudicialmente.⁴¹³

A assistência referida engloba, na atual legislação, a assistência judiciária, porquanto envolve, também, serviços jurídicos não relacionados diretamente ao processo, tais como: orientações individuais ou coletivas, o esclarecimento de dúvidas, além de um programa de informação a toda a comunidade. Portanto, a assistência judiciária é um serviço público organizado, podendo ser oferecido por entidades não estatais, conveniadas, ou não, com o Poder Público.⁴¹⁴

Frisa-se, por oportuno, a maneira pela qual o Estado oferecia esse serviço de assistência judiciária gratuita. Em realidade, este estava sendo prestado pelo Estado, do modo que entendesse mais adequado, seja por meio de defensorias públicas, seja por meio do modelo de advocacia dativa, como ocorria no Estado de Santa Catarina. Recentemente, por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), entendeu-se pela obrigatoriedade de criação, para aquelas unidades federativas que ainda não tinham, de órgãos de defensoria pública para que se desse cumprimento ao mandamento constitucional de garantia de amplo acesso à justiça.

⁴¹²MEDEIROS, *op. cit.*, p. 66-68.

⁴¹³*Ibidem*, p. 139.

⁴¹⁴*Ibidem*, p. 141.

No caso de Santa Catarina, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4270⁴¹⁵, julgada em 14 de março de 2012, cujo trecho se colaciona abaixo:

Art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina. Lei complementar estadual 155/1997. Convênio com a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) para prestação de serviço de 'defensoria pública dativa'. Inexistência, no Estado de Santa Catarina, de órgão estatal destinado à orientação jurídica e à defesa dos necessitados. Situação institucional que configura severo ataque à dignidade do ser humano. Violação do inc. LXXIV do art. 5º e do art. 134, *caput*, da redação originária da Constituição de 1988. Ações diretas julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade do art. 104 da constituição do Estado de Santa Catarina e da lei complementar estadual 155/1997 e admitir a continuidade dos serviços atualmente prestados pelo Estado de Santa Catarina mediante convênio com a OAB/SC pelo prazo máximo de 1 (um) ano da data do julgamento da presente ação, ao fim do qual deverá estar em funcionamento órgão estadual de defensoria pública estruturado de acordo com a Constituição de 1988 e em estrita observância à legislação complementar nacional (LC 80/1994).

Ocorre que, em Santa Catarina, por autorização do art. 104 da Constituição Estadual⁴¹⁶ e da Lei Complementar Estadual n.º 155/1997, optou-se pelo modelo de defensoria dativa, operado por meio da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), tendo em vista que o referido Estado não dispunha de uma defensoria pública criada como órgão público. Entretanto, os referidos

⁴¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. ADI 4270/SC, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ em 14/03/2012, DJ em 25/09/2012 (grifos nossos).

⁴¹⁶Conforme o art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina, *in verbis*: “A Defensoria Pública será exercida pela Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, nos termos de lei complementar”.

dispositivos normativos foram considerados inconstitucionais pela Corte Suprema.

O Ministro Relator Joaquim Barbosa baseou sua decisão no princípio da isonomia, bem como na incompetência do Legislativo catarinense para tratar do assunto em comento. Conforme o art. 61, § 1º, inciso II, alínea “d”, da Constituição da República⁴¹⁷, aquela Corte entende que “a iniciativa para legislar sobre a organização da defensoria pública em âmbito estadual jamais pode ser atribuída aos parlamentares estaduais”.

A Lei Complementar Federal n.º 80/1994, alterada pela Lei Complementar n.º 132/2009, é clara ao estabelecer as normas gerais para a organização da Defensoria Pública nos Estados. Nesse sentido, o referido Ministro esclareceu que a seccional catarinense da OAB substituiu completamente os trabalhadores que eram para ser desenvolvidos pela Defensoria Pública, de modo que aquele órgão não atuava de maneira suplementar ou com o intuito de suprir possíveis lacunas deste.

O relator destacou, ainda, as diferenças de prioridades entre o defensor público na prestação de serviços jurídicos gratuitos aos necessitados e o advogado privado, convertido em defensor dativo, em preterir o atendimento às demandas particulares, o que afronta diretamente a garantia constitucional de amplo acesso à justiça. Confira-se:

[...] enquanto o defensor público integrante de carreira específica dedica-se exclusivamente ao atendimento da população que necessita dos serviços de assistência, o advogado privado convertido em defensor dativo certamente prioriza, por

⁴¹⁷A saber: “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: [...] II - disponham sobre: [...] d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;”.

uma questão de limitação da jornada de trabalho, os seus clientes que podem oferecer uma remuneração maior do que aquela que é repassada pelo Estado, a qual observa a tabela de remuneração básica dos serviços de advogado. Essas observações sugerem que a questão da criação de um serviço de assistência judiciária não pode ser vista apenas sob o ângulo estatístico e muito menos da perspectiva da mera economia de recursos. Veja-se, a título de exemplo, o fato de que a defensoria dativa organizada pelo Estado de Santa Catarina com apoio da seção local da OAB não está preparada e tampouco possui competência para atuar na defesa de direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos dos hipossuficientes e dos consumidores, atribuição que hoje se encontra plenamente reconhecida à defensoria pública (incs. VII e VIII do art. 4º da LC 80/1994, na redação da LC 132/2009).

A conclusão daquela Corte, de fato, foi pela incompetência e pelo despreparo da defensoria dativa do Estado de Santa Catarina em atuar na defesa dos hipossuficientes e dos consumidores. Enfatizou, ademais, a importância da criação de uma Defensoria Pública estadual, tendo em vista a resolução de conflitos por meios extrajudiciais, o que garantiria maior celeridade e economia de atos processuais.

A partir de então, o STF concedeu prazo de 12 meses para que o Estado de Santa Catarina criasse a sua Defensoria Pública, conforme estabelece o art. 134 da Constituição da República.⁴¹⁸ Decidiu, também, pelo encerramento do acordo

⁴¹⁸Em termos: O art. 134, *caput*, da Constituição da República estabelece que “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da

firmado com a seccional catarinense da OAB, visto que, sem qualquer processo seletivo prévio, tal instituição designava patronos particulares para prestarem serviços jurídicos gratuitos aos cidadãos hipossuficientes.

O cumprimento da referida decisão, até o presente momento, foi parcial e está sendo feita de maneira gradativa. Em 2012, foram abertas as inscrições para o preenchimento de 60 vagas de defensor público, com conclusão para o primeiro semestre de 2013.⁴¹⁹

A título de mera informação e, de acordo com o Mapa da Defensoria Pública do Brasil⁴²⁰, elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANAEP), o Estado de Santa Catarina carece de 509 profissionais na referida área. No entanto, até outubro de 2013, apenas 45 defensores foram nomeados, de um total de 157 aprovados.⁴²¹

Por tais motivos, a ANAEP ajuizou perante o STF a Reclamação (RCL) n.º 16034⁴²², sustentando o descumprimento da ADI n.º 4270. Isso porque tal decisão, além de ter declarado a inconstitucionalidade do art. 104 da Constituição Estadual e da

advocacia fora das atribuições institucionais; § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º; § 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal”.

⁴¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=243789>>. Acesso em: 30 out. 2013.

⁴²⁰BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/defensoresnosestados>>. Acesso em: 30 out. 2013.

⁴²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=243789>>. Acesso em: 30 out. 2013.

⁴²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=243789>>. Acesso em: 30 out. 2013.

Lei Complementar Estadual n.º 155/1997, estabeleceu o prazo de um ano para que o Estado de Santa Catarina criasse órgão competente destinado à Defensoria Pública, o que não teria ocorrido de fato segundo alegam.

A aludida Associação afirma, outrossim, o cumprimento parcial do referido julgado, bem como alega que a Lei Complementar Estadual n.º 575/2012, que cria a Defensoria Pública Catarinense, possui diversos vícios constitucionais. Sustenta, ainda, que o valor necessário para a criação da Defensoria Pública é quase a metade do montante destinado pelo Governo do Estado à contratação de defensores dativos.

De modo geral, constata-se que a gratuidade no acesso à justiça às pessoas mais necessitadas é garantia constitucional fundamental e que precisa ser enaltecida como importante conquista histórica. Os autores deixaram claro que existem diferenças conceituais entre as expressões, as quais são corriqueiramente utilizadas no linguajar forense no que toca à gratuidade, e que devem ser levadas em consideração para os fins deste estudo.

Para além das distinções conceituais anteriormente descritas, torna-se importante frisar que o instituto da gratuidade processual não é, nesta tese, considerado como um problema em si, quando se pensa no excesso de litigância ou no abuso no manejo do direito de ação. Não se entende aqui que o acesso gratuito das pessoas consideradas hipossuficientes ao Judiciário seja o principal problema contemporâneo do excesso de acesso à jurisdição.

Muito pelo contrário, como já mencionado, o foco da presente pesquisa está voltado para as ações frívolas e para as ações cujas partes sejam habituais. Claro que o fenômeno da frivolidade também abrange, em alguns casos, as ações que tramitam sob o beneplácito da gratuidade. Entretanto, nessas hipóteses, o alvo específico de análise é a frivolidade, ou seja, as ações com baixa probabilidade de êxito.

4.5 ACESSO À JUSTIÇA E O MODELO GERENCIAL DE GESTÃO: a lógica da “Justiça em Números”

Nos últimos anos, o Poder Judiciário brasileiro adotou um novo modelo de administração da justiça. Trata-se do programa “Justiça em Números”, que foi implantado pelo CNJ e que

modificou, de maneira expressiva, a forma de atuação da magistratura, de modo que a função judicante se aproximou da função administrativa, e o papel do juiz foi redimensionado.

Tal protótipo, calcado no método de estabelecimento de metas de resultado, aliado à aferição quantitativa de produtividade, é fruto da mudança do entendimento ocorrida no âmbito do Poder Público nas últimas décadas. A renovação gerencial de Estado de 1998 e a reforma do Judiciário de 2004 foram os pontos de partida para o reconhecimento da eficiência como parâmetro balizador da política pública de gestão.

4.5.1 As reformas constitucionais e suas implicações: do Documento Técnico n.º 319 do Banco Mundial às Emendas Constitucionais n.º 19/1998 e n.º 45/2004

A partir da década de 90 do século XX, o cenário político brasileiro foi bastante influenciado pelo pensamento neoliberal, que, por consequência, também influenciou em muito no novo jeito de administrar o aparato público. Carreados por medidas que foram adotadas na esteira das privatizações, redução dos quadros funcionais e otimização de procedimentos, o modelo de administrar também sofreu expressivas mudanças.

Na senda dessa nova lógica economicista, passou-se a entender que o Estado, de modo geral, precisava ser objeto de um “choque de gestão”, que pudesse tornar a máquina administrativa mais produtiva e eficiente. A partir daí é que a categoria eficiência passa a se tornar um parâmetro predominante e vinculador em relação à nova forma de pensar a gestão para a administração pública.

Apesar de o ambiente político econômico, predominante à época, favorecer em muito a ideia de ascendência dos princípios da Economia sobre o Direito, de modo a forjar uma hermenêutica específica e direcionada tal qual se viu no capítulo segundo com a Teoria da Análise Econômica do Direito, no Brasil, especialmente no meio acadêmico jurídico, não havia aceitação ostensiva de grande expressão.

Sucedem que juristas brasileiros não encontravam no ordenamento jurídico, sobretudo no texto constitucional, respaldo normativo que pudesse oferecer sustentação e legitimidade ao pensamento economicista que avançava em sociedade naqueles tempos. Somente após a Emenda Constitucional n.º 19/1998

que, entre outros objetivos, trouxe à Constituição a inserção do princípio da eficiência⁴²³ dentre os princípios da administração pública, é que se passou a aceitar a eficiência como um instituto vinculador para o administrador público.⁴²⁴

Registra-se que esse avanço do discurso eficientista não se adstringiu tão somente ao Poder Executivo. O Poder Judiciário também passou a exigir medidas administrativas de gestão no novo formato gerencial, de modo a oferecer respostas aos graves problemas de funcionamento de seu aparato, especialmente no que diz respeito à questão da demora no solucionamento das demandas judiciais.

O Poder Judiciário era, há muito tempo, visto como um Poder deficitário, lento, precário e com grandes dificuldades para cumprir com sua missão constitucional de dissuadir conflitos. Exemplo disso é o que mostra o Documento n.º 319 do Banco Mundial. Neste documento-relatório, confeccionado pelo Banco Mundial, analisou-se a situação do Poder Judiciário da América Latina e do Caribe, partindo-se do seguinte diagnóstico:

O Poder Judiciário, em várias partes da América Latina e Caribe, tem experimentado em demasia longos processos judiciais, excessivo acúmulo de processos, acesso limitado à população, falta de transparência e previsibilidade de decisões e frágil confiabilidade pública no sistema. Essa ineficiência na administração da justiça é um produto de muitos obstáculos, incluindo a falta de independência do judiciário, inadequada capacidade administrativa das Cortes de Justiça, deficiência no gerenciamento de processos, reduzido número de juizes, carência de treinamentos, prestação de serviços de forma não competitiva por parte dos funcionários, falta de transparência no controle de gastos de verbas públicas, ensino jurídico e estígios

⁴²³MARCELLINO JR., *op. cit.*, p. 272.

⁴²⁴Nesse sentido, dispõe o art. 37, *caput*, da Constituição da República: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]".

inadequados, ineficaz sistema de sanções para condutas anti-éticas, necessidade de mecanismos alternativos de resolução de conflitos e leis e procedimentos enfadonhos. Este trabalho pretende discutir alguns dos elementos da reforma do judiciário, apresentando alguns exemplos da região. Esperamos que o presente trabalho auxilie governos, pesquisadores, meio jurídico o staff do Banco Mundial no desenvolvimento de futuros programas de reforma do judiciário.⁴²⁵

A partir do cenário constatado, o Banco Mundial elenca determinadas recomendações para uma ampla reforma do Poder Judiciário, voltadas ao propósito de produtividade e celeridade, adentrando, inclusive, no modo de gerir as finanças e a administração daquele Poder da República. Veja-se:

Visando atingir estes objetivos, um programa de reforma do Judiciário deve ser elaborado para avaliar especificamente os principais fatores que afetam a qualidade dos serviços judiciais, sua natureza monopolística e ineficiência. Essa reforma também deve avaliar profundamente as causas políticas, econômicas e legais de um judiciário ineficiente e injusto. Se uma abordagem holística não for adotada, esta reforma terá probabilidade mínima de sucesso. Não obstante, a impossibilidade do presente trabalho em desenvolver uma lista exaustiva de medidas, serão discutidos os principais elementos necessários para uma reforma que vise um judiciário eficiente e igualitário. Os elementos básicos de uma reforma deve incluir medidas visando garantir a independência do Poder Judiciário através de alterações no orçamento, nomeações de

⁴²⁵ DAKOLIAS, Maria. BANCO MUNDIAL. Documento Técnico n.º 319 do Banco Mundial. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: Elementos para uma Reforma.** 1996. Disponível em: <www.bancomundial.org.br>. Acesso em: 4 nov. 2013.

juízes e um sistema disciplinar; aprimoramento administrativo das Cortes através da adoção de gerenciamento de processos e reformas administrativas; adoção de reformas da legislação processual; implantação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos; ampliação do acesso à justiça; incorporação de questões de gênero no processo de reforma; e redefinição e/ou expansão do ensino jurídico, programas de estágio para estudantes e treinamento para juízes e advogados. [...] A magistratura latino americana depara-se com severos acúmulos processuais, baixos salários, staff sem treinamento e carência de tecnologia, fatores que os impedem de exercer suas funções de maneira eficiente. Como resultado, a administração da justiça necessita ser analisada como uma das áreas mais importantes da reforma. A administração da justiça engloba duas áreas: a administração das cortes e dos processos, ambos devem ser revistos visando o aprimoramento da instituição. A administração das Cortes envolve as funções administrativas das Cortes, incluindo os setores administrativos, pessoal, orçamento, sistema de informações, estatísticos, planejamento e manutenção. De outro lado, a administração de processos refere-se ao processamento das ações, abrangendo, por exemplo, o gerenciamento de processos.⁴²⁶

Importante mencionar esse simbólico documento técnico que bem demonstra o pensamento das instituições financeiras internacionais da década de 90 do século XX em relação à máquina pública judiciária. A partir de diretrizes de instituições tão influentes como o Banco Mundial, pode-se constatar o ambiente político e econômico da época. Havia uma pressão externa sobre as instituições brasileiras, especialmente sobre o Poder Judiciário, que acabou se consolidando, indiretamente, em

⁴²⁶ *Idem.*

sucessivas medidas reformistas no âmbito do ordenamento jurídico.

Na década de 90, iniciaram-se, então, as duas grandes reformas constitucionais que estruturam normativamente expressivas alterações no modelo judiciário vigente. Refere-se às Reformas Constitucionais n.º 19 e n.º 45, as quais programaram a Reforma Administrativa do Estado (Emenda n.º 19) e a Reforma do Poder Judiciário (Emenda n.º 45), que seguiram a mesma diretriz.

Não se pretende aqui detalhar e aprofundar as reformas constitucionais mencionadas. O propósito é apontar a diretriz que foi dada por cada uma dessas Emendas Constitucionais, demonstrando apenas que o Poder Judiciário foi alvo de um processo reformista que, de alguma forma, coincidiu com as premissas do pensamento economicista.

A Emenda Constitucional n.º 19/1998, que teve como principal destaque a inserção do princípio da eficiência administrativa no rol de princípios da administração pública, foi responsável por oferecer as bases normativas da reforma administrativa de caráter gerencial, passando a vincular os demais princípios da administração pública. Aproxima-se o Poder Judiciário da ideia de empresa, pautando-se pela diretriz da relação custo-benefício. Publicamente, a justificativa para inclusão de tal princípio foi de tornar mais efetivo aquele Poder, causando certa confusão entre efetividade e eficiência.

No tocante ao princípio da eficiência existe uma questão pontual que vale ser discutida. É que o princípio da eficiência produziu, na expressão de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, um câmbio epistemológico, confundindo, não por acaso, as categorias eficiência e efetividade. O autor explica que, neste quadro, “não é admissível, em hipótese alguma, sinonimizar efetividade com eficiência, principalmente por desconhecimento. Afinal, aquela reclama uma análise dos fins; esta, a eficiência, desde a base neoliberal, responde aos meios.”⁴²⁷

⁴²⁷“É sem dúvida uma guinada sem precedentes, pela qual se pode compreender a desenfreada competitividade, assim como a deificação do mercado que, pelo eficientismo, rende glórias ao consumidor (objeto de disputa) transformado em cliente, homo *economicus*, achando por deslocar o eixo da disputa capital/trabalho. Quando em questão está a eficiência (dos meios), não é que o trabalho não importe, mas ele ganha

Esse fenômeno de inserção do pensamento eficientista acaba por despolitizar o Direito e consolidar a ascensão do pensamento econômico sobre a política e o próprio Direito, via aparato estatal. A Economia acaba se tornando uma seara do saber que pretende exercer papel vinculador em relação ao pensar, sem que se possa fazer barreira pelo e no Direito.⁴²⁸

A eficiência inserida no *caput* do art. 37 da Constituição da República, percebida desde o ponto de vista de Pareto, Coase ou Posner, passa a ser o critério pelo qual as decisões judiciais devem, necessariamente, submeter-se. Não se trata mais de cotejo entre campos – econômico e jurídico –, mas na prevalência irrestrita da relação custo-benefício. Esse discurso maniqueísta entre eficientes de um lado e ineficientes de outro, há de ser reconhecido, uma vez que se apresenta sedutor e, desse modo, exerce papel estratégico. Em realidade, trata-se de falso dilema, carreado pela ideologia – mesmo que os analistas econômicos do Direito digam o contrário enaltecendo a questão da neutralidade científica.

A Emenda Constitucional n.º 45/2004, por sua vez, foi fundamental para a viabilização da chamada “Reforma do Poder Judiciário”. Em realidade, a referida reforma foi deflagrada, segundo explica Oliveira, para enfrentar a crise que atravessava aquele Poder. Esta Emenda Constitucional é decorrente de parcela do Projeto de Emenda Constitucional n.º 29, que tramitou por mais de doze anos no Congresso Nacional.⁴²⁹ Nas palavras do autor:

O constante debate, aliado ao amadurecimento da sociedade brasileira, culminou na aprovação da EC 45/2004. Pode-se dizer que esta emenda não tem

um lugar secundário quando, estrategicamente, tem-se um exército de reserva laboral e digladiam-se todos pelos postos de trabalho que sobram. A velha concepção de *homo faber* perde, como tal, o seu sentido; e o direito, que antes de tudo o protege, passa a ser um obstáculo, acusado de burocrático, ou melhor, burocratizante.” COUTINHO, *op. cit.*, p.34.

⁴²⁸NUNES, Antônio José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁴²⁹OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O papel do STF no novo sistema processual brasileiro. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, n. 118, p. 71. 2013.

paternidade definida, não tem autores, nem proponentes únicos. Nasceu de um contexto social e político de revisão do papel das instituições públicas, iniciado com a promulgação da atual Constituição e permeou uma era de reavaliações da função do Estado e da participação da sociedade. [...] O certo é que as sucessivas modificações pontuais na legislação processual inseridas ao longo da prolongada reforma que o CPC vem passando, não surtiram o efeito desejado, qual seja, diminuir o crescente número de processos que chegam diariamente ao STF.⁴³⁰

Oliveira explica, ademais, que a reforma do Judiciário, encetada por meio da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que teve o propósito de criar algum elemento de contenção do fluxo de processos na Corte Constitucional, inovou ao apresentar institutos, tais como a súmula vinculante e a repercussão geral da questão constitucional. O autor esclarece, ainda, que esses dois instrumentos foram criados com o objetivo impor barreiras ao manejo excessivo do recurso extraordinário, combatendo, assim, a morosidade dos julgamentos e a insegurança jurídica.⁴³¹

Contudo, a inovação trazida pela referida reforma que mais interessa foi a criação do CNJ. Conforme prevê o art. 103-B, *caput* e incisos, da Constituição da República⁴³², o CNJ é uma

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 78.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 78-79

⁴³² De acordo com o art. 103-B da Constituição da República: “Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X - um membro do Ministério Público da

instituição formada por quinze conselheiros, sendo nove magistrados, dois membros do Ministério Público, dois advogados e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada.⁴³³ Tal órgão tem por finalidade o aprimoramento dos trabalhos desenvolvidos pelo Poder Judiciário, sobretudo no tocante à perspicuidade e à fiscalização processual e administrativa.⁴³⁴

Segundo o Regimento Interno do aludido Conselho, este será composto por cinco órgãos, dentre eles: o Plenário, a Presidência, a Corregedoria Nacional de Justiça, as Comissões e a Secretaria-Geral. O Plenário será formado por quinze conselheiros devidamente empossados. A Presidência será constituída pelo Ministro Presidente do STF. A Corregedoria Nacional de Justiça, por sua vez, será competência do Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Considerada uma instituição que possui natureza jurídica e atribuição exclusivamente administrativa, na medida em que as suas decisões não produzem efeitos de coisa julgada material, o CNJ, conforme estabelece o art. 103-B, § 4º, da Carta Magna⁴³⁵,

União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI -um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.”

⁴³³BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁴³⁴BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sobre o CNJ**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>> sobre-o-cnj>. Acesso em: 29 out. 2013.

⁴³⁵A saber: “Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:[...]§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder

desempenha atividades de cunho administrativo (*stricto sensu*), político, correicional, disciplinar, informativo e, também, de ouvidoria.

O STF, em decisão prolatada na ADI n. 3367⁴³⁶, julgada em 13 de abril de 2005, adotou o entendimento de que o referido Conselho possui atividade meramente administrativa, financeira e disciplinar, não sendo caracterizado, nesse aspecto, como um órgão de controle jurisdicional, o que afrontaria a independência daquele sistema:

[...] Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura.

Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.”

⁴³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3367/DF**, Tribunal Pleno, Relator(a) Min. Cezar Peluso, Julgamento: 13.04.2005, DJ: 17.03.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28amb+cnj+autonomia+judici%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mxazp3m>>. Acesso em: 29 out. 2013.

Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. [...] São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. [...] 4. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. [...].

Contudo, importante observar que, na prática, a atuação do CNJ, por vezes, extrapola sua competência original. Muito embora o STF reitere as atribuições do aludido Conselho preconizadas na Constituição da República, este vem adotando medidas que vão além das atribuições previstas no texto constitucional.

A título meramente ilustrativo, citam-se as decisões do CNJ anulando os acórdãos proferidos pelo Poder Judiciário acerca da titularidade de cartórios no Estado do Maranhão. Sobre o referido fato, a Suprema Corte decidiu em suspender tais decisões, haja vista a ausência de competência jurisdicional do referido Conselho.⁴³⁷

⁴³⁷“Mantida suspensão de decisões do CNJ que anularam acórdãos sobre titularidade de cartórios no MA. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) não tem poderes para exercer a fiscalização de atos de conteúdo jurisdicional, sua competência restringe-se aos âmbitos administrativo, financeiro e disciplinar, relativamente ao Poder Judiciário e seus serviços auxiliares, conforme dispõe a Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004. Esta emenda introduziu no texto da Constituição Federal (CF) o artigo 103-B, parágrafo 4º, que define a competência do Conselho. Com esse entendimento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) manteve, nesta quinta-feira (14), as liminares do ministro Celso de Mello

Do mesmo modo, ocorre com a edição das Resoluções de n.º 115/2010 e n.º 123/2010, referentes à Gestão dos Precatórios, além da Resolução de n.º 80/2009, relativa à Vacância dos Serviços Notariais e de Registro. Ao que tudo indica, tais resoluções estariam usurpando a competência atribuída ao Poder Legislativo, na medida em que não estariam tão somente estabelecendo metas a serem atingidas pelo Poder Judiciário, a partir de uma legislação vigente.

Dessa forma, ainda que o CNJ possua competência meramente administrativa, nota-se que tal instituição vem, em alguns casos, desvirtuando de sua real atribuição, passando a tomar, por vezes, medidas de caráter jurisdicional e legislativo, desafiando o entendimento já consolidado pelo Excelso Pretório.

Assim sendo, como visto, a reforma administrativa e a reforma do Judiciário, viabilizadas por meio das Emendas Constitucionais n.º 19 e n.º 45, impuseram grandes mudanças ao Poder Judiciário, mormente no que concerne à gestão administrativa, com reflexos diretos ao direito de acesso à justiça. O modelo de administração foi sensivelmente alterado, enrijecendo o controle a partir do monitoramento estatístico.

que suspenderam duas decisões do corregedor do CNJ que 'tornou sem efeito' acórdãos do TJ-MA. Essas decisões concederam mandados de segurança às titulares de Cartórios do 2º Ofício Extrajudicial, respectivamente de Barra do Corda e de Balsas, ambos no estado do Maranhão, Iolanda Nepomuceno Silva e Maria do Socorro Ferreira Vieira. Decisão cassada. A decisão foi tomada por unanimidade, no julgamento dos agravos regimentais interpostos pela União contra liminares concedidas pelo ministro Celso de Mello nos Mandados de Segurança (MSs) 28598 e 28611. Tais medidas suspenderam decisões do então corregedor nacional de Justiça, ministro Gilson Dipp, que havia suspenso a eficácia de mandados de segurança emitidos pelo Tribunal de Justiça do estado do Maranhão (TJ-MA), que mantiveram as duas titulares em seus cargos. Elas manterão cautelarmente suas titularidades, enquanto não transitar em julgado a decisão do TJ-MA e, mesmo após o trânsito, se a decisão lhes for favorável. Por enquanto, os acórdãos (decisão colegiada) do TJ-MA estão sendo contestados por meio de Recurso Especial perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de Recurso Extraordinário (RE) no STF." BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Notícias STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=164001>>. Acesso em: 29 out. 2013.

Verifica-se, ainda, relação, mesmo que indireta, entre a mentalidade instaurada na década de 90 do século XX sob a influência do pensamento economicista e as reformas administrativas no poder público, especialmente as do Judiciário. Isso fica evidenciado pelo Documento Técnico n.º 319 do Banco Mundial que, de maneira simbólica, bem representa a visão das instituições financeiras internacionais sobre o Estado brasileiro.

Essa visão das instituições financeiras, que reconhecem que o Estado brasileiro é agigantado, burocrático e caro, interfere, segundo elas, diretamente no mercado. Afirmam que o risco-Brasil é muito alto para investidores exatamente por conta daquelas razões. Sustentam, ademais, que o excesso de independência da base do Judiciário gera insegurança jurídica, haja vista a ausência de padronização nas decisões judiciais. Referem-se, mais especificamente, à garantia de contratos.

Tornou-se importante demonstrar aqui a existência de um fio condutor entre o pensamento de influência econômica e as reformas administrativa e do Judiciário, deflagradas a partir do final dos anos 90. Tudo ocorreu com base na lógica da eficiência, estabelecendo-se a produtividade e a celeridade como parâmetros vinculadores de mensuração de desempenho. Quase tudo no Estado e, também, no Judiciário, seria avaliado a partir desses pressupostos.

Como um mantra, a expressão “choque de gestão” foi reiteradamente utilizada e transformada em sinônimo de medida necessária do bom administrador público. Todo dirigente que quisesse o reconhecimento da opinião pública deveria apresentar sua estratégia para alcançar esse propósito. No Judiciário, a ideia de choque de gestão foi muito atrelada à criação do CNJ, que surgiu carregado de grande expectativa em relação a sua efetiva atuação.

4.5.2 O choque de gestão no Poder Judiciário: a política do Conselho Nacional de Justiça e seus efeitos

O CNJ, especialmente diante da crise do Poder Judiciário, passou a empreender uma série de ações com vistas ao aperfeiçoamento administrativo daquele Poder. Com certeza, a estratégia de medidas que mais interessa no presente estudo foi o estabelecimento de metas de resultado aos agentes do Poder

Judiciário. O referido Conselho segue a linha do modelo europeu (principalmente na França e Itália⁴³⁸) e da América Latina.

Sob o mote propagandístico nominado “Justiça em Números”, o CNJ assumiu metodologia de trabalho calcada na diretriz da eficiência, pretendendo empreender um conjunto de medidas de caráter gerencial voltadas a melhores resultados de produtividade do Poder Judiciário, sobretudo à celeridade nas respostas às demandas judiciais.

Desde a década 60 do século XX, foram implementados diversos órgãos similares, os quais, por um lado, buscavam garantir a independência do Poder Judiciário e, por outro, auxiliar na otimização de recursos na elaboração de orçamentos e exercer a atividade de controle administrativo-funcional.

Cuida-se de órgão administrativo-constitucional que integra o próprio Poder Judiciário, nos termos do art. 103-B, § 4º, da Constituição da República. Paralelamente apresenta composição política e híbrida, capaz, em tese, de ser o interlocutor da sociedade, tendo como finalidade o controle, o planejamento e a garantia da independência do Judiciário.

Com relação às críticas que se possa fazer ao CNJ, o fato é que ele adentrou na realidade dos Tribunais e Foros, não se podendo mais ficar alheio as suas diretrizes. De alguma forma, torna-se necessário entender como ele funciona para que se possa ter compreensão adequada de seu real alcance.

A metodologia central de trabalho do aludido Conselho se baseia no estabelecimento de metas de resultado. Válido conhecer as principais metas fixadas para o exercício de 2013:

Meta 1 – Todos os segmentos de justiça: Julgar mais processos de conhecimento do que os distribuídos em 2013. Meta 2 – Todos os segmentos de justiça: Julgar, até 31/12/2013 pelo menos 80% dos processos distribuídos em 2008 no STJ; 70%, em 2010 na Justiça Militar da União; 50%, em 2008, na Justiça Federal; 50%, em 2010, nos Juizados Especiais Federais e Turmas Recursais Federais; 80%, em 2009, na Justiça do Trabalho; 90%, em 2010, na Justiça Eleitoral; 90%, em 2011, na Justiça

⁴³⁸SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Poder Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Militar dos Estados; e 90%, em 2008, nas Turmas Recursais Estaduais e no 2º Grau da Justiça Estadual. [...] Meta 4 – Justiça Militar Estadual. Implantar o processo judicial eletrônico em 25% das unidades judiciárias. [...] Meta 16 – Todos os segmentos: Fortalecer a unidade de controle interno no Tribunal. Meta 17 – Todos os segmentos: Desenvolver, nacionalmente, sistemas efetivos de licitação e contratos. Meta 18 – Justiça Federal e Estadual e Superior Tribunal de Justiça: Identificar e julgar, até 31/12/2013, as ações de improbidade administrativa e ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública, distribuídas até 31/12/2011. Meta 19 – Justiça Federal, Estadual e Eleitoral: Realização de parcerias entre o Conselho Nacional de Justiça, os Tribunais de Justiça, os Tribunais Federais, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais de Contas, para aperfeiçoamento e alimentação do Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por ato de improbidade administrativa.⁴³⁹

No campo do Direito Penal e Processual Penal, foi desenvolvido um Plano de Gestão para as varas criminais que se apresentou como mecanismo de auxílio ou suporte. Consta do documento:

Quem conhece a realidade das secretarias judiciárias sabe que a burocracia impera no desenvolvimento do serviço forense. Quando se fala, entretanto, nos problemas que emperram o movimento da máquina judiciária, a atenção é voltada apenas para os aspectos formais da estrutura dos órgãos jurisdicionais e do processo judicial, sem, porém, mostrar preocupação maior com a administração da justiça, que é o principal

⁴³⁹BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Metas 2013**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2013>>. Acesso em: 4 nov. 2013.

desafio a ser enfrentado, o que implica, imperiosamente, na elaboração de Plano de Gestão qualificado. A máquina de escrever, o funcionário desqualificado que não conhece o trâmite do processo, que se presta apenas a dar juntada em documentos, não serve mais para trabalhar em cartório ou secretaria judicial. O cargo de juntador de petição e de documentos nos autos, concebido pela práxis cartorária, não se conforta com o sentimento de necessidade de desburocratização do processo. Ao magistrado, por sua vez, cabe, doravante, a assunção de novo perfil, representativo de sua face de gestor e responsável pelo princípio da duração razoável do processo. Este novo estado de coisas implica necessidade de repensar e redefinir as rotinas de trabalho até então adotadas, adequando-as à nova realidade legislativa, que está a exigir a modificação da cultura do Judiciário no enfrentamento da gestão do processo.⁴⁴⁰

Veja-se, pois, que, a partir dessa nova perspectiva, há um novo olhar sobre a administração da justiça. A lógica gerencial se torna prevalente, vendo-se o magistrado como o “gerente” da unidade jurisdicional, que deverá adotar um perfil de gestor no melhor estilo executivo de empresa. Passa-se a exigir do juiz que, para além de suas funções jurisdicionais, atue de modo a gerir sua unidade, controlando e administrando procedimentos, a fim de prestar, periodicamente, contas ao CNJ.

Do magistrado exige-se cada vez mais o perfil de atuação do juiz eficiente. Essa é a principal diretriz. A eficiência passa a ser o parâmetro vinculador ético de atuação do magistrado e de todos os funcionários e serventuários da Justiça. O trabalho é analisado predominantemente pelo aspecto quantitativo e

⁴⁴⁰BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Plano de Gestão para o Funcionamento de Varas Criminais e de Execução**. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/criminal/plano-gestao-varas-criminais-cnj.pdf>. Acesso em: 30 out. 2013.

estatístico, de maneira a exigir cada vez mais produtividade e celeridade.

No âmbito da gestão, destaca-se o método de atuação administrativa chamado “planejamento estratégico”, instrumento de administração já muito conhecido dos administradores de empresas. O padrão de atuação que serve de modelo é o do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, como bem destaca o Juiz Luiz de Mello Serra:

MISSÃO DO PODER JUDICIÁRIO: Resolver os conflitos de interesses que lhe sejam levados pela população, garantindo as liberdades, assegurando os direitos e promovendo a paz social. VISÃO DO PODER JUDICIÁRIO: Entregar a prestação jurisdicional em tempo adequando à natureza dos conflitos propostos, obtendo o reconhecimento da sociedade sobre a contribuição do Judiciário para o exercício democrático da cidadania e o desenvolvimento harmonioso de todos os segmentos sociais. POLÍTICA DE QUALIDADE DO PODER JUDICIÁRIO: Desenvolver continuamente as melhores práticas de gestão, para que os órgãos de prestação jurisdicional e as unidades administrativas que lhe dão apoio atendam à missão e à visão estabelecidas para o Poder Judiciário. TECNOLOGIAS DE GESTÃO DA PRODUÇÃO: Gestão do Tempo, do Valor, da Qualidade.⁴⁴¹

O modo de atuar se pauta por diretrizes pré-definidas e padronizadas para toda a estrutura do Judiciário. Os comandos vêm do órgão central, qual seja, o CNJ, e a base administrativa e jurisdicional segue, ou deve seguir, suas orientações. A avaliação, de regra, é feita pela via da estatística quantitativa.

⁴⁴¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Gestão do Conhecimento como Instrumento de Modernização do Poder Judiciário Fluminense**. 2005. Disponível em: <www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=de96414d>. Acesso em: 30 out. 2013.

Trabalha-se de acordo com esquemas ou diagramas de ciclos de atividade que partem de objetivos, tais como: a) mapeamento dos processos produtivos; b) análise dos tempos e das filas da produção, os gargalos; c) componentes (entidades) de atividades; e d) relacionamento entre as entidades (oficial de justiça, por exemplo).⁴⁴²

Como gestor do processo de produção de decisões judiciais e soluções para os conflitos judicializados, o magistrado, no padrão “gestor de qualidade”, deve dispor de algumas virtudes ou habilidades, imprescindíveis para o alcance do resultado eficiente que exige o CNJ. Confira-se o perfil exigido:

- a) comportamento pró-qualidade; b) sentimento de equipe com funções específicas; c) conhecer a função de cada uma das entidades; d) eliminar o retrabalho e a conferência; e) treinar cada membro com as funções do grupo (justiça); f) motivar os membros; g) avaliação do desempenho; h) melhoria contínua.⁴⁴³

Esse perfil de juiz gestor vai se consolidando a partir dessa nova lógica de administração eficiente da Justiça. Nesse formato, o agir-judicante passa a ser forjado por um padrão de comportamento caracterizado pela objetividade. Surge na perspectiva de ações que geram reações. Veja-se:

- a) Caminhar, ouvir, perguntar – Juiz Curioso. Acompanhar o desempenho. Aferir produtividade (quantitativa e qualitativa – autos com muitos volumes, etc. Não os fazer de vítimas de nós mesmos). Sistematizar os procedimentos (escritos ou orais. O modo oral implica em maior confiança). Estratégia

⁴⁴²BRASIL. Conselho da Justiça Federal. SANTO, Paulo André do Espírito; VITOVSKY, Vladimir Santos. **Curso de formação inicial de juízes federais substitutos**: o programa da 2ª Região. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/JustEduc/article/viewFile/1628/1654>>. Acesso em: 30 out. 2013.

⁴⁴³BRASIL. Conselho da Justiça Federal. SANTO, Paulo André do Espírito; VITOVSKY, Vladimir Santos. **Curso de formação inicial de juízes federais substitutos**: o programa da 2ª Região. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/JustEduc/article/viewFile/1628/1654>>. Acesso em: 30 out. 2013.

e prioridades; b) Liberdade do servidor, exposição de sua função. Empoderamento do Chefe de Secretaria; c) Otimizar os despachos e decisões (decisões cheias – Pegar Cópia). Feedback. O ouvir sobre alterações antes e depois. Habilidade na gestão de pessoas.⁴⁴⁴

O trabalho do magistrado seria o de antecipar o problema, gerenciar as questões e evitar a perda de tempo. O método a ser utilizado seria o de descrever o problema, suas possíveis causas e não somente os efeitos. Além disso, busca a compreensão coletiva das opções e definir prazos para resolução, com avaliação de resultados.

No campo da gestão de pessoas, o juiz gestor também deve exercer papel fundamental. De regra, pensa-se que tais resultados e metas a serem atingidos necessitam de rigor e exigências severas em face dos serventuários. Os exemplos administrativos mostram que o medo e a violência, muitas vezes simbólica⁴⁴⁵, melhoram, aparentemente, o contexto da produtividade em curto prazo. Contudo, esse tipo de procedimento não desenvolve o sentimento de pertencimento ao projeto coletivo. Até porque, na maioria das vezes, acredita-se ser insignificante explicar quais as funções e objetivos que se buscam.

O papel da tecnologia nesse processo de controle e avaliação da estrutura judiciária é estratégico. A produtividade, o tempo despendido, tudo é controlado e monitorado por meio de recursos tecnológicos e informatizados que traduzem em números e estatísticas o trabalho realizado em cada unidade jurisdicional.

Sabe-se que os servidores apresentam níveis de produtividade diferentes uns dos outros, e a busca de nivelamento depende de variáveis. Por exemplo: a escala de férias dos servidores repercute imensamente na produção. Um servidor responsável pelos acusados presos em férias implica a

⁴⁴⁴BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Metas 2013**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2013>>.

Acesso em: 4 nov. 2013.

⁴⁴⁵BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

transferência de sua carga laboral e isso pode repercutir nas audiências. Por tais motivos, a pauta de audiências precisa levar em consideração essas questões.

De regra, não são todos os servidores que conhecem os trâmites processuais. Normalmente, quem possui maior conhecimento nesta área é o Escrivão ou Chefe de Secretaria. Alguns, porém, não compreendem por completo o trâmite adotado pelo gestor da unidade jurisdicional e, portanto, não valorizam e não se veem implicados no processo produtivo. Dessa forma, torna-se fundamental compartilhar as informações de modo a fazer com que toda a equipe de trabalho tenha conhecimento de todos os procedimentos adotados, bem como o seu alcance.

Como se pôde perceber, o choque de gestão pretendido para o Poder Judiciário é algo complexo e vai muito além da lógica matematizada que se importa de searas do saber como a administração de empresas ou a Economia. Contudo, para que se possa analisar criticamente todo esse fenômeno de mudança de procedimentos no Poder Judiciário, a partir da nova diretriz gerencial que foi dada pelo próprio constituinte, torna-se importante conhecer objetivamente o programa “Justiça em Números”, do CNJ.

Veja-se, pois, o Relatório da Pesquisa Justiça em Números 2013⁴⁴⁶, divulgado em 15 de outubro de 2013, pelo referido Conselho, e que bem demonstra em estatísticas o funcionamento da máquina judiciária brasileira, detalhada por área de atuação.

O aludido relatório é o instrumento utilizado pelo CNJ para estabelecer diagnósticos e pautar sua ação em relação ao funcionamento do Poder Judiciário. Como consta do próprio sítio eletrônico da entidade:

Os dados constantes do Relatório Justiça em Números são a principal fonte estatística que o Conselho Nacional de Justiça utiliza para sua atuação nacional. As informações sistematizadas e analisadas possibilitam um conhecimento amplo do Judiciário, capaz de fomentar medidas de integração, redução das disparidades regionais, bem como

⁴⁴⁶BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em número 2013: ano-base 2012**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2013.

considerações sobre as especificidades de cada ramo de justiça.

O perfil de cada tribunal é apresentado a partir dos dados sobre orçamento, recursos humanos, litigiosidade, congestionamento e produtividade, fornecidos pelos próprios tribunais. Este processo de mensuração do desempenho do Poder Judiciário, além de revelar as particularidades administrativas e institucionais dos tribunais e propiciar dados concretos para a formulação e o planejamento das políticas judiciárias, fornece à sociedade um retrato sólido da estrutura judicial no Brasil. O objetivo do CNJ é que os dados sejam referência para a criação de uma cultura de planejamento e gestão estratégica.⁴⁴⁷

A partir da análise do referido relatório, pode-se constatar que o Judiciário brasileiro cresceu aproximadamente 10,6% no período dos últimos quatro anos e alcançou a 92,2 milhões de ações em tramitação em 2012. Não obstante a melhoria da produtividade de magistrados e servidores, ainda se observa o aumento no número de processos, tendo-se, por consequência, o acréscimo de 8,4% no número de casos novos em 2012 e de 14,8% no quadriênio.⁴⁴⁸

O estudo aponta, ainda, que o estoque de casos pendentes de julgamento no início de 2012 era de 64 milhões de processos e, que, somados aos 28,2 milhões de casos que ingressaram ao longo do ano, chega-se ao total mencionado de

⁴⁴⁷ *Idem.*

⁴⁴⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em número 2013:** ano-base 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2013. Considera-se, ademais, a análise feita pelo Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público: BRASIL. Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito. **Pesquisa:** Justiça em números 2013: Despesa de 57,2 bi: 17.077 juizes: 390 mil funcionários: Estoque de mais de 90 milhões de processos: Índice de produtividade. Disponível em: <<http://www.altosestudios.com.br/?p=51893>>. Acesso em: 30 out. 2013.

92,2 milhões de processos em tramitação em 2012, ou seja, um patamar 4,3% maior que o do ano anterior.⁴⁴⁹

Os processos solucionados também avançaram. Houve significativa baixa no número de processos, sentenças e decisões proferidas, alcançando-se patamares semelhantes à demanda. Em 2012, o número de processos finalizados cresceu 7,5%, o equivalente a 27,8 milhões de processos, enquanto o número de sentenças ou decisões proferidas foi 4,7% maior, ou seja, o equivalente a 24,7 milhões.⁴⁵⁰

Mesmo assim, o relatório demonstra que o crescimento de novos casos desde 2009 (14,8%) supera o de processos baixados (10%) e de sentenças (4,7%). Assim, a partir dessa relação de desequilíbrio, o estoque de casos pendentes cresce anualmente, tendo-se constatado aumento de 2,6% em 2012 e de 8,9% no quadriênio.⁴⁵¹

A Conselheira e Presidente da Comissão Permanente de Gestão Estratégica, Estatística e Orçamento do CNJ, Ministra Maria Cristina Peduzzi, responsável pelo aludido estudo, explica que o levantamento feito pelo relatório “Justiça em Números” desempenha papel fundamental para a melhoria da prestação jurisdicional no País, afirmando que

Traçar um retrato da Justiça que compreenda suas arrecadações e despesas, a alocação da sua força de trabalho, o volume e as movimentações processuais em cada segmento é, em primeiro lugar, uma forma de cumprir com o dever de transparência e de publicidade que cabe a todos os poderes estatais e permite a responsabilização e o controle social.⁴⁵²

⁴⁴⁹BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em número 2013:** ano-base 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2013.

⁴⁵⁰*Idem.*

⁴⁵¹*Idem.*

⁴⁵²BRASIL. Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito. **Pesquisa:** Justiça em números 2013: Despesa de 57,2 bi: 17.077 juizes: 390 mil funcionários: Estoque de mais de 90 milhões de processos: Índice de produtividade. Disponível em: <<http://www.altosestudios.com.br/?p=51893>>. Acesso em: 30 out. 2013.

A taxa de congestionamento, que representa o instrumento que mede em percentuais o volume de processos em tramitação que não foram baixados durante o ano, apresentou leve queda de um ponto percentual e ficou em 69,9%, ou seja, de 100 processos que tramitaram, apenas 30 foram baixados no período. O patamar é semelhante ao registrado em 2009. No quadriênio, essa taxa cresceu 0,2 pontos percentuais.⁴⁵³

No exercício de 2012, para cada 100 processos novos que entraram, 98,5 dos que tramitavam foram baixados e, em 2011, essa relação era de 99,4 para cada 100. A diferença entre os processos que são baixados e os novos é o que se acumula no Judiciário ano a ano. No quadriênio, a queda no índice de baixados por caso novo foi de 4,3 pontos percentuais.⁴⁵⁴

A cada ano, os magistrados julgam mais processos. De acordo com o relatório, cada magistrado decidiu em média, em 2012, 1.450 sentenças, o que representa aumento de 1,4% em relação ao ano anterior. É o terceiro ano consecutivo em que o índice registra crescimento. Também foi maior o número de processos baixados por magistrado, sendo 1.628 processos ou 4,1% de aumento em relação a 2011.⁴⁵⁵

No que diz respeito às execuções fiscais, o referido relatório detalha o seu impacto sobre os principais indicadores do Poder Judiciário. De acordo com o estudo, 29,2 milhões de processos dessa natureza tramitam no Poder Judiciário, o que representa 32% de todos os processos em tramitação.⁴⁵⁶

Esse volume corresponde a 40% do estoque de processos pendentes e apenas 13% dos casos novos de 2012. A conclusão do estudo é que a principal dificuldade consiste na liquidação do estoque existente, que cresce ano após ano. Na execução fiscal,

⁴⁵³BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Relatório do Conselho Nacional de Justiça: Justiça em Números. Ano 2013. p. 298 e ss. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>.

Acesso em: 29 out. 2013.

⁴⁵⁴*Idem*.

⁴⁵⁵*Idem*.

⁴⁵⁶*Ibidem*, p. 395 e ss.

a taxa de congestionamento é de 89%, ou seja, de cada 100, apenas 11 são baixados ao longo do ano.⁴⁵⁷

Simulando o impacto que teria a retirada de todos os processos de execução fiscal sobre os principais indicadores do Poder Judiciário, o resultado é que a taxa de congestionamento, mensurada em 69,9% no ano de 2012, cairia para 60,9%. O percentual de processos baixados também sofreria melhora significativa e ultrapassaria os 100%, patamar mínimo para se evitar o acúmulo de processos. O número de processos em trâmite cairia de 92,2 milhões para 63 milhões.⁴⁵⁸

O relatório “Justiça em Números” demonstra, ainda, um panorama sobre a Justiça Estadual, que vale ser lida:

Proporcionalmente, as despesas cresceram de forma mais acentuada que os recursos humanos e a litigiosidade. Enquanto os gastos subiram 24,7% entre 2009 e 2012, a força de trabalho cresceu 14,8% e a quantidade de magistrados, 5,7%. Em relação à litigiosidade, houve 13,1% de incremento dos casos novos, com 5,8% de baixados e redução de 2,5% no quantitativo de sentenças proferidas. Em linhas gerais, mesmo com o aumento na estrutura dos tribunais de Justiça em termos de recursos humanos e materiais, os tribunais não conseguiram sentenciar e baixar, proporcionalmente, nos mesmos patamares dos recursos recebidos. Observa-se que o principal aumento dos gastos é relativo às despesas com recursos humanos, que cresceram no período algo em torno de R\$ 5,4 bilhões e que correspondem a 88% do orçamento total da Justiça Estadual. Proporcionalmente, as despesas cresceram de forma mais acentuada que os recursos humanos e a litigiosidade. Enquanto os gastos subiram 24,7% entre 2009 e 2012, a força de trabalho cresceu 14,8% e a quantidade de magistrados, 5,7%. Em relação à litigiosidade, houve 13,1% de

⁴⁵⁷ *Idem.*

⁴⁵⁸ *Idem.*

incremento dos casos novos, com 5,8% de baixados e redução de 2,5% no quantitativo de sentenças proferidas. Em linhas gerais, mesmo com o aumento na estrutura dos tribunais de Justiça em termos de recursos humanos e materiais, os tribunais não conseguiram sentenciar e baixar, proporcionalmente, nos mesmos patamares dos recursos recebidos. Observa-se que o principal aumento dos gastos é relativo às despesas com recursos humanos, que cresceram no período algo em torno de R\$ 5,4 bilhões e que correspondem a 88% do orçamento total da Justiça Estadual. A taxa de congestionamento tem-se mantido relativamente constante. Após pequeno aumento em 2010, caiu de 74,3% para 73,3% em 2012. A redução da taxa ocorreu de forma mais acentuada no segundo grau, que a reduziu em 5 p.p. Já no primeiro grau, houve redução em menos de 1 p.p. e aumento de quase 3 p.p. nos Juizados Especiais. A Justiça Estadual vem diminuindo todos os anos a proporção de processos baixados ante os casos novos, chegando, em 2012, ao patamar de 96,2%. Isso significa que 3,8% dos processos que deram entrada em 2012 irão colaborar para o aumento de casos pendentes para o próximo ano. Observa-se que esse resultado foi ocasionado pelo primeiro grau e pelos Juizados Especiais. No segundo grau e nas Turmas Recursais, a avaliação é positiva, visto que o índice de baixados por caso novo está subindo. A produtividade, mensurada pela média de sentenças por magistrado, caiu quase 8% e alcançou o patamar de 1.423, equivalente a uma média de 120 sentenças proferidas a menos por magistrado.⁴⁵⁹

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 81.

Pelo que se percebe, a Justiça Estadual ainda representa um pesado custo para as despesas gerais do Poder Judiciário. Trata-se de parte da máquina judiciária que possui muita capilaridade e que mais se aproxima das questões cotidianas do cidadão. Viu-se que as despesas aumentaram e que sua produtividade ainda é um objetivo a ser alcançado em longo prazo.

Nesse sentido, cumpre também trazer a avaliação feita pelo CNJ a respeito do desempenho do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Os dados são reveladores. Confira-se:

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC) sempre apresentou variações positivas com relação à despesa total, sendo que, em 2012, este aumento foi de 5,4%. Dessa forma, a despesa total cresceu 21,1% no último quadriênio, com destaque para a despesa de recursos humanos que teve alta de 38,5%. Na contramão, encontra-se a despesa com bens e serviços que diminuiu 45% nos últimos quatro anos. O aumento no total da força de trabalho em 2012 (15,5%) deve-se ao aumento do número de servidores efetivos (7,4%), requisitados (392,5%) e também da força de trabalho auxiliar (24,3%). Já o quantitativo de magistrados diminuiu 1,8% em 2012 com destaque para os de primeiro grau, com queda de 2,1%, e os dos Juizados Especiais, com redução de 2,7%. A carga de trabalho por magistrado aumentou 11,2% no último quadriênio, com destaque para as Turmas Recursais (16,2%) e o primeiro grau (19,4%). No último ano, o número de sentenças por magistrado aumentou 7,6%, e o quantitativo de processos baixados por magistrado apresentou pequena alta (1,2%). Com relação à taxa de congestionamento, percebe-se sutil aumento de 1,6 p.p. em 2012 sobrepondo-se à queda de também 1,6 p.p. em 2011. Dessa forma, a taxa de congestionamento no ano de 2012 apresentou o mesmo percentual de 2010: 72,4%. Destaca-se a alta taxa dos processos

de execução de título extrajudicial fiscal, 88,5%.⁴⁶⁰

O que se constata é que a Justiça Estadual Catarinense trabalhou de modo sobrecarregado, com número limitado de magistrados especialmente em primeiro grau de jurisdição e, ainda assim, conseguiu alcançar um desempenho significativo, o que destaca o trabalho do Judiciário Catarinense em termos de produtividade em nível nacional.

No panorama geral do desempenho do Poder Judiciário, os números apresentados pelo relatório auxiliam a compreender o que de fato representa a máquina judiciária para a República em termos de custos. Não por acaso, o Banco Mundial, por meio do já mencionado Documento Técnico n.º 319 na década de 90, já apontava para o grande volume de investimentos que seriam necessários para aperfeiçoar o funcionamento do Poder Judiciário.

O relatório do CNJ apresenta a seguinte conclusão no tocante ao panorama geral do Poder Judiciário:

O total gasto pelo Poder Judiciário foi de aproximadamente R\$ 57,2 bilhões, com crescimento de 7,2% em relação ao ano de 2012. Essa despesa é equivalente a 1,3% do produto interno bruto (PIB) nacional, 3,2% do total gasto pela União, pelos estados e pelos municípios no ano de 2012 e a R\$ 300,48 por habitante. A despesa da Justiça Estadual é a maior de todas e representa aproximadamente 55% de todo o gasto do Poder Judiciário. A segunda maior despesa é a da Justiça do Trabalho (21% do Poder Judiciário), seguida pela despesa da Justiça Federal (13% do total). Cabe destacar que o aumento de 26% das despesas no quadriênio está influenciado pela inclusão no Relatório Justiça em Números, somente a partir de 2011, dos dados informados pelos tribunais superiores (STJ, TSE, STM), pela Justiça Eleitoral e pela Justiça Militar Estadual. A maior parte do gasto é com recursos humanos (R\$ 50,75 bilhões), que

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 73.

representam aproximadamente 88,7% da despesa total. Vale ressaltar que, apesar de esses valores aumentarem gradativamente desde o ano de 2009, foram inferiores ao crescimento da despesa total. O percentual da despesa com recursos humanos tem diminuído, e passou de 90,8% em 2009 para 88,7% em 2012. A Justiça do Trabalho e a Justiça Federal apresentaram os maiores percentuais gastos com recursos humanos, 92% e 91%, respectivamente, enquanto a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar os menores, 82% e 83%. A principal causa do crescimento de 6,2% da despesa com recursos humanos entre os anos de 2011 e 2012 foi o aumento de 3,2% no número de magistrados e de 6,3% de servidores nesse período, alcançando, em 2012, quantitativos de 17.077 magistrados e 390.338 servidores, sendo 268.909 (69%) servidores efetivos, requisitados e comissionados e 121.039 (31%) trabalhadores da força de trabalho auxiliar (terceirizados, estagiários, juízes leigos e conciliadores). Foram gastos com informatização R\$ 2,6 bilhões, sendo que, apesar de esse valor equivaler a apenas 4,5% de todas as despesas da Justiça, ele tem, a cada ano, ocupado mais espaço no orçamento total, com crescimento de 33,9% no último ano. [...] O total de processos em tramitação no Poder Judiciário aumenta gradativamente desde o ano de 2009, quando era de 83,4 milhões de processos, até atingir a tramitação de 92,2 milhões de processos em 2012, sendo que, destes, 28,2 milhões (31%) são casos novos e 64 milhões (69%) estavam pendentes de anos anteriores. Por outro lado, houve crescimento do total de processos baixados, atingindo-se 27,8 milhões de processos no último ano. Em mais um ano, o número de processos baixados foi inferior ao de casos novos. Isso aponta para uma tendência de que o estoque aumente para o ano de 2013. Em termos relativos, os casos novos são os que mais

cresceram, com aumento de 8,4% no ano, enquanto os baixados tiveram incremento de 7,5% e as sentenças em 4,7%. O maior gargalo do judiciário apresenta-se na liquidação do estoque, visto que, inobstante os tribunais terem sentenciado e baixado quantidade de processos em patamares semelhantes ao ingresso de casos novos, o quantitativo de processos pendentes tem se ampliado em função dos aumentos graduais da demanda pelo Poder Judiciário.⁴⁶¹

Conclui-se, de modo geral, a partir da análise do próprio Ministro Presidente do STF e do CNJ, que há manifesto excesso de litigância no País. Tal afirmação foi feita no dia 15 de outubro de 2013, na solenidade de lançamento do Relatório “Justiça em Números”.⁴⁶²

A partir dos números globais de 92 milhões de processos em tramitação em 2012, e sendo que destes, 28 milhões eram relativos a casos novos, o Ministro Presidente constatou não somente um excesso de litigância, mas também a ampliação do acesso à justiça, gerada, principalmente, pela atuação dos 12 mil juizados especiais, destinados a buscar soluções mais céleres e menos formais. Nessas unidades, 11 milhões de processos tramitaram em 2012.⁴⁶³

O Ministro Joaquim Barbosa afirmou, outrossim, que:

Algumas etapas iniciais da discussão sobre o acesso à Justiça no Brasil foram vencidas. Hoje, a idealização e implementação de soluções mais informais e céleres, como os juizados especiais, por exemplo, são realidade e já avançam para uma análise crítica de sua efetividade. Há, de forma aproximada, 12 mil unidades judiciárias (juizados especiais) instaladas no Brasil. Essa estrutura ampliada pode ser parte da

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 298.

⁴⁶² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Notícias CNJ**. 2013. Artigo desenvolvido por Jorge Vasconcelos. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 16 out. 2013.

⁴⁶³ *Idem*.

explicação sobre o crescente acesso à Justiça.⁴⁶⁴

O Ministro ainda chamou a atenção ao fato de que o Judiciário não tem conseguido atender à crescente demanda de ações, mesmo tendo registrado, entre 2011 e 2012, aumento de despesas de 7,2% e elevação de 34% nos gastos com informática, e aumento no período do número de magistrados ao patamar de 3,2%.⁴⁶⁵

A respeito, o Ministro Joaquim Barbosa explica:

De toda sorte, todos esses recursos não foram suficientes para garantir uma resposta aos 92 milhões de processos que tramitaram em 2012. A taxa de congestionamento do Poder Judiciário foi de 70% no último ano. Embora a quantidade de processos baixados tenha aumentado nos últimos anos, o esforço produtivo ainda não foi suficiente em face do volume de casos novos.⁴⁶⁶

O presidente do CNJ enalteceu, contudo, que a crescente litigância no País não é problema somente do Poder Judiciário:

Nesse processo, responsabilidades precisam ser compartilhadas. A resolução dos processos no tempo certo e na qualidade esperada é dever constitucional. Por outro lado, a crescente litigância é fenômeno mais complexo que envolve os demais Poderes da República, os indivíduos, a sociedade e o mercado.⁴⁶⁷

Para Joaquim Barbosa, a estatística fornecida pelos estudos do CNJ tão somente oferecem o início para a discussão ampla sobre o acesso à justiça no País. Defende ele que o Judiciário, além de eficiente, também precisa ser sustentável, independente e igualitário.⁴⁶⁸

⁴⁶⁴ *Idem.*

⁴⁶⁵ *Idem.*

⁴⁶⁶ *Idem.*

⁴⁶⁷ *Idem.*

⁴⁶⁸ *Idem.*

Também se torna válida a avaliação do relatório do CNJ feita pelos Presidentes dos Tribunais que melhor se classificaram no item produtividade trazendo suas experiências e medidas adotadas para o alcance do êxito no desempenho de suas Cortes.

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), Desembargador Marcelo Bandeira Pereira, afirmou que o ambiente favorável e colaborativo de trabalho foi fundamental para o bom desempenho administrativo. O referido tribunal foi um dos que alcançaram resultado máximo de produtividade nesse levantamento realizado pelo CNJ.⁴⁶⁹

Nesse norte, o referido desembargador afirmou:

no Rio Grande do Sul, temos um mapa estratégico que gerencia 64 projetos, dos quais 24 já foram concluídos e se tornaram rotinas de trabalho. Em relação às práticas de gestão, não há prática boa sem um ambiente propício. E estamos praticando esse ambiente – que vem da iniciativa privada – de governança corporativa.⁴⁷⁰

De acordo com o Relatório, os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), Rio de Janeiro (TJRJ), Mato Grosso do Sul (TJMS), Acre (TJAC) e Amapá (TJAP) obtiveram 100% de produtividade, segundo o Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus).⁴⁷¹

A Desembargadora Leila Ribeiro, Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, apontou algumas práticas que estão contribuindo para os bons resultados de gestão. Segundo a Presidente, foram padronizadas atribuições, cargos, processos foram mapeados, tudo voltado para a simplificação do trabalho. O aludido Tribunal possui um quadro de 601 rotinas administrativas e as unidades jurisdicionais e administrativas são certificadas pelo ISO 9001.

A Desembargadora apontou como fatores de sucesso o estabelecimento de um plano diretor de gestão, desenvolvido em

⁴⁶⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Notícias CNJ**. 2013. Artigo desenvolvido por Regina Bandeira e Waleiska Fernanda. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 16 out. 2013.

⁴⁷⁰ *Idem*.

⁴⁷¹ *Idem*.

2012, o direcionamento dos trabalhos na efetividade jurisdicional, a valorização de magistrados e servidores, bem como o fortalecimento em tecnologia da informação.⁴⁷²

O Desembargador Roberto Barros, Presidente do Tribunal de Justiça do Acre, mencionou a digitalização dos processos e o reforço na chamada segunda fase da revolução tecnológica, como um dos principais méritos do Tribunal. Afirmou, ademais, que as funções essenciais precisam ser virtualizadas e tramitarem de modo padronizado. Dessa forma, entende o Desembargador que a taxa de congestionamento vai ficando cada vez menor, esperando para o ano cerca de 35%.⁴⁷³

O uso da tecnologia também foi ressaltada pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Amapá, Douglas Evangelista, que enalteceu a dificuldade que atravessa aquele Tribunal por não dispor de acesso à internet. Esclarece que o trabalho de virtualização, assim, torna-se muito trabalhoso e dispendioso.⁴⁷⁴

A Justiça Federal também aparece como destaque no Relatório “Justiça em Números” do CNJ. A Presidente do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 2ª Região, Desembargadora Maria Doralice Novaes, e o Presidente do Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região, Desembargador Francisco Wildo Lacerda, apresentaram as estratégias utilizadas para obter resultados exitosos em suas gestões.⁴⁷⁵

Em 2008, o TRT da 2ª Região, localizado no Estado de São Paulo, estabeleceu metas para o primeiro e o segundo grau, no intuito de reduzir os índices de congestionamento e aumentar a produtividade do Tribunal. Entre outras medidas, foi feita a redistribuição de processos, readequação de estrutura física, reaparelhamento do Tribunal, criação de novas estações de trabalho e incentivo ao cumprimento das metas nacionais. Como resultado, em três anos, foi possível reduzir o número de processos congestionados no segundo grau de 88 mil para 27 mil.⁴⁷⁶

O Desembargador Francisco Wildo Lacerda apontou como prática exitosa do TRF da 5ª Região a implantação do Processo

⁴⁷² *Idem.*

⁴⁷³ *Idem.*

⁴⁷⁴ *Idem.*

⁴⁷⁵ *Idem.*

⁴⁷⁶ *Idem.*

Judicial Eletrônico, implementado no Tribunal ainda em 2010, mas com aperfeiçoamento gradativo até hoje, garantindo celeridade aos processos. Lacerda destacou o esforço do Tribunal na interiorização da Justiça Federal, como medida para desafogar as varas da Capital e facilitar o acesso à justiça pelos mais necessitados que residam distantes dos grandes centros.⁴⁷⁷

Como se pode observar, o Poder Judiciário, atualmente, pode ser traduzido em números estatísticos. O CNJ foi criado e incumbido com a missão de realizar o controle administrativo da estrutura daquele Poder e avaliar e aperfeiçoar seus números de produtividade.

A partir dos números esposados, pode-se concluir que, mesmo o Poder Judiciário tendo aumentado o valor de suas despesas em relação a sua estrutura, os resultados de produtividade não necessariamente acompanharam os investimentos. Claro que inúmeras variáveis e fatores interferem para a ocorrência deste fenômeno e, diga-se de passagem, não se pode achar que essa relação será sempre direta e efetiva.

Além disso, não se deve comparar uma unidade jurisdicional a uma unidade administrativa de uma fábrica, ainda que queiram alguns economistas ou administradores de empresa. A atividade judicante possui peculiaridades e a missão constitucional outorgada aos magistrados é complexa e dificilmente poderia ser aferida apenas por critérios estatísticos e quantitativos.

Aumentaram o número de juízes, os gastos com informática, com pessoal, e a demanda ainda assim não foi solucionada a contento. A tendência, inclusive, é que a demanda aumente com o crescimento da estrutura. É da essência da atividade, quanto mais estrutura, mais justiça será demandada pelos jurisdicionados, que tenderão a judicializar todas as questões que não encontrarem soluções por outros métodos. Por isso, também a importância da mediação de conflitos.

É claro que o controle e o monitoramento estatístico do Judiciário são importantes e podem ser utilizados como parâmetro relevante para a administração da Justiça. Contudo, o que preocupa é este método passar a ser utilizado como uma lógica absoluta ou prevalente.

⁴⁷⁷ *Idem.*

O projeto “Justiça em Números” do CNJ, ressaltando os avanços e méritos da iniciativa, tem seguido muito por essa lógica efficientista, que possui relação direta com a visão advinda do movimento da análise econômica do Direito. Para o repensar de uma justiça efetiva, é claro que aspectos econômicos tem de ser levados em consideração.

No entanto, deve-se compreender o fenômeno do acesso à justiça como algo mais complexo que não se resolverá apenas com medidas que partam de um olhar matematizado e calado na eficiência. A efetividade deve ser buscada a partir de um critério próprio, sem se confundir com a eficiência que, como visto, apresentam-se como categorias diferentes. O desafio da efetividade no acesso à justiça será alvo de avaliação específica no capítulo seguinte.

5 MAXIMIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: da “Tragédia do Acesso” à possibilidade de um processo democrático e efetivo

O acesso à justiça, em sua concepção clássica, teve grande importância no sentido de erigir o direito de acesso à justiça a uma garantia fundamental para o Estado de Direito. Em termos de alcance, foi pensado num acesso ao Judiciário para todos, sobretudo para aqueles que não possuem recursos. A gratuidade do acesso seria, como visto, arcada pelo Estado.

A partir da década de 90 do século XX, a par da forte propagação das ideias liberais no mundo, a teoria econômica passou a exercer grande influência sobre a política e sobre o Direito. O Estado brasileiro passou, em grande medida, a ser guiado por uma lógica de administração calcada nas teses de eficiência e produtividade, própria da visão gerencial. Não por acaso se falou tanto em “choque de gestão” para a máquina pública.

A Teoria da Análise Econômica do Direito foi crescendo em aceitação no País, e a diretriz de análise custo-benefício passou a ser adotada, inclusive, para uma sofisticação do modelo de acesso à justiça. A reforma do Judiciário apresenta com clareza a mudança de direção no tocante ao acesso a esse Poder, implementando um programa de atuação baseado no controle de custos e monitoramento estatístico de produtividade.

Refere-se ao programa “Justiça em Números”, implementado pelo CNJ e que mudou a forma de enxergar o funcionamento do Judiciário. A partir dos diagnósticos estabelecidos por meio da análise estatística e quantitativa, o referido Conselho fixa metas de resultado e, indiretamente, pauta os investimentos de custeio do Judiciário, interferindo diretamente no alcance do acesso à justiça aos cidadãos.

O modelo tradicional de acesso à justiça, seja em sua versão clássica, seja em sua versão atual baseada no modelo gerencial e de eficiência, ainda se mostra precário e insuficiente para dar conta de toda a demanda de ações judiciais. Em outras palavras, entende-se que tal protótipo ainda não alcançou, apesar dos significativos avanços, efetividade em nível razoável. Isso porque há evidente saturação da capacidade de resposta do Judiciário.

Há uma parcela da demanda judicial, e que representa muito em termos de volume, de ações propostas com perfil frívolo. Entende-se e defende-se como questão central a partir deste estudo, que nesses casos, de baixa probabilidade de êxito em demandas, há flagrante abuso de direito de ação.

Uma proposta de superação do problema passa por certo por uma releitura de categorias do processo civil, especialmente da gratuidade e da própria teoria do processo, sobretudo a teoria da ação, entendida como Direito Público, subjetivo, abstrato. Por razões históricas, a superação do concretismo em favor da noção abstrata de ação prevaleceu. A partir dessa releitura, procurar-se-á averiguar se há abuso de direito de ação em hipóteses de demandas com pouca probabilidade de sucesso.

5.1 O AMBIENTE DE ESCASSEZ DE RECURSOS E OS LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO: a teoria da “Tragédia dos Comuns” como “Tragédia do Acesso à Justiça”

Inicialmente é preciso reconhecer que os recursos financeiros são escassos e, por conta disso, torna-se razoável uma possível análise da relação custo-benefício, no que diz respeito às demandas judiciais em face do seu alcance social. A previsão orçamentária de gastos do Poder Judiciário é limitada e se torna imprescindível pensar em soluções ao acesso à justiça com o “parque instalado” existente.

Nos últimos anos, houve aumento do ingresso de demandas judiciais, e o modelo atual de acesso à justiça oferece poucos filtros para um possível controle de base. Isso tem gerado grande acúmulo de processos, demora da resolução dos casos, além do consumo de boa parte dos recursos públicos do Estado. A cada exercício, o orçamento para custeio e investimentos só aumenta.

A questão da escassez de recursos pode ser pensada por meio da teoria da Tragédia dos Comuns. Tal teoria nos oferece uma linha de raciocínio em relação ao ambiente de escassez e suas implicações que podem auxiliar na compreensão de limitação de recursos financeiros no Poder Judiciário, frente à grande demanda de ações judiciais, tendo em vista a tentativa de viabilização do direito de acesso à justiça.

A Tragédia dos Comuns – também chamada de Tragédia dos Bens comuns – ⁴⁷⁸ originou-seno final da Segunda Guerra Mundial, como um ramo da matemática aplicada.⁴⁷⁹ O conceito foi estendido e popularizado por Garrett Hardin no ensaio *The Tragedy of the Commons*, publicado, em 1968, na revista científica *Science*.⁴⁸⁰ O termo utilizado era *Tragedy of the Commons* (*commons* no sentido de “público”). O sentido clássico da palavra tragédia diz respeito à impossibilidade de, uma vez em movimento, alterar-se o curso dos acontecimentos. Nas tragédias gregas, o fim terrível é antevisto, mas nada pode ser feito para evitá-lo.

Tal teoria foi indicada originariamente por William Forster Lloyd, ao analisar a posse comunal da terra em aldeias medievais. O conceito parte do impasse criado pelo conflito entre interesses individuais e o uso/exploração de bens comuns ou públicos. Isto implica dizer que, sem limitações, a tendência individual é aumentar a demanda – já que sem custos internalizados –, gerando a “superexploração” do recurso comum, não raro, implicando sua extinção ou inutilidade.

Hardin, por sua vez, demonstrou o problema por meio da parábola de um grupo de pastores que tinham seus animais numa terra pública. Cada pastor pensava em adicionar um animal a seu rebanho com o seguinte raciocínio: um animal extra proporcionaria bom lucro adicional e, no geral, a pastagem diminuiria somente um pouco, então parece perfeitamente lógico aos pastores colocarem um animal extra. A tragédia ocorre quando todos os outros pensam da mesma maneira. Quando todos adicionam um animal, a terra se torna superpopulosa e, em breve, não sobrarão nenhum pasto.⁴⁸¹

Nesse sentido, Ost esclarece que

O mito fundador desta corrente de pensamento foi escrito em 1968 por G. Hardin: verdadeiro vínculo comum da argumentação neoliberal, ele é conhecido

⁴⁷⁸ OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1997. p.149.

⁴⁷⁹ NEUMANN, John Von. POUNDSTONE, William. **Prisoner's dilemma, game theory and the puzzle of the bomb**. Anchor Books, 1992.

⁴⁸⁰ HARDIN, Garrett. *The tragedy of the commons*. **Science**, v. 162, n. 3859, 13 dez.1968.

⁴⁸¹ *Len Fisher*. Publisher, Basic Books, 2008.

sob o nome 'tragédia dos comuns'.⁴⁸² Imaginemos, explica Hardin, uma pradaria aberta a todos. É de esperar que cada pastor procure criar o máximo de animais possíveis neste prado. Não há qualquer problema, desde que o seu número não prejudique as capacidades de regeneração do recurso em erva. Chega-se, no entanto, a um ponto em que esta começa a rarear. Cada pastor dá-se conta disso e começa a preocupar-se. Mas, individualmente, ele não pode modificar essa situação. Pelo contrário, enquanto 'pastor racional' ele tem todo o interesse em aumentar o número de cabeças de gado que conduz ao pasto: em qualquer hipótese, o seu benefício é superior à fração de desvantagem que suporta, por causa da deterioração crescente do recurso coletivo. Entramos, assim, na lógica infernal da tragédia dos bens comuns: cada um vê-se encerrado num sistema que o leva a aumentar a sua manada ilimitadamente, num contexto de recursos limitados. E depressa se impõem a conclusão: a liberdade dos bens comuns conduz à ruína de todos.⁴⁸³

A utilidade de cada animal adicional possui um componente tanto positivo, quanto negativo. O positivo seria o fato de o pastor receber todo o lucro sobre cada animal adicional. O negativo encontra-se consubstanciado no fato de a pastagem ser ligeiramente degradada por cada animal adicional.⁴⁸⁴

Hardin chama a atenção para problemas que não podem ser solucionados por meios técnicos, isto é, distintos daqueles com soluções que exigem "somente uma mudança nas técnicas das ciências naturais exigindo pouca ou nenhuma mudança nos valores humanos ou ideias de moralidade". Hardin argumenta que esta classe de problemas inclui muitos daqueles levantados

⁴⁸²HARDIN, Garret; BADEN, John (Eds.). *Managing the Commons*. São Francisco: W. H. Freeman, 1977.

⁴⁸³OST, *op. cit.*, p. 149.

⁴⁸⁴*Ibidem*, p. 29.

pelo crescimento da população humana e o uso dos recursos naturais da Terra.⁴⁸⁵

Para exemplificar o que seria "sem soluções técnicas", Hardin menciona os limites colocados na disponibilidade de energia – e recursos materiais – na Terra, e também as consequências desses limites para a "qualidade de vida". Para maximizar a população, precisa-se minimizar o consumo de recursos em tudo o que for além da simples sobrevivência e vice-versa. Consequentemente, conclui que não há solução técnica previsível para o incremento da população humana e seu nível de vida num planeta finito.⁴⁸⁶

Registra-se que a divisão destes custos e benefícios é desigual: o pastor individual ganha todas as vantagens, mas as desvantagens são compartilhadas entre todos os pastores que usam a pastagem. Portanto, para um pastor individual que considere a questão, o curso de ação racional é acrescentar um animal extra. Todavia, visto que todos os pastores poderiam chegar à mesma conclusão racional, a superexploração e a degradação é o destino de longo prazo da pastagem.⁴⁸⁷

Não obstante, a resposta racional para um indivíduo continua a mesma em cada ponto, porquanto o ganho é sempre maior para cada pastor do que a quota individual do custo distribuído. Aqui, o custo da superexploração é um exemplo de externalidade. Tendo em vista que a sequência de eventos segue previsivelmente o comportamento dos indivíduos envolvidos, Hardin descreve-o como uma tragédia: "o impiedoso funcionamento das coisas" – no sentido descrito por Alfred Whitehead.⁴⁸⁸

Algo que bem define a tese da tragédia dos comuns é o fato de que os benefícios individuais são conquistados a partir de um custo coletivo. Ost esclarece:

E os nossos autores invocam o apoio de Aristóteles: 'O que é comum ao maior número de indivíduos constitui objeto de menor cuidado. O homem tem maiores cuidados com o que lhe é próprio e tende a

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 26.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 35.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 26.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 17.

negligenciar o que lhe é comum.’ Tradução econômica contemporânea: ‘Quando as vantagens são privatizadas e os custos socializados, pouco incentivo há para a preservação dos recursos existentes.’ Numa tal situação, tudo se passa como se a racionalidade impelisse cada uma a adotar o comportamento do ‘passageiro clandestino (free-rider), que procura maximizar o seu interesse à conta de outrem.’⁴⁸⁹

Ao longo do seu ensaio, Hardin desenvolve o tema apontando os principais bens comuns contemporâneos, tais como a atmosfera, os oceanos, os rios, as populações de peixes, os parques nacionais, a publicidade e, até mesmo, os parquímetros. O exemplo das populações de peixes levou alguns a denominarem o conceito de “tragédia dos pescadores”. O grande tema que percorre todo o ensaio é o crescimento da população humana, com os recursos da terra sendo bens comuns - visto que diz respeito ao acréscimo de “animais” extras, está mais próximo de sua analogia original.⁴⁹⁰

O ensaio também expressa soluções potenciais de administração de problemas, envolvendo bens comuns, incluindo: privatização, poluidor-pagador e regulamentação. Prosseguindo com sua analogia original da pastagem, Hardin categoriza-a como o “cercamento” efetivo dos bens comuns e observa uma progressão histórica do uso de todos os recursos como bens comuns – acesso não regulamentado para todos –, destinados aos sistemas nos quais os bens comuns são “cercados” e sujeitos a métodos diferentes de uso regulamentado – acesso proibido ou controlado.

Hardin argumenta contra a confiança na consciência como um meio de policiar os bens comuns, sugerindo que isso favorece indivíduos egoístas e não aqueles de grande previdência. O autor considera, ainda, dois remédios para travar o mecanismo da tragédia dos bens comuns: a apropriação privada da pastagem comum ou a sua gestão por um serviço de administração política.⁴⁹¹

⁴⁸⁹OST, *op. cit.*, p. 149-152

⁴⁹⁰HARDIN, *op. cit.*, p. 29-30.

⁴⁹¹*Idem.*

Com o intuito de evitar a superexploração dos recursos comuns, Hardin conclui que "a liberdade é o reconhecimento da necessidade."⁴⁹² O autor sugere que a "liberdade", se interpretada estritamente como a liberdade de alguém fazer o que bem lhe aprouver, completa a tragédia dos comuns. Quando se reconhece que os recursos naturais são bens comuns e, que, como tais, precisam ser administrados, Hardin acredita que "poderemos preservar e promover outras liberdades mais preciosas."⁴⁹³

Além do seu tema principal – uso de recursos –, o ensaio é interessante – ao menos nos círculos científicos modernos – por lidar explicitamente com questões de moralidade, e fazê-lo em uma das principais revistas científicas do mundo, *Science*. O subtítulo para o ensaio é *The population problem has no technical solution; it requires a fundamental extension in morality* (O problema da população não tem solução técnica: ele exige uma ampliação fundamental da moralidade).⁴⁹⁴

A tragédia dos comuns é uma versão coletiva de um problema básico da chamada teoria dos jogos: o dilema dos prisioneiros, que foi formulado e estudado na década de 50 do século passado por matemáticos de Princeton, a mesma Universidade de Einstein, Von Neumann e Nash.⁴⁹⁵

O exemplo é o seguinte: dois criminosos são presos por um delito leve, como roubar uma carteira. Entretanto, a polícia desconfia que também estejam envolvidos em um assassinato. Logo, são colocados em celas separadas. Cada um recebe a oferta de uma pena reduzida se denunciar o companheiro. O melhor para os dois é ficar quieto, porém, como não sabem, nem têm controle sobre o que o outro vai fazer, acabam se traindo. O resultado é o pior possível, uma pena alta para ambos.⁴⁹⁶

É uma situação em que interesses individuais colocam em risco o interesse coletivo. Jogos com exploração de recursos coletivos quase sempre conduzem à tragédia dos comuns. Considerando a teoria da Tragédia dos Comuns como uma

⁴⁹² *Ibidem*, p. 35.

⁴⁹³ *Idem*.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 1243-1248.

⁴⁹⁵ NEUMANN; POUDSTONE, *op. cit.*

⁴⁹⁶ BECKER, L.A. **Qual é o jogo do processo?** Porto Alegre: Fabris, 2012. p. 19 e ss.

espécie de Dilema dos Prisioneiros com grande número de participantes, tem-se: neste jogo, a deserção de cada jogador em particular – que é sua estratégia dominante – afeta muito pouco a coletividade, porém é extremamente vantajoso para aquele. O problema é que todos os jogadores pensam da mesma forma, achando que sua deserção tem pouco significado, e, assim, todos tendem a desertar.⁴⁹⁷

Como se pode perceber, a teoria da tragédia dos comuns lança luz sobre a questão da escassez de recursos. Desenvolve um raciocínio que bem demonstra que, diante do conflito de interesses individuais, em relação ao uso de alguma coisa comum, por superexploração de recurso comum, ou seja, por excesso, todos podem sair perdendo. Por meio dessa teoria, percebe-se que os interesses individuais, pautados pelo excesso e pela falta de critério em relação à exploração de um, podem acarretar prejuízo ao interesse coletivo.

Usando de recurso metafórico, pode-se dizer que o abuso de direito de ação, especialmente em casos de litigância de baixa probabilidade de êxito e no caso de demandas repetitivas, poderia acarretar uma tragédia do acesso à justiça. Para atender interesses individuais ou de pequenos grupos, pode-se acarretar prejuízo à coletividade em grandes proporções.

Os recursos públicos investidos no Poder Judiciário são limitados e finitos. O excesso de demandas judiciais impróprias em relação à forma de propositura acarretam um volume que não pode ser assimilado pela estrutura do Judiciário, o que gera lentidão e inefetividade. Toda a coletividade acaba sendo prejudicada pelas ações individuais ou de pequenos grupos que não podem ser filtradas pelo sistema. Por consequência, prejudica-se o acesso à justiça, e inviabiliza-se sua concretização plena.

5.2 ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA E SUAS VERTENTES: releitura da visão tradicional do litígio

As disputas judiciais são resolvidas por meio de vários estágios de um processo sequencial de tomada de decisão, no qual as partes têm informação limitada e agem de acordo com seu próprio interesse.

⁴⁹⁷HARDIN, *op. cit.*

As regras processuais são o conjunto de leis que dizem respeito a métodos, procedimentos e práticas usadas na litigância e, por tal razão, afetam o comportamento das partes. Posner entende que o objetivo de tais regras seria minimizar os custos dos erros judiciais e dos demais custos diretos, ou seja, atingir a eficiência. Esta seria alcançada quando determinado arranjo fosse obtido de forma a gastar a menor quantidade de recursos possível.

Com relação às regras processuais, haveria determinado arranjo eficiente que, alternado com incentivos privados, elevaria o nível de litigância. Tal arranjo, em teoria, minimizaria os custos sociais envolvidos e permitiria que a decisão judicial fosse a melhor possível, proferida dentro de um tempo razoável.⁴⁹⁸

Wambier afirma que o Direito se constitui, em certo sentido, num “[...] conjunto de regras, de normas, de dispositivos regulatórios” e que “existem vários critérios pelos quais se podem agrupar tais regras.”⁴⁹⁹ Uma das formas de classificar as normas jurídicas consiste em dividi-las em dois grandes grupos: regras materiais (*substantive laws*) e regras processuais (*procedural laws*).

[...] o que leva um determinado indivíduo a levar a sua questão em tribunal é sempre o resultado de uma avaliação mais ou menos informada e cautelosa de custos e benefícios inerentes a essa decisão.⁵⁰⁰

A litigância, do ponto de vista econômico, resume-se a um jogo, cuja solução é afetada não somente pelas estratégias e informações das partes envolvidas, mas também por suas regras. Parte-se do ponto de vista da teoria estatística da decisão, baseada não apenas em probabilidades, mas em consequências econômicas, utilizando-se o critério do valor esperado, o qual considera tanto as probabilidades associadas

⁴⁹⁸ POSNER, Richard. A. **Overcoming law Cambridge**. Massachusetts: Harvard University Press, 1995.

⁴⁹⁹ WAMBIER, Luiz R. (Coord.). **Curso avançado de processo civil**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. I.

⁵⁰⁰ PATRÍCIO, Miguel C. T. **Análise econômica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005. p.14.

aos possíveis eventos, como as consequências econômicas para todas as combinações dos diversos atos e eventos.⁵⁰¹

O termo *litigation* está relacionado ao caminho percorrido por um processo judicial, desde a ocorrência do fato danoso até a resolução da questão. Spiers⁵⁰² afirma que a litigância se refere ao processo de levar um argumento a uma Corte de Justiça na qual uma decisão será tomada. Cooter e Rubinfeld⁵⁰³, ao estabelecerem a cronologia de uma disputa judicial, elencam quatro estágios:

- 1) ocorrência de um evento danoso (o número de ações judiciais irá aumentar (diminuir) se eventos como acidentes, quebras de contratos, invasões de propriedade, ocorrerem com mais (menos) frequência);
- 2) decisão de iniciar ou não a disputa;
- 3) o estabelecimento de um jogo de barganha (*bargaining game*) entre as partes;
- 4) o julgamento da disputa.

Shavel⁵⁰⁴, por outro lado, divide a litigância em apenas três estágios: 1) ajuizamento; 2) acordo; e 3) julgamento.

Assim, apesar das diferenças existentes entre os sistemas judiciais dos diversos países, em geral uma demanda é composta pelas seguintes fases: a) formação; b) resposta; c) conciliação; d) instrução; e) julgamento; f) recurso; g) julgamento final; h) liquidação de sentença; i) execução; e j) arquivamento.

A fase de formação é caracterizada quando o indivíduo, que entende ter tido algum direito seu violado, postula formalmente na Justiça um determinado pedido. Tal etapa se faz

⁵⁰¹ POSNER, Richard A. *Overcoming law Cambridge*, *op. cit.*

⁵⁰² SPIERS, Kathryn E. *Litigation*. In: POLINSKY, Mitchell A.; SHAVELL, Steven (Eds.). *The handbook of Law & Economics*. San Francisco: North Holland, 2007.v. 1, p.1.

⁵⁰³ COOTER, Robert D.; RUBINFELD, Daniel L. *Economic analysis of legal disputes and their resolution*. *Journal of Economic Literature*, Pittsburgh: American Economic Association, v. 27, n. 3, p. 1067-1097, sep. 1989. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2726775>>. Acesso em: 30 out. 2013.

⁵⁰⁴ SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

por meio de uma petição ou queixa, na qual o requerente relata os fatos ocorridos e fundamenta a razão pela qual faz jus em ver o seu pedido atendido. O juiz então verificará se foram cumpridas as formalidades exigidas e, em caso positivo, dará ciência ao réu do pedido do agora autor.

Decidir entre o ajuizamento ou não de um processo judicial, entre o recurso ou o acordo diante de uma sentença desfavorável, significa, em última análise, sopesar prós e contras e ponderar riscos e probabilidades contra os possíveis resultados finais. Certamente, cada indivíduo toma suas decisões conforme as informações de que dispõe, com a influência de suas convicções e de sua personalidade.

Por conseguinte, frente à mesma situação, diferentes indivíduos podem (ou não) tomar decisões distintas. Segundo Rachlinski⁵⁰⁵, toda ação judicial é uma aposta, sendo que os litigantes fazem suas escolhas avaliando a relação entre sua riqueza e o que está em jogo no processo.

Ocorre que a litigância, de alguma forma, orienta-se, como explica Patrício, por critérios de racionalidade e que são comuns a outras áreas do saber. O desafio é compreender quais critérios são escolhidos e como isso ocorre na ação comportamental. A análise de fenômenos em massa, no que diz respeito aos aspectos comportamentais, sempre terá de levar em consideração, é claro, uma margem considerável de erro.⁵⁰⁶

Posner, no segundo capítulo, explicou que há estreita relação entre o behaviorismo, enquanto tese comportamentalista, e a Economia, o que facilitaria a compreensão dos estímulos dos litigantes para atuarem em juízo. Não por acaso, o autor afirma que “a perspectiva econômica é totalmente – e fecundamente – behaviorista”⁵⁰⁷. Posner trabalha com o perfil do homem econômico e maximizador de suas potencialidades. Assim, este não se deixaria levar apenas por interesses pecuniários, mas sim

⁵⁰⁵RACHLINSKI, J. J. *Gains, losses, and the psychology of litigation*. **Southern California Law Review**, California, v. 70, n. 1, p. 113-185.1996.

⁵⁰⁶PATRÍCIO, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁰⁷POSNER, Richard. A. **Problemas de filosofia do direito**, *op. cit.*, p. 512-513.

por estímulos econômicos a partir da lógica de análise custo-benefício.⁵⁰⁸

A abordagem behaviorista do Direito defende, especialmente a partir de Posner, que as ações comportamentais são, de regra, movidas pelo raciocínio de avaliação de custos e benefícios em relação ao resultado almejado. No âmbito do processo judicial, isso ficaria evidenciado, pois o jogo de litigância é todo estabelecido no esquema vantagem-prejuízo, ainda que se leve em consideração a avaliação de conteúdo moral em alguns casos.

A ponderação custo-benefício, segundo Patrício, é inata à lógica racional de qualquer sujeito, o que pode ser aferido em decisões econômicas individuais e, de alguma forma, também em decisões coletivas. Tal exercício mental de ponderação nem sempre ocorre de maneira consciente, e os elementos nos quais se baseia, de regra, não são claros. Há influência de elementos internos e externos nesse raciocínio ponderativo.⁵⁰⁹

No âmbito processual, essa ponderação assume papel preponderante para as decisões tomadas desde o ingresso da ação até o seu julgamento. Conforme Patrício, a ponderação se desenvolve a partir de duas vertentes. A primeira seria a vertente da micro análise, “realizada por cada um dos intervenientes processuais (v.g., juízes, funcionários judiciais, advogados, litigantes); e a segunda, a vertente da macro análise ou análise das decisões aptas a produzir resultados socialmente benéficos.⁵¹⁰

Segundo o autor, as duas vertentes são complementares, até porque, como é evidente, a primeira das análises não tem por finalidade uma escolha socialmente satisfatória, uma vez que voltada à maximização dos resultados individuais. Já a segunda tem como objetivo essencial a escolha desejável à luz do ótimo social.

Entretanto, mesmo que se considere que os jogadores do processo atuam sem fazerem necessariamente uma avaliação sobre as consequências negativas de seus atos à coletividade, não se pode dizer que os comportamentos tipicamente

⁵⁰⁸ *Idem.*

⁵⁰⁹ PATRÍCIO, *op. cit.*, p. 13.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p.14-15.

individuais não possam produzir resultados que sejam benéficos socialmente.⁵¹¹

A ponderação custo-benefício pode ser compreendida a partir de características essenciais apontadas por Patrício. Veja-se:

Enumeração de um conjunto de objetivos a cumprir; Identificação da larga gama de opções que podem satisfazer esses mesmos objetivos; Utilização do método analítico e sistemático para a avaliação das implicações inerentes às opções disponíveis; Numa dupla perspectiva, dilucidação do modo e dos termos em que se produzem os denominados *trade-offs* entre as diversas opções (a um nível individual, e colectivo por agregação); Encorajamento da procura de eventuais externalidades associadas à opção, existindo uma avaliação do peso específico das mesmas; Ponderação dos custos e benefícios distendidos no tempo, considerados numa decisão actual; Prossecução dos objectivos delineados tendo em vista a diminuição dos custos inerentes. Outras características apontadas são: Utilização, dado o grau de flexibilidade, em ponderações que envolvem informação ou recursos reduzidos ou, pelo contrário, demasiado extensos para poderem ser devidamente tidos em conta através de qualquer outro método; Ponderação, com algum grau de fiabilidade, dos custos ou benefícios ainda não inteiramente conhecidos ou disponibilizados; Análise não exclusivamente centrada no interesse pessoal, podendo assim acautelar outros interesses, nomeadamente de ordem social; Ponderação da normal multidimensionalidade das situações; Encorajamento de uma análise distanciada o que não significa que seja ('verdadeira'), despida de valorações puramente subjectivas; Associação da decisão, ao nível

⁵¹¹ *Idem.*

da escolha social, à melhor opção disponível – presumindo-se que esta é a que globalmente melhormente serve os interesses da sociedade.⁵¹²

Poderá ficar mais clara a ponderação partindo-se de um exemplo prático. Analisando uma ação judicial que tenha por objetivo a cobrança de uma dívida já vencida, observa-se que a probabilidade do litigante em não receber nada e ainda ter de arcar com os honorários de sucumbência, na hipótese de derrota, além dos custos totais de tramitação da demanda, é muito maior do que haver a sua obrigação reconhecida. Diante disso, conforme a teoria econômica tradicional, uma minoria estaria predisposta a ingressar em juízo e assumir o risco em não obter êxito em uma decisão final.⁵¹³

Em uma situação hipotética, Tenenblat explica que a probabilidade do credor obter uma decisão final a favor dos seus interesses é de tão somente 20%, enquanto a probabilidade em não receber absolutamente nada e ainda ter de arcar com os honorários sucumbenciais à parte contrária é de 80%.⁵¹⁴ Confira-se:

Consideremos uma ação judicial objetivando a cobrança de certa dívida vencida de R\$ 10.000,00. A suposição é de que a probabilidade de o credor sair vencedor da demanda e receber o que lhe é devido – ou seja, obter uma decisão final que reconheça a existência da obrigação e ter sucesso na execução – é de 20%. Por fim, suponhamos, também, que os custos totais de tramitação do processo (não reembolsáveis) são de R\$ 800,00 e que o autor terá de pagar R\$ 2.000,00 a seu advogado (por contrato), caso ganhe a ação, ou R\$ 1.000,00 de honorários

⁵¹² *Ibidem*, p. 15-16.

⁵¹³ TENENBLAT, Fábio. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça. **Revista CEJ**, Brasília, ano XV, n. 52, p. 23-35. 2011. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1487>>. Acesso em: 21 out. 2013.

⁵¹⁴ *Idem*.

de sucumbência à parte contrária, na hipótese de sair derrotado.

Vejam os valores esperados (V_e) de cada uma das opções do credor. Caso decida não ajuizar a ação, o credor nada receberá e tampouco terá ônus algum, ou seja, o valor esperado desta decisão é, obviamente, zero. Já na hipótese de ajuizar a ação, o agente arcará com R\$ 800,00 de custos, tendo: 20% de probabilidade de receber R\$ 8.000,00 líquido (= R\$ 10.000,00 menos R\$ 2.000,00 devidos ao advogado); 80% de probabilidade de não receber nada e ainda ser obrigado a pagar à parte contrária R\$ 1.000,00 de honorários de sucumbência.

O valor esperado é, portanto: $V_e = 20\% \times R\$ 8.000,00 + 80\% \times (- R\$ 1.000,00) - R\$ 800,00$. $V_e = R\$ 1.600,00 - R\$ 800,00 - R\$ 800,00 = \text{zero}$.

Diante deste quadro, conclui-se que somente os agentes propensos ao risco – uma minoria, segundo a teoria econômica tradicional – decidiriam pelo ajuizamento da ação. Já para agentes neutros em relação ao risco, seria indiferente ajuizar ou não a ação, ao passo que, para os avessos ao risco, a decisão seria não ingressar em juízo.⁵¹⁵

O autor sustenta que as “ações judiciais acarretam riscos de prejuízo para autores e réus, especialmente diante de eventual decisão final contrária a seus interesses.”⁵¹⁶ Por outro lado, Tenenblat salienta que não havendo possibilidade alguma de prejuízo, ou seja, retirando os custos de tramitação da demanda e os honorários sucumbenciais, a probabilidade daquele indivíduo considerado avesso ao risco em optar pelo ajuizamento da ação seria muito maior.⁵¹⁷

Nesse sentido, leciona o referido autor:

Observemos o que ocorre quando, mantendo os demais parâmetros, retiramos da simulação acima mencionada os custos de

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 27.

⁵¹⁶ *Idem*.

⁵¹⁷ *Idem*.

tramitação do processo e os honorários de sucumbência. O valor esperado de não ajuizar a ação permaneceria zero, ao passo que a opção pelo ajuizamento acarretaria: 20% de probabilidade de receber R\$ 8.000,00 líquido (= R\$ 10.000,00 menos R\$ 2.000,00 devidos ao advogado). 80% de probabilidade de não receber nem pagar nada. O valor esperado da decisão de ajuizar a ação passa a ser, portanto: $Ve = 20\% \times R\$ 8.000,00 + 80\% \times (\text{zero}) - \text{zero} = R\$ 1.600,00$.

Considerando-se somente o valor esperado positivo (maior do que o zero de não ajuizar), pode-se afirmar que todos os indivíduos com propensão ao risco ou neutros em relação a ele decidiriam pelo ajuizamento da ação. Já para se inferir a decisão de um indivíduo avesso ao risco seria necessário, em princípio, observar sua curva de utilidade. Na situação em análise, entretanto, tal observação é desnecessária, pois não há risco algum.

Com efeito, a decisão de ajuizar a ação traz somente dois resultados possíveis: ganhar (20%) ou deixar de ganhar (80%) [...].⁵¹⁸

Diante disso, o indivíduo, em qualquer circunstância, levará sempre em consideração a relação custo *versus* benefício na hora em que for tomar alguma decisão, optando, conseqüentemente, pela hipótese que lhe ofereça maior vantagem. Nas causas judiciais, isso não seria diferente.⁵¹⁹

A análise custo-benefício pode ser potencializada por meio da articulação com a teoria dos jogos, o que permite antecipar comportamento e expectativas que, de outra maneira, talvez permanecessem desconhecidos. Patrício entende que são teorias complementares e que se apresentam como fundamentais para a compreensão da litigância processual.⁵²⁰

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 28.

⁵¹⁹ *Idem*.

⁵²⁰ PATRÍCIO, *op. cit.*, p. 20.

A utilização da teoria dos jogos justifica-se por se tratar de uma ideia que permite com que os indivíduos-jogadores maximizem suas utilidades. Imagina-se que os jogadores atuem, de regra, de maneira racional. As escolhas e decisões são feitas a partir de avaliações subjetivas que são executadas pelo jogador em consideração as suas necessidades e objetivos.⁵²¹

De modo geral, os jogos são habitualmente representados por duas formas diferentes que, de certo modo, representam a distinção realizada entre jogos com informação perfeita e jogos com informação imperfeita, ou, melhor dizendo, entre jogos com jogadas feitas de forma sequencial ou com jogadas feitas de forma simultânea. Nesse último caso, o método é menos rigoroso, pois tais jogadas podem ser realizadas com ou sem conhecimento das estratégias de outros jogadores.⁵²²

Os jogos de informação perfeita se desenvolvem com maior simplicidade. Os jogadores atuam a partir de suas estratégias lineares e de seus adversários, sendo facilmente observadas por um dos modos de representação de jogos, como por exemplo, os jogos em árvore, que se baseiam num conjunto de nós ou pontos interligados entre si de forma sequencial e que delinea o sentido da estratégia.⁵²³

Nesse caso, é possível compreender como é que um jogador pondera e decide pelas ações mais vantajosas. Sabe-se que esta ponderação racional individual nem sempre conduz ao êxito, dado que os outros jogadores podem atuar de modo distinto do previsto, fazendo avaliações não coincidentes. Mesmo assim, trata-se de um dos tipos de representação mais frequentemente utilizados, mormente para jogos sequenciais, dado que permite verificar o posicionamento cronológico das ações dos diversos jogadores.⁵²⁴

A ponderação a partir da perspectiva de jogos se dá com dois ou mais jogadores e passa pela análise de condicionantes do comportamento dos jogadores, quais sejam:

O ponto de partida terá que ser a ponderação dos jogos com 2 ou mais jogadores. Entendem-se como

⁵²¹ *Idem.*

⁵²² *Ibidem*, p. 21.

⁵²³ *Ibidem*, p. 21-22.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 35.

condicionantes ao comportamento de jogadores os seguintes catorze factores: 1) jogador(es) com ou sem informação perfeita; 2) jogo com ou sem assimetria informativa; 3) jogo com ou sem repetição; 4) jogadores com ou sem aversão ao risco; 5) jogadores com ou sem capacidade de aprendizagem⁵²⁵; 6) jogo com ou sem admissão de jogadas fortuitas; 7) jogo com ou sem incerteza prévia; 8) jogadores com ou sem estratégia de coligação; 9) jogo com ou sem cooperação de jogadores; 10) jogo com ou sem *bluff*; 11) jogo com ou sem *soma zero*; 12) jogo com jogadas em sequência ou em simultâneo; 13) jogo com ou sem comunicação entre jogadores; 14) jogo com ou sem discriminação.⁵²⁶

Essas condicionantes/variáveis, de maneira combinada ou não, determinam, em certa medida, o retorno ótimo rumo à resolução do jogo. A partir de então, os equilíbrios que se tem proposto são, por exemplo, o equilíbrio de *Nash*, o *subgame perfect*, o *equilíbrio divino*, o *maximin* ou o *minimax*, ou o equilíbrio da *evolutionary stable strategy*.⁵²⁷

A relação entre a teoria dos jogos com a dinâmica litigante se desenvolve em atenção a alguns pontos determinados por Patrício:

Alguns pontos são de destacar no que diz respeito à ligação da *teoria dos jogos* com os fenômenos de litigância. Assim, nomeadamente, dar-se-á destaque às seguintes questões: 1) o nível de informação das partes sobre o jogo e sobre os participantes (com apoio no modelo de P'ng, 1983), 2) as estratégias adotadas pelos jogadores (puras, mistas, cumulativas ou correlativas), 3) os jogos dinâmicos com informação simétrica (perfeição dos subjogos

⁵²⁵Sobre alguns problemas levantados de aprendizagem, veja-se. RABIN, Matthew. *Psychology and economics*. **Journal of Economic Literature**, v. 36, n. 1, p. 11-46.1998.

⁵²⁶PATRÍCIO, *op. cit.*, p. 36-37.

⁵²⁷*Ibidem*, p. 37.

e jogos finita e infinitamente repetidos), 4) os jogos dinâmicos com assimetria informativa, e 5) alguns fatores presentes em jogos com assimetria informativa (risco moral, seleção adversa, sinalização e blindagem de informação).⁵²⁸

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

O que se percebe é a ausência de se estabelecer um critério por parte do Poder Judiciário para que se possa minimamente filtrar o ingresso de ações no sistema, tendo em vista o custo-benefício para o Estado. Assim como o ingressante faz a sua avaliação de custo-benefício de ingressar ou não com a ação, o Judiciário também deveria fazê-lo a partir de um critério objetivo, bem como dispor de instrumental de controle de base que pudesse conter o excesso e o abuso no ajuizamento de demandas de baixa probabilidade de êxito.

5.3 O EXCESSO DE LITIGÂNCIA E O “INAUTÊNTICO”: o abuso de direito de ação em análise

A atual situação de inefetividade do Poder Judiciário, especialmente no que diz respeito à celeridade nas respostas às demandas judiciais, dá-se, entre outras razões, pelo imenso acúmulo de ações judiciais que não podem ser assimiladas por aquele sistema. Esse ponto específico do excesso de ações judiciais para uma estrutura limitada, no tocante a recursos financeiros e humanos, deve ser analisado por um viés não

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 37-38.

convencional, no sentido de compreender que uma avaliação de cunho econômico, do tipo custo-benefício, pode, ao contrário do que eventualmente se pense, ampliar o acesso à justiça por meio da efetividade dos serviços judiciários.

É preciso reconhecer que há manifesta abusividade na propositura de uma parcela das demandas judiciais. Em um primeiro olhar, pode até parecer contraditório defender-se ampliação de acesso à justiça por meio de uma limitação administrativa de ingresso de ações judiciais. Entretanto, a contradição é só aparente. Basta que se veja a questão a partir de um ângulo diferente⁵²⁹ para se compreender que o acesso ilimitado ao Poder Judiciário acarreta, em verdade, um

⁵²⁹Segundo Zizek: “A definição padrão de paralaxe é: o deslocamento aparente de um objeto (mudança de sua posição em relação ao fundo) causado pela mudança do ponto de observação que permite nova linha de visão. É claro que o viés filosófico a ser acrescentado é que a diferença observada não é simplesmente ‘subjéctiva’, em razão do fato de que o mesmo objeto que existe ‘lá fora’ é visto a partir de duas posturas ou pontos de vista diferentes. Mais do que isso, como diria Hegel, sujeito e objeto são inerentemente ‘mediados’, de modo que uma mudança ‘ontológica’ do próprio objeto. Ou, para usar o lacanês, o olhar do sujeito é sempre – já inscrito no objeto percebido em si, sob o disfarce de seu ‘ponto cego’, que está ‘no objeto mais que o objeto em si’, ponto do qual o próprio objeto devolve o olhar. Com certeza a imagem está no meu olho, mas eu, eu também estou na imagem’: a primeira parte afirmativa de Lacan designa a subjetivação, a dependência da realidade para com a sua constituição subjéctiva; enquanto a segunda parte traz um complemento materialista e reinscreve o sujeito em sua própria imagem sob o disfarce de uma mancha (o cisco objetivizado em seu olhar). O materialismo não é afirmação direta de minha inclusão na realidade objetiva (tal afirmação pressupõem que minha posição de enunciação é do observador externo capaz de perceber a realidade como um todo); ele reside, antes, na torção reflexiva por meio da qual eu mesmo me incluo na imagem constituída por mim; é esse curto-circuito reflexivo, essa duplicação necessária de mim mesmo ao mesmo tempo fora e dentro de minha imagem, que dá testemunho de minha ‘existência matéria’. O materialismo significa, que a realidade que vejo nunca é ‘inteira’ – não porque grande parte dela me escapa, mas porque ela contém uma mancha, um ponto obscuro, que indica minha inclusão nela”. ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 32.

“inautêntico acesso”, pois o simples fato de poder ingressar com uma demanda não é garantia de acesso pleno.

Há um gigantesco número de ações judiciais que são propostas, bem sabem os requerentes, com baixíssima ou quase nula chance de obterem êxito. São ações judiciais que tratam de questões já reiteradamente decididas, manejadas por ações individuais quando deveriam e poderiam ser manejadas em ações coletivas, ações propostas com vícios processuais já conhecidos e rechaçados pelo Judiciário, etc. Existe um nítido abuso do direito de ação nesses casos, mas infelizmente os magistrados não dispõem de mecanismo efetivo de controle de ingresso dessas demandas.

O que há de novo nesse caso é que o direito de ação deve se submeter a uma análise custo-benefício, a partir da lógica da eficiência, bem vista a partir de Posner. Contudo, deve comportar visão voltada à efetividade administrativa que leva também em consideração a mensuração qualitativa, e não somente a avaliação meramente quantitativa própria do pensamento economicista, visando à concretude de direitos fundamentais.⁵³⁰

Há, pois, visível desequilíbrio no acesso à justiça quando se pensa nas reais necessidades da população. Pessoas que muito precisam de provimento judicial para sobreviver, como no caso do fornecimento de tratamento de saúde, mas que levam anos para obterem uma resposta, e outros tantos que, mesmo sem perspectiva de ganho, ajuízam, sem critério, ações judiciais e abarrotam os escaninhos judiciários. Para Tenenblat, “quando se observa, com mais profundidade o conteúdo de boa parte das ações em andamento, percebe-se que o problema reside na

⁵³⁰Com Martins Neto: “Muito embora em termos que ainda teremos a oportunidade de detalhar, os direitos qualificados em nossa Constituição como fundamentais constituem uma fração do gênero dos direitos subjetivos, isto é, um subgênero, ou uma de suas classes. Não são de modo algum algo à parte destes, nem formam à sua margem uma modalidade autônoma, de valor retórico; antes, compõem um grupo especial daqueles; são simplesmente direitos subjetivos assinalados com uma marca particular, que é a sua qualidade de fundamentais, em contraposição a outros dela destituídos, que podem ser ditos não-fundamentais.” MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 78-81.

péssima distribuição do acesso ao Poder Judiciário entre a população.”⁵³¹

Enaltece o autor pontualmente que “a mesma justiça, que permanece praticamente desconhecida e inacessível para grande parcela do povo brasileiro, é utilizada de forma excessiva e abusiva por determinados setores da sociedade.”⁵³² Esse desequilíbrio existente no acesso à justiça é fruto da abusividade, praticamente cultural, no ingresso de demandas judiciais.

A gratuidade processual, em muitos casos, pode se tornar um estímulo ao interessado em propor uma demanda judicial. Como não irá sucumbir na ação com o pagamento de custas e honorários advocatícios, o proponente pode demandar em juízo mesmo quando suas chances são mínimas de alcançar sucesso em sua pretensão inicial.⁵³³

Apenas para se ter uma ideia, do total de 1.123 ações propostas por pessoas físicas, a gratuidade foi deferida em 767 (62,71%).⁵³⁴ Isso implica dizer que, em apenas 37,29% dos processos judiciais, houve o devido recolhimento de custas, e os requerentes se dispuseram a correr os riscos de pagamento de sucumbência e de demais custos.⁵³⁵ Tenenblat ainda esclarece:

Saliente-se que o percentual apurado de ações em que a parte autora pessoa física recolhe custas e corre riscos de ter despesas se sair derrotada (37,29%) certamente se reduziria para menos da metade se fossem incluídas na observação as sentenças prolatadas nos juizados especiais, onde não há custas nem honorários de sucumbência. Diante de tais números, parece evidente que boa parte dos jurisdicionados que se beneficiam do instituto da gratuidade – ao contrário do que declaram – teria condições de arcar com as despesas processuais sem maiores prejuízos para seu sustento. Isto porque são muitos os processos propostos

⁵³¹ TENENBLAT, *op. cit.*, p. 24.

⁵³² *Idem.*

⁵³³ *Idem.*

⁵³⁴ Estes dados foram extraídos pelo autor do movimento de processos da unidade da Justiça Federal onde atuou como magistrado. TENENBLAT, *op. cit.*, p. 31.

⁵³⁵ *Idem.*

na Justiça Federal por servidores públicos civis, oficiais das Forças Armadas, contribuintes do imposto de renda, titulares de aplicações financeiras, enfim, categorias em relação às quais não faz sentido presumir condições de hipossuficiência econômica. Tais circunstâncias tornam necessárias alterações na sistemática de concessão do benefício. Ademais, não se pode esquecer que a imposição de condições mais rígidas para a obtenção da gratuidade elevaria os valores arrecadados com custas, aumentando os recursos para a modernização e o aprimoramento dos serviços prestados pelo Poder Judiciário. Entretanto, a mais importante consequência da mudança proposta não guarda qualquer relação com o aumento da arrecadação. De fato, o principal efeito seria a redução do número de ações abusivas, especialmente no que diz respeito aos processos de objeto inconsistente, sem possibilidade alguma de trazer qualquer proveito para a parte autora. Isto porque a gratuidade processual e seu consectário – a ausência de risco de sucumbência – contribuem de modo decisivo para a existência de um grande número de processos inconsistentes.⁵³⁶

O estímulo econômico é um ponto fundamental e que precisa ser levado em consideração no presente estudo. Por conta disso, detalharam-se os fundamentos da análise econômica do Direito, teoria que fornece as premissas iniciais para a aplicação do Direito a partir de princípios econômicos. O comportamento abusivo é uma ação humana que somente se concretiza porque a propositura de demandas com baixa possibilidade de sucesso oferece pouco ou nenhum risco de prejuízo financeiro.

Quando se criam mecanismos de facilitação e barateamento de custos, o aumento no volume de trabalho é consequência e, assim, não pode ser ignorado quando se pensa

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 32.

em ampliação do acesso à justiça. Um exemplo é o que ocorreu nos Juizados Especiais, que foram criados a partir da lógica da abreviação processual visando à facilitação ao acesso à justiça. De fato, facilitou. Mas o que se tem hoje são Juizados Especiais com um volume expressivo de demandas judiciais que, caso não se resolvam pela via do consenso, levam longo tempo para oferecer resposta aos interessados, gerando, na maioria das vezes, frustração.

No caso dos Juizados Especiais, vale apresentar os números exibidos pelo CNJ para que se tenha noção do volume de processos que tramitam naquelas varas especializadas.

De acordo com o relatório “Justiça em Números 2013” elaborado pelo CNJ, que adotou como base o ano de 2012, extrai-se que, nos Juizados Especiais, a carga de trabalho dos magistrados e o número de processos julgados aumentaram em 2,5% e 4,6%, respectivamente. Entretanto, o número de processos baixados foi reduzido em 5,9%.⁵³⁷

Já com relação aos indicadores de produtividade, o referido relatório aponta que, nos Juizados Especiais, o número de processos baixados por causa nova caíram em 6,3%, e a taxa de congestionamento subiu em 3,73%.⁵³⁸

No tocante à movimentação processual naqueles Juizados Especiais, o estoque, os casos novos e os processos julgados aumentaram em 5,9%, 2,4% e 6,4%, respectivamente, enquanto o número de processos baixados reduziu em 3,8%.⁵³⁹

Conforme o panorama estabelecido pelo CNJ, extrai-se:

A taxa de congestionamento tem-se mantido relativamente constante. Após pequeno aumento em 2010, caiu de 74,3% para 73,3% em 2012. A redução da taxa ocorreu de forma mais acentuada no segundo grau, que a reduziu em 5 p.p. Já no primeiro grau, houve redução em menos de 1 p.p. e aumento de quase 3 p.p. nos Juizados Especiais. A Justiça Estadual vem

⁵³⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 2013. **Justiça em Números 2013:** ano-base 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2013. p. 81.

⁵³⁸ *Idem.*

⁵³⁹ *Idem.*

diminuindo todos os anos a proporção de processos baixados ante os casos novos, chegando, em 2012, ao patamar de 96,2%. Isso significa que 3,8% dos processos que deram entrada em 2012 irão colaborar para o aumento de casos pendentes para o próximo ano. Observa-se que esse resultado foi ocasionado pelo primeiro grau e pelos Juizados Especiais. No segundo grau e nas Turmas Recursais, a avaliação é positiva, visto que o índice de baixados por caso novo está subindo. A produtividade, mensurada pela média de sentenças por magistrado, caiu quase 8% e alcançou o patamar de 1.423, equivalente a uma média de 120 sentenças proferidas a menos por magistrado.⁵⁴⁰

Pode-se perceber, com esses números, que os Juizados Especiais estão de fato sobrecarregados. O volume de processos é grande, e os magistrados têm dificuldades em dar vazão a toda essa demanda. Os Juizados Especiais foram criados como alternativa para o inchaço do Judiciário, mas, na prática, pela falta de limitação para o ingresso de ações, deixam muito a desejar em relação à celeridade nas respostas aos jurisdicionados.

O abuso de direito de ação se observa em muitas situações, mas se torna muito visível quando se trata de ações contra o Estado. Um exemplo foi o reajuste de 28,86% concedido em janeiro de 1993 aos militares das Forças Armadas. Muitas ações individuais foram propostas na Justiça Federal por aqueles que não haviam sido contemplados pelo referido reajuste. Centenas de milhares de ações foram propostas. Houve mobilização de sindicatos que propuseram ações coletivas ao lado de todas as ações individuais propostas.⁵⁴¹

O que se percebeu, nesse caso, foi que muitas pessoas que não tinham razão de propor a demanda judicial, pois já tinham recebido o reajuste, ainda assim o fizeram. Tratava-se de servidores que já haviam feito acordos administrativos e que

⁵⁴⁰ *Idem.*

⁵⁴¹ TENENBLAT, *op. cit.*, p. 25.

foram contemplados com a vantagem financeira remuneratória. As ações de quem realmente tinha direito tiveram sua decisão retardada em grande medida pelo excesso de demandas ingressadas por aqueles que certamente não obteriam sucesso em suas ações, mas, mesmo assim, propuseram-nas em manifesta prática de abuso do direito de ação.⁵⁴²

A propósito, Tenenblat preleciona:

O resultado desta multiplicação desenfreada é que, no momento, ainda tramitam na Justiça Federal milhares de feitos atinentes ao reajuste de 28,86%, concedido – repese-se – em janeiro de 1993. E o mais incrível: até hoje, passados 18 anos da efetiva lesão e estando há muito prescritos quaisquer direitos que porventura houvesse, são ajuizados novos processos com este objeto.⁵⁴³

As ações em massa, entendidas como aquelas ações “em que inúmeros autores, supostamente titulares de direitos homogêneos, discutem individualmente questões jurídicas idênticas, muitas vezes já pacificadas”⁵⁴⁴, extrapolam, de fato, a capacidade do Judiciário de oferecer respostas aos jurisdicionados em tempo razoável. Outros casos podem ser mencionados como ações que tratam de expurgos inflacionários de poupança e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, além de ações bancárias. Essas demandas, de regra, impuseram gastos altíssimos ao erário para sua tramitação e, em sua maioria, foram propostas de maneira extemporânea ou sem chance de sucesso.

Importante deixar claro que não se trata de avaliar a atitude dessa parcela de proponentes como de má-fé. De regra, percebe-se que muitos ingressam com a ação, salvo nos casos de problemas de qualidade no assessoramento jurídico, por acreditarem que tenham mesmo o direito a ser ali perquirido. Outros, que tenham dúvida, mesmo assim estimulados pela gratuidade ou baixo custo na sucumbência, ingressam em juízo

⁵⁴² *Idem.*

⁵⁴³ *Idem.*

⁵⁴⁴ *Ibidem*, p. 29.

para dirimirem a sua dúvida. Isso tudo ao alto custo de recursos públicos do orçamento do Poder Judiciário.

Claro que não se pode ignorar a existência e atuação do *improbis litigator*, expressão utilizada por Becker⁵⁴⁵, para se referir aos litigantes que jogam no jogo processual, sem preocupações éticas, voltando-se apenas para o resultado que pretendem alcançar. Becker, nesse sentido, ressalta que parte do excesso de litigância se dá também pela complacência do Judiciário com esse tipo de litigante. Em suas palavras:

Outro ingrediente a ser considerado é a leniência do Judiciário na condenação do *Improbis litigator* – o que até é esperado de um jogo como o processual. Porque, segundo Huizinga, os jogadores (e, neste caso, até os árbitros) costumam ser mais indulgentes com o jogador desonesto, batoteiro, que hipocritamente finge seguir as regras de que se esquivava, do que com o desmancha-prazeres, que ostensivamente as ignora ou desrespeita, denunciando com isso o caráter relativo e frágil do mundo do jogo. Isso porque o batoteiro permanece no universo do jogo, ao passo que o desmancha-prazeres tenta contagiá-lo com a realidade. Do mesmo modo, o catolicismo pune o herege – e a Santa Inquisição é prova incontestante disso – mas perdoa o pecador, pelos Sacramentos e pelas indulgências, obtidas inclusive por compra e venda. Guardadas algumas proporções, o mesmo se passa no processo civil, no qual se é mais indulgente com o chicaneiro e com o litigante de má-fé ‘pecadores’ que com os ‘hereges’ que denunciam a adesão ao círculo mágico, relativo e frágil em que se joga a partida forense como uma forma de legitimação do Estado-pajé.⁵⁴⁶

O autor explica que, nesse caso, os limites morais são ineficazes, pois o processo judicial é movido por uma lógica de

⁵⁴⁵BECKER, *op. cit.*, p. 71-72.

⁵⁴⁶*Idem.*

mercado voltada ao resultado, à obtenção de bens e à maximização de utilidades.⁵⁴⁷ A visão econômica estabelecida sobre o processo e sua dinâmica é de forte influência neoliberal, e, não por acaso, as reformas processuais foram realizadas a partir da ideia de abreviação de ritos e de celeridade.

O excesso de litigância se dá em grande medida em razão da abusividade no momento da decisão de se ingressar com uma demanda judicial, muitas vezes, desconsiderando o custo daquela proposição para o erário. Esse excesso de litigância se materializa em excedente no volume de processos judiciais que não podem ser assimilados pela estrutura do Judiciário. Por conta dessa parcela de ações frívolas, todas as outras ações que tramitam no sistema acabam sofrendo interferência em seu fluxo, sendo também alvo da demora no julgamento.

O que se tem, na prática, com esse excesso de demanda, é um falso ou aparente acesso à justiça. Isso porque, muito embora se tenha amplo acesso à estrutura do Poder Judiciário, com muita facilitação e barateamento de custos para o ingresso de ações judiciais, em realidade, não se tem em tempo razoável uma resposta da parte daquele Poder. Muitas vezes, os requerentes falecem e não têm a chance de ver julgadas as suas demandas.

Pode parecer contraditório tratar de ampliação de acesso à justiça por meio de mecanismos que limitem o acesso à estrutura do Poder Judiciário. Todavia, faz-se mister reconhecer que o acesso à justiça por meio de um processo que demore décadas para ser julgado, ou que ainda que seja julgado em menos tempo não traga mais benefício ao interessado por conta da demora de tramitação, representa aparente acesso à justiça ou acesso à justiça inefetivo.

Há de se considerar que não são somente as ações ajuizadas em seu nascedouro que representam o processo frívolo. O mesmo raciocínio de abusividade serve para os recursos judiciais. Muitos dos recursos são impetrados sem qualquer chance de sucesso, mas mesmo assim são propostos. Em alguns casos, até mesmo para protelar a decisão final.

Não é mais possível conceber o direito de ação como um direito sem limites, ou levar em caráter absoluto o princípio da

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 72.

inafastabilidade do Poder Judiciário.⁵⁴⁸ O acesso à justiça depende de previsão orçamentária e de recursos, que são finitos. A partir da ideia advinda do modelo clássico de acesso livre a todos os jurisdicionados, a estrutura do Judiciário como acesso pleno possui caráter ilusório.

Cabe revisão em relação aos custos do processo no Brasil, especialmente a partir da revisão do instituto da gratuidade processual. A distribuição dos custos de processos judiciais precisa ser reconhecida e analisada como uma das principais causas do excesso de litigância e da abusividade no manejo do direito de ação. Esse reconhecimento permitirá a constatação de que a litigância processual precisa ser revista a partir de outra perspectiva, qual seja, a perspectiva da efetividade. O objetivo seria amenizar o grande déficit do modelo de “falso” acesso à justiça que prevalece no País.

5.4 MAXIMIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: a busca da concretização do direito de acesso por meio da ação eficiente

Inicialmente, é importante esclarecer a diferença conceitual entre as categorias eficácia, efetividade e eficiência. Possuem, aparentemente, concepções similares e há nítida conexão entre tais conceitos, o que acarreta, de modo geral, confusão quanto a sua compreensão. Desse modo, Rocha explica que, para a Administração, a “eficácia é o alcance de determinado fim. É eficaz o remédio que cura, o juiz que sentencia etc. Já a eficiência é uma faceta da eficácia, enquanto perspectiva de produção de melhores resultados, quantitativos ou qualitativos.”⁵⁴⁹

No tocante à eficiência, Rocha afirma que

[...] a eficiência é um meio e não um fim. Ser eficiente é obter a melhor relação

⁵⁴⁸ Conforme previsto no inciso XXXV, do art. 5º da Constituição da República.

⁵⁴⁹ ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. O transconstitucionalismo e a crise de eficácia, efetividade e eficiência da norma constitucional transversal do Estado social. **Nucleus**, v. 10, n.1, p. 43.2013. Disponível em: <<http://www.nucleus.feituverava.com.br/index.php/nucleus/article/view/703>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

custo/benefício. A eficácia pode ser alcançada com ou sem eficiência. A diferença provável entre dois resultados eficazes é que ambos atingiram o fim, mas um deles foi melhor, mais eficiente. Também eficiência não se confunde com efetividade, ainda que possam coincidir num mesmo resultado. A efetividade é a perspectiva legitimadora de quem busca os resultados, de considerar que eles foram alcançados de fato. É quando se verifica se os objetivos alcançados são realmente suficientes. Também um determinado resultado pode ser efetivo sem ser eficiente.⁵⁵⁰

No âmbito do Direito, as categorias eficácia e efetividade, por vezes, confundem-se.⁵⁵¹ Faz pouco sentido o operador do Direito distinguir a eficácia pelo alcance formal do fim pretendido, da efetividade, como uma finalidade distinta e mais ampla denominada sociologicamente como finalidade real – por exemplo, sentenciar alcançando a satisfação plena legítima da pretensão jurisdicionalizada. O juiz pressupõe que o eficaz é efetivo, caso contrário, assumiria que não promoveu a justiça na demanda apreciada.⁵⁵²

Há de se reconhecer que o sistema jurídico de um Estado Democrático e de Direito moderno possui preocupação com a eficácia e efetividade do Judiciário. Busca-se de regra uma decisão judicial que se apresente como segura, estável e

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 61.

⁵⁵¹ Com Barroso: “O Direito Constitucional – e o conjunto de valores, bens e direitos que ele tutela – tanto como os demais ramos da ciência jurídica, existe para realizar-se. Vale dizer: ele almeja à efetividade, que é eficácia social da norma. Efetividade, já averbamos em outro estudo, designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os interesses por ela tutelados. Ela simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se prevê, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado.” BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001. v. I, p. 83.

⁵⁵² ROCHA, *op. cit.*, p. 61.

coerente para ser simultaneamente eficaz e efetiva, cercando-se de garantias processuais, em atenção a princípios, como o do devido processo legal, a separação de poderes, o duplo grau de jurisdição, o princípio *in dubio pro reo*, etc. Pode-se, contudo, dizer que,

[...] no ambiente de crise sistêmica apontado, no qual o Judiciário é sobrecarregado pelas demandas da crise, a sua eficácia passa a depender demasiadamente da eficiência, e é posta em xeque. De um lado está o abarrotamento dos Tribunais e a demora das decisões e de outro a necessidade de sentenças bem fundamentadas e garantidas sob os princípios do Estado de Direito. Por outro lado, convém lembrar que sem a promoção da justiça não há transversalidade constitucional. Então o sistema reage em busca de eficiência, mas com o desafio de preservar a eficácia e a efetividade. Neste sentido se exemplifica as medidas de reforma do Judiciário no Brasil, em especial com a criação do Conselho Nacional de Justiça e da súmula vinculante; e as reformas do contencioso administrativo em Portugal, com a publicação do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, que busca simplificar o contencioso, consolidar as medidas cautelares e adotar medidas de economia processual.⁵⁵³

Importante notar que, no âmbito do sistema político, a eficácia e a efetividade estão, de alguma forma, relacionadas com a oferta de direitos sociais e serviços públicos de qualidade. Diante do quadro de que o Estado impõe alta carga tributária e realiza tentativas de cortes de despesas buscando o equilíbrio do orçamento, a eficiência administrativa é vista como a alternativa que otimiza os recursos. Eficácia e efetividade, nessas condições, dependeriam de práticas voltadas para a eficiência.⁵⁵⁴

⁵⁵³ *Idem.*

⁵⁵⁴ ROCHA, *op. cit.* p. 61.

No Brasil, a eficiência tornou-se princípio constitucional da administração pública⁵⁵⁵, também servindo de inspiração para a aprovação da lei de responsabilidade fiscal, a imposição de teto de vencimentos dos servidores públicos, as reformas da previdência e a lei de improbidade administrativa.⁵⁵⁶

Esse fenômeno da influência da lógica eficientista no ordenamento jurídico também ocorreu em Portugal. Rocha bem explica:

Em Portugal a revisão constitucional de 89 é importante neste sentido, pois buscou a descentralização e a autonomia local da administração pública, com fins à desburocratização, assim como suprimiu a irreversibilidade das nacionalizações, abrindo caminho para as privatizações e para a redução do Estado. O discurso da eficiência tem marcado a legislação administrativa portuguesa nas duas últimas décadas. Os principais exemplos são a lei 8/90, de bases da contabilidade pública, o decreto lei 191/99, do regime da tesouraria do Estado, a lei 42/98, de finanças locais, a lei 27/96, do regime jurídico da tutela administrativa, e recentemente com maior impacto, a lei 12-A/2008, que regula os regimes de carreira dos trabalhadores da administração pública com fins a uma gestão mais privatista e dinâmica.⁵⁵⁷

Observa-se que, tanto no Brasil quanto em Portugal, a legislação sobre o assunto não correspondeu à expectativa em relação à concretude dos conceitos eficiência, eficácia e efetividade. Práticas de eficiência administrativa voltadas para melhorar a gestão dos recursos públicos e efetivação dos direitos sociais podem ser vistas também como resposta paliativa e

⁵⁵⁵Conforme já dito, o princípio da eficiência administrativa foi inserido no art. 37 da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional n.º 19/98, que deu respaldo à Reforma Gerencial de Estado deflagrada no Governo Fernando Henrique Cardoso. Conferir: MARCELLINO JR., *op. cit.*, p. 182 e ss.

⁵⁵⁶ROCHA, *op. cit.* p. 61.

⁵⁵⁷*Idem.*

secundária ao problema maior que é a nova configuração da ordem social internacional.⁵⁵⁸

Para Zybersztjn e Sztajn, a diferença entre eficiência e eficácia não é evidente. Tratam-se de conceitos diversos, mas que são, de fato, confundidos no dia a dia, especialmente em áreas como a do Direito. Explicam os autores que “eficiência está relacionada com a possibilidade de se atingir o melhor resultado com o mínimo de erro ou desperdício, ao passo que a eficácia diz respeito à capacidade de produzir os efeitos desejados”.⁵⁵⁹

Vale, no entanto, resgatar o conceito-origem da eficiência econômica, na forma como foi trabalhado por autores clássicos como Pareto⁵⁶⁰, Kaldor-Hicks e Amartya Sen. A eficiência econômica está intimamente relacionada à maximização da riqueza e do bem-estar social. A compreensão do conceito de eficiência, tal como entendido pela análise econômica do Direito, pressupõe a compreensão do conceito de ótimo de Pareto ou eficiência à Pareto e Kaldor-Hicks.⁵⁶¹

O conceito paretiano foi originalmente concebido pelo referido autor francês como critério de avaliação do bem-estar social. A aplicação dessa categoria conceitual inaugurou uma nova forma de pensar e desencadeou importantes mudanças no estudo da Economia. O ótimo de Pareto defende o ponto de vista de que o bem-estar máximo de uma sociedade é alcançado

⁵⁵⁸ Ainda é atual a polêmica no judiciário brasileiro sobre a prestação de direitos sociais, especialmente o direito à saúde no que toca aos limites de recursos do Estado e à oferta de tratamentos mais dispendiosos, porém necessários. Trata-se da oposição entre o mínimo essencial como parte da dignidade da pessoa humana e a ponderação com o princípio da reserva do possível. Nesse sentido, a jurisprudência do Min. Gilmar Mendes, em Agravo Regimental, indefere a tutela antecipada requerida pela União para suspensão de tratamento médico (nº 175, Apelação Civil 408729/CE (2006.81.00.003148-1) de maio de 2010).

⁵⁵⁹ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 81.

⁵⁶⁰ PARETO, *op. cit.*

⁵⁶¹ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 69.

quando não existir outro Estado tal que seja possível aumentar o bem-estar de um indivíduo sem diminuir o bem-estar de outro.⁵⁶²

Em outras palavras, eficiência paretiana é entendida como um ponto de equilíbrio a partir do qual se torna impossível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de outro. Ao se atingir o estágio chamado “ótimo”, as partes não realizarão novas trocas voluntariamente, pois cada um dos bens estará nas mãos da pessoa que mais o valoriza. Esse raciocínio levou Cooter e Ulen a afirmar que uma configuração eficiente no sentido de Pareto implica um ótimo social, pois a soma das utilidades individuais dos bens – se tal cálculo pudesse ser feito – resultaria no maior valor possível.⁵⁶³

Morais da Rosa, no que concerne à relação entre lógica efficientista e a tese paretiana, explica que

[...] a eficiência é entendida como a afetação de recursos econômicos dentro de critérios de otimização paretiana, isto é, de modo tal que não é possível melhorar a condição de qualquer sujeito, sem prejudicar qualquer dos demais, com a possibilidade eventual de reparação das externalidades (Kaldor-Hicks). A situação fática em que isto se mostra possível é apontada como ineficiente. Evidentemente que a eficiência somente pode ser apurada em cada singularidade (caso-a-caso), mediante a verificação da utilidade para os envolvidos (positiva ou negativa), melhoria do bem-estar social e o respectivo impacto social (externalidades). As ‘externalidades’ são consequências positivas ou negativas decorrentes das ações dos sujeitos em face de terceiros não intervenientes nas transações originárias e sempre ocorrem. A ‘externalidade’ pode ser negativa ou positiva, na medida em que cause, respectivamente prejuízo ou acréscimo. Por mais que não sejam mensuráveis diretamente, qualquer relação havida no mundo gera, na cadeia econômica,

⁵⁶² GARCIA, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁶³ COOTER, R.; ULEN, T. *Law and economics*. 2. ed. Califórnia: Addison-Wesley, 1996. p. 41.

consequências nos demais sujeitos. Ainda que possa parecer banal a simples compra de uma coca-cola, toda a gama de implicações desta escolha silenciosa se podem fazer sentir.⁵⁶⁴

Em face da dificuldade acima apontada, Posner propôs a complementação da teoria de Pareto com o critério de Kaldor-Hicks, viabilizando sua aplicação às decisões judiciais. Esse critério, também conhecido como eficiência potencial de Pareto – que recebe este nome porque é apenas uma instrumentalização do conceito original de Pareto –, destaca a importância da possibilidade de os ganhadores compensarem os perdedores em uma alocação de bens, ainda que efetivamente não venham a fazê-lo. O critério de Kaldor-Hicks aumenta a utilidade prática ao conceito de eficiência de Pareto, viabilizando a sua aplicação ao caso concreto.⁵⁶⁵

O conceito sugerido por Kaldor-Hicks difere do critério de Pareto ao admitir a existência de uma mudança social eficiente mesmo quando o aumento do bem-estar de uma parte resulta na redução do bem-estar de outra, desde que a parte cujo bem-estar que sofreu redução possa ser compensada para manter o seu nível de satisfação.⁵⁶⁶

Para ilustrar a diferença entre o conceito original de Pareto e o critério de Kaldor-Hicks, considere o exemplo da proibição do fumo em espaços públicos fechados. Certamente houve perdedores, como a indústria do cigarro – que reduziu as suas vendas – ou, quando menos, alguns bares e restaurantes – que certamente perderam parte dos seus clientes habituais. De outro lado, deve-se reconhecer que houve ganho para a população em geral, especialmente quanto à saúde, pois o fumo passivo aumenta significativamente o risco de desenvolver câncer de pulmão.⁵⁶⁷

⁵⁶⁴ ROSA; LINHARES, *op. cit.*, p. 74.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 69 e ss.

⁵⁶⁶ *Idem*.

⁵⁶⁷ Em 2004, a Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Agência Internacional de Pesquisa Sobre o Câncer revisaram todos os grandes estudos publicados acerca do assunto, concluindo pela existência de uma relação estatística relevante entre o fumo passivo e o aumento do risco de contrair câncer. O estudo veio a ser confirmado por duas meta-

Percebe-se que, pelo critério de Pareto, essa troca não seria possível porque resultaria em perda para determinado grupo, mas, pelo critério de Kaldor-Hicks, a troca é factível, pois basta haver a possibilidade de compensação dos perdedores pelos ganhadores, ainda que essa compensação seja teórica.⁵⁶⁸

Pode-se dizer que uma decisão eficiente no sentido Kaldor-Hicks deve aumentar o bem-estar dos ganhadores em um montante tal que seja possível, ao menos em tese, a compensação da redução do bem-estar dos perdedores.⁵⁶⁹

Impende registrar, ainda, que a principal crítica que se faz ao modelo de eficiência econômica de Kaldor-Hicks reside no fato de que leva em consideração somente o nível total de bem-estar, deixando de lado o problema da distribuição. Além disso, o cotejo entre o ganho de um grupo e a perda de outro é praticamente impossível, na medida em que o valor marginal dos bens – inclusive do próprio dinheiro – difere para cada grupo. Por fim, a mensuração dos ganhos e das perdas se dá em um momento limitado no tempo, na medida em que o que hoje é eficiente pode deixar de sê-lo em outro momento, se uma única pessoa alterar suas preferências.⁵⁷⁰

Após discorrer sobre os conceitos eficiência e efetividade, percebe-se a importância da necessária diferenciação entre as categorias. A categoria eficiência está voltada para meios, tem sua gênese na ciência econômica e está ligada à ideia de realização e cumprimento de resultados com contenção de recursos, a partir de uma lógica de grande vertente quantitativa, enaltecendo a produtividade e celeridade.

A visão de efetividade, especialmente quando se pensa em administração pública, está voltada aos objetivos de concretude de ações que também levam em conta aspectos qualitativos. Quando se pensa em um Estado efetivo, imagina-se, por

análises. IARC. ***Monographs on the Evaluation of Carcinogenic Risks to Humans. Tobacco Smoke and Involuntary Smoking.*** Lion, França. 2004. v. 83. Disponível em: <<http://monographs.iarc.fr/ENG/Monographs/vol83/mono83.pdf>>.

Acesso em: 11 nov. 2013.

⁵⁶⁸ ROSA; LINHARES, *op. cit.*, p. 69 e ss.

⁵⁶⁹ *Idem.*

⁵⁷⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 24-25. 2008.

exemplo, uma ação administrativa de cumprimento de objetivos constitucionais que levarão em consideração parâmetros de materialidade e de conteúdo, mesmo que isso acarrete aumento do gasto público.

No caso do acesso à justiça, ou seja, de uma ação positiva por parte do Judiciário em prestar seus serviços de forma ampla e abrangente, é preciso rearticulação dos conceitos mencionados para buscar ampliação desse acesso fora dos moldes da teoria clássica ou do modelo de acesso pelo protótipo do “Justiça em Números”.

Posner desenvolveu o conceito de maximização da riqueza no sentido de estabelecer nova percepção sobre a ação eficiente. Maximizar, segundo o autor, corresponde à ação eficiente de potencializar ganhos e vantagens de cunho econômico no momento de suas escolhas racionais. Trata-se de parâmetro ético que orientará o magistrado no momento de apreciar e julgar demandas. Isso ocorreria por meio da utilização do critério da análise custo-benefício, na perspectiva da hermenêutica consequencialista.

Entende-se que é possível utilizar a categoria maximizadora racional de Posner para os fins deste estudo. A efetivação do acesso à justiça passa, por certo, pelo combate à litigância abusiva, e isso deve ser realizado pela utilização da análise custo-benefício. A partir daí poder-se-ia falar em maximização do acesso à justiça, no sentido de aplicar a lógica efficientista no momento de decidir sobre a admissibilidade de demandas.

Há de se combinar eficiência com efetividade de modo a compreender que a limitação de acesso ao Poder Judiciário pode ser uma medida considerada importante e estratégica para, apesar do aparente contra-senso, ampliar o acesso. Como se disse anteriormente, há uma parcela de ações que acabam sendo propostas com baixa ou nula possibilidade de êxito, mas que, mesmo assim, são ajuizadas e tramitam a alto custo ao erário.

O combate a essa abusividade, a partir da utilização por parte da magistratura de critério objetivo para a restrição ao abuso do direito de ação em casos de demandas frívolas, pode ser decisivo para a ampliação do acesso à justiça, reduzindo o volume de ações e, conseqüentemente, o tempo de tramitação e julgamento de demandas.

5.5 LITIGÂNCIA FRÍVOLA E LITIGÂNCIA HABITUAL: os desafios contemporâneos do processo judicial democrático

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

A litigância frívola corresponde à litigância com baixa probabilidade de êxito, proposta pelo jurisdicionado sem levar em conta os custos acarretados ao erário. Este litigante, por vezes na condição *improbis litigator*, propõe a sua demanda mesmo consciente de que o benefício que poderá obter ao final com um julgamento é inferior ao custo de tramitação do processo.⁵⁷¹

Segundo Patrício, “normalmente é costume configurar-se a relação NEVS (*negative expected value suit*) – litigância frívola”. Explica o autor que a litigância frívola pode se dar em diferentes situações, admitindo-se: “1) casos de litigância frívola resultantes de PEVS (*positive expected value suit*), 2) casos de NEVS supostos por litigantes legítimos”. Este segundo caso somente ocorrerá se os custos se apresentarem em valores tais que o proponente se convença do prejuízo econômico da litigância (NEVS), não obstante poder vir a receber, ao final, valor superior aos custos subjetiva e objetivamente elevados.⁵⁷²

Importante destacar que os *negative expected suits* ou os *positive expected suits*, que correspondem às expectativas negativas ou positivas do queixoso em relação a sua demanda judicial, estão diretamente ligadas à legitimidade do direito de ação. Será a partir dessas expectativas que o requerente fará sua avaliação custo-benefício em relação ao resultado que poderá obter com a ação judicial proposta. Diz respeito aos proveitos privados e sociais que poderão ser alcançados.⁵⁷³

⁵⁷¹PATRÍCIO, *op. cit.*; ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, *op. cit.*; BECKER, *op. cit.*

⁵⁷²PATRÍCIO, *op. cit.*, p. 63-64.

⁵⁷³*Ibidem*, p. 64.

Torna-se um desafio compreender a existência dos litigantes frívolos. Aparentemente parece ilógico e pouco razoável alguém propor uma demanda judicial em que não obterá qualquer vantagem ou que poderá até mesmo suportar prejuízo, desconsiderando por completo o custo do processo e o ônus que sua iniciativa poderá acarretar aos cofres públicos.

Patrício oferece algumas pistas para tentar explicar esse paradoxo aparente:

1) uma prende-se com a assimetria informativa; 2) outra prende-se com o facto de o queixoso (frívolo) iniciar litigância com um custo reduzido e saber que irá ‘ganhar’ algo em acordo, a não ser que o ‘infrator’ realize um esforço assinalável para a sua defesa; 3) outra prende-se com as diversas percepções das partes quanto ao resultado em julgamento, o que poderá beneficiar o litigante frívolo; 4) outra ainda prende-se com a possibilidade de ocorrência de erros judiciais de tipo -2 (erro na condenação). A forma como se produzem acordos em situações de potencial litigância frívola pode explicar o *modus operandi* das pistas apresentadas. Quando enquadramentos têm sido habitualmente tentados: 1) Ambiente de assimetria informativa; 2) Ambiente de simetria informativa com divisibilidade processual de custos; 3) *Idem*, mas sem divisibilidade processual de custos; 4) Ambiente com interferência da reputação.⁵⁷⁴

O referido autor entende que os custos da ação podem servir como instrumental que cumpre a função de filtrar o ingresso de ações, cujo custo supere o possível benefício a ser alcançado. Sustenta, ainda, ser possível incentivar ou não os jurisdicionados a ingressarem com demandas judiciais, por meio de uma estratégica combinação de sinalização das decisões judiciais com os custos de propositura de ação.⁵⁷⁵

A análise passa pela compreensão do mercado de advogados nos custos da propositura. Todavia, para isso, o autor

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 68

⁵⁷⁵ *Idem*.

entende que é preciso fazer distinção prévia, isto é, generalista, entre Estados com mercados de prestação de serviços jurídicos mais rígidos e Estados com mercados fracamente regulamentados.⁵⁷⁶

Nesse segundo modelo, fracamente regulamentado, tem-se como exemplo os Estados Unidos, onde se observa maior liberdade contratual entre advogados e seus clientes, o que possui reflexo na disposição ou não dos jurisdicionados de proporem ações judiciais. Entende que o fenômeno do aumento do número de advogados no mercado facilita o ingresso de ações, uma vez que os custos com honorários tendem a baixar. Este fato tem ocorrido naquele País.⁵⁷⁷

Há um controle já realizado pelas entidades de classe no sentido de estabelecer reserva de mercado, de modo a tentar controlar a formação de novos profissionais. Assim, o valor dos honorários pela prestação de serviços ficaria assegurado em patamares razoáveis. Os recursos utilizados são seleção acadêmica, técnica e profissional. O objetivo seria manter estável o número de profissionais no mercado.⁵⁷⁸

No modelo europeu, percebe-se que o aumento do número de advogados não interferiu, necessariamente, nos valores de honorários e, por consequência, também não reduziu, obrigatoriamente, o custo inicial para o ingresso de ações judiciais. O que se observou, segundo Patrício, é que muitos dos profissionais do Direito ficaram desempregados por conta do excesso de profissionais no mercado.⁵⁷⁹

Outra questão ainda apontada pelo autor seria a reflexão acerca da possibilidade de combater a litigância frívola, por meio do aumento da complexidade da lei, o que ampliaria a necessidade de contratação de profissionais especializados. Essa proposta, apesar de aparentemente egoísta, já foi levantada, bem como analisada por Patrício.⁵⁸⁰

Assim, três variáveis básicas devem ser levadas em consideração para a análise do problema: os lucros financeiros obtidos por advogados, seja por meio de decisão final, seja por

⁵⁷⁶ *Idem.*

⁵⁷⁷ *Ibidem*, p. 69.

⁵⁷⁸ *Idem.*

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 71.

⁵⁸⁰ *Idem.*

meio de acordo entre as partes; as expectativas dos litigantes; e o nível de complexidade técnico-legal. A partir daí, poder-se-iam analisar os comportamentos e as escolhas racionais feitas em relação ao ingresso de demandas judiciais.⁵⁸¹

Morais da Rosa aponta a litigância frívola e a existência de litigantes habituais como um dos problemas a serem enfrentados no âmbito do processo judicial. Explica o autor que os custos da transação judicial precisam ser levados em consideração no jogo processual, além da necessidade de se discutir o limite da proibição da análise custo-benefício. Tudo deverá ser levado em consideração, desde quanto o autor da ação estará disposto a receber, quanto o réu da ação estaria disposto a pagar, até mesmo o preço da intervenção no litígio (custo de transação).⁵⁸²

O problema indicado por Moraes da Rosa é que, de regra, o diálogo exige sujeitos racionais e desconsidera uma série de externalidades, como por exemplo, a incidência de aspectos emocionais, inconscientes, comerciais, de escassez, etc. A título meramente ilustrativo, uma ação judicial poderá, também, estar voltada à postergação de quitação de uma obrigação, considerando os incentivos daí advindos – vantagens pelo retardamento do pagamento de uma obrigação.⁵⁸³

Nesse contexto de excesso de litigância, Moraes da Rosa entende ser fundamental dar-se conta da diferença entre litigantes habituais e litigantes eventuais. Aponta como exemplo, especialmente por conta da difusão do direito do consumidor em sociedade, litigantes habituais pertencentes aos grandes conglomerados econômicos, que possuem departamentos jurídicos próprios e especializados, voltados a trabalhar o patrocínio das causas como um mercado específico.⁵⁸⁴

No segundo caso, dos litigantes eventuais, estão aqueles demandantes que ingressam em juízo por meio de advogados autônomos, não atrelados necessariamente a uma visão comercial ou empresarial, e que possuem ponto de vista diferente em relação ao andamento da ação, à produção de

⁵⁸¹ *Ibidem*, p. 71-72.

⁵⁸² ROSA; LINHARES, *op. cit.* p. 80-81.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 81.

⁵⁸⁴ *Idem*.

provas e ao dilargamento de custos.⁵⁸⁵ Morais da Rosa leciona que:

Todos esses condicionantes implicam em realinhamentos estratégicos *in the long run*. As diversas possibilidades de antecipação/projeção da decisão implicam em reavaliações no decorrer do jogo sobre eventual composição ou caminhar pela decisão, dado que os custos do processo terão de ser arcados pelos jogadores. Assim, quanto maior for a informação sobre os condicionantes intervenientes no processo, mais segura a tomada de posição. Isto ainda considerando a burocracia da estrutura judiciária e a possibilidade de erros, bem como corrupção. Logo, o 'custo da transação', na metáfora do processo como tal, pode ser proibitivo, induzindo a deliberação acordo/julgamento.⁵⁸⁶

Entretanto, salienta-se que é impossível prever a decisão judicial. Algo que, inclusive, incomoda muito aqueles que são adeptos a uma visão essencialmente economicista e que entendem que a imprevisibilidade de decisões judiciais oferecem riscos ao mercado. A probabilidade de vitória se apresenta como incentivo e impulso à demanda judicial, ao lado dos custos da demanda, da atuação e do interesse dos advogados, da lentidão do processo, além de outras variáveis de impossível previsibilidade.⁵⁸⁷

O ato decisório de propor uma demanda judicial ou compor um acordo judicial ou extrajudicial representa uma ação racional que é realizada considerando as mencionadas variáveis e condicionantes. Todavia, torna-se impossível antever tudo sobre o andamento e desfecho de um processo ponderando a existência de incidentes processuais, preclusão, equívocos, perempção, etc.⁵⁸⁸

⁵⁸⁵ *Idem.*

⁵⁸⁶ *Idem.*

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 81-82.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, p. 82.

Outro aspecto que não pode ser desconsiderado é a hermenêutica. Os significantes forjados ao longo do jogo processual, que vão se encadeando sem uma necessária ordem lógica, interferem de modo fundamental na conclusão final de um processo judicial. Isso porque podem mudar o rumo do processo de modo definitivo, além de sua previsibilidade se apresentar como praticamente inviável.

Morais da Rosa é taxativo: “uma extrema facilitação de acesso à justiça pode implicar na explosão de litigância, com enormes custos para os envolvidos e principalmente para o Estado.” Explica que uma efetiva, célere e barata prestação de serviços judiciais, paradoxalmente, pode fomentar a propositura de recursos em detrimento da possibilidade de realização de acordos judiciais.⁵⁸⁹

Além disso, o aludido autor defende a necessidade de se criar “filtros sociais”, referindo-se a meios de resolução de conflitos que evitem a busca incessante ao Judiciário. Argumenta, ainda, que a mediação e a arbitragem oportunizam interlocução cooperativa, de baixa formalidade e custo, apta a minimizar erros e capaz de chegar mais próximo do propósito das partes do processo judicial.⁵⁹⁰

Neste pensar, as formas alternativas de resolução de conflitos ganham corpo, justamente por diminuírem os custos de transação, mantendo-a, de regra, na esfera privada dos concernidos. Na perspectiva dos custos sociais o acordo privado sempre será menos custoso socialmente por não envolver diretamente o Poder Judiciário. Por outro lado, a ausência de uma via de acesso estatal pode implicar no fomento de pequenos danos e violações aos direitos alheios. Assim o equilíbrio de levar em conta tanto o incentivo privado como o incentivo social, isto é, os danos do prejudicado e da dimensão social que a decisão judicial possa tomar para evitar novas violações. Daí a importância de se diferenciar a litigância habitual da eventual, bem assim da frívola.

⁵⁸⁹ *Idem.*

⁵⁹⁰ *Idem.*

No primeiro caso existe a reiteração de demandas (pró e/ou contra), ao contrário da segunda, cujo tratamento estatal não pode ser igual. Um dos caminhos indicados é a potencialização da condenação em patamares superiores ao do bem objeto do litígio. Caso o sistema judicial se restrinja a recompor o dano, sem ônus extras, não há pressão/benefício para composição antecipada do dano, salvo a perda de reputação do contendente, a qual, todavia, dilui-se, de regra, no mundo complexo e de multiplicidades de demandas. Desta maneira, além de se indicar qual a orientação existente, evita-se a reiteração de demandas com a mitigação dos custos sociais compartilhados com a coletividade decorrentes da manutenção do sistema judicial. Aliada à satisfação do lesado, impõem-se a ponderação sobre os custos sociais.⁵⁹¹

A parcela de demandas judiciais irrelevantes economicamente acarreta custo de transação que não se justifica. Desse modo, seria importante haver uma avaliação prévia por parte do magistrado quanto à relevância social do contrato-litígio e da possibilidade de sua rejeição ou não acolhimento pelo Judiciário. Poder-se-ia, segundo o autor, fazer-se, até mesmo, por meio de decisão liminar, no caso de constatação de ser negativa a relação custo-benefício da demanda.⁵⁹²

Morais da Rosa explica que seria estabelecer um condicionante econômico da ação, ou seja, um critério de análise custo-benefício para rejeitar ações economicamente irrelevantes. Afirma, ademais, que “ninguém pactua um contrato para gastar mais do que seu próprio objeto pode gerar de riqueza; e não há sentido no estabelecimento de uma demanda com custo negativo.”⁵⁹³

⁵⁹¹ *Ibidem*, p. 82-83.

⁵⁹² *Ibidem*, p. 83.

⁵⁹³ *Idem*.

A partir dessas considerações pode-se, de fato, constatar que a litigância frívola, entendida como aquela ação dos jurisdicionados de proporem demandas judiciais com baixa probabilidade de êxito, é problema que interfere diretamente no acesso à justiça. Um Poder Judiciário que possui estrutura limitada e recursos delimitados em orçamento público sofre com essa parcela de demandas judiciais que representam muito no total de volume de ações que se encontram em tramitação.

A litigância habitual também merece atenção. Por se tratar de litigantes que são muito presentes no Poder Judiciário, envolvidos com ações repetidas, seja como autor ou como réu, devem ser considerados também como uma das razões da expressiva obstrução das varas judiciárias, o que impede com que o Judiciário possa, em tempo razoável, responder todas as ações que são acolhidas. Por isso, também que se torna importante diferenciar os litigantes habituais dos eventuais, enaltecendo as vantagens dos primeiros:

Complementando esse raciocínio, José Roberto Freire Pimenta demonstra quais são as vantagens dos litigantes habituais em face dos litigantes eventuais: a) maior experiência com o Direito, que lhes possibilita melhor planejamento de cada litígio e do conjunto de litígios em que eles estão ou estarão envolvidos; b) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos (o que significa que, para cada um deles, ser-lhe-á menos oneroso atuar em Juízo; por exemplo, em se tratando das mesmas lesões eventualmente cometidas contra um número expressivo de empregados, suas defesas e seus meios de prova serão sempre iguais, padronizados ou ao menos semelhantes); c) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora (que, embora não sejam capazes de influenciar o conteúdo de suas decisões imparciais, não deixam de constituir uma vantagem adicional, ao menos para lhe permitir saber qual a melhor maneira de se conduzir ao longo dos feitos e de se argumentar da forma mais persuasiva possível, em função de seu conhecimento

das posições de cada julgador, já manifestadas em casos similares); d) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos (o que por sua vez vai diminuir o peso de cada derrota, que será eventualmente compensado por algumas vitórias); e) ele pode testar estratégias diferentes com determinados casos (de natureza material ou processual), de modo a criar precedentes favoráveis em pelo menos alguns deles e a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.⁵⁹⁴

Nesse caso da litigância habitual, destacam-se ações, propostas aos milhares, contra conglomerados econômicos, tais como operadoras de telefonia⁵⁹⁵, instituições bancárias, incorporadoras, etc. De regra, são ações ajuizadas contra abusos ou omissões praticadas por essas empresas e que, malferindo direitos consumeristas, ensejam o ingresso de uma enxurrada de ações perante o Poder Judiciário.

O Estado, em seus diferentes níveis (União, Estado e municípios), também figura como litigante habitual. São milhares as ações propostas contra o poder público, em caráter repetitivo, destacando-se aquelas ações que tratam de questões funcionais, envolvendo servidores públicos. Em muitos casos em que ações coletivas poderiam resolver a situação, inúmeras ações individuais são manejadas.

⁵⁹⁴ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlim Dornas. A litigância habitual nos Juizados Especiais em telecomunicações: a questão do “excesso de acesso”. **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 55, n. 85, p. 35-36. 2012.

⁵⁹⁵Importante destacar que: “As empresas de telefonia podem ser consideradas como verdadeiras ‘repeat players’ no âmbito dos Juizados Especiais em Telecomunicações, sendo alvo de inúmeras ações, todas elas para discutir irregularidades na má prestação dos serviços e sendo capazes de especular o custo da litigação e sua melhor forma de atuação. Nesse contexto, há de se concluir que o caráter pedagógico da condenação, com a finalidade de desestimular a conduta ilícita, corresponde a uma contrarresposta do Judiciário frente àqueles que se utilizam da máquina judiciária como maneira hábil para auferir vantagens econômicas”. ORSINI; RIBEIRO, *op. cit.*, p. 35.

A partir do modelo neoliberal globalizado, tem-se uma sociedade massificada em suas relações. O mercado passa a funcionar com fluxos em rede e as ações dos *players* e conglomerados costumam gerar impacto de grande alcance, atingindo milhares de pessoas instantaneamente.⁵⁹⁶ A partir do maior acesso das pessoas à informação, e conseqüentemente à Justiça, ficou facilitada a possibilidade de os cidadãos judicializarem seus problemas em busca de solucionamento de seus conflitos.

Esses grandes conglomerados, de regra, usam da própria judicialização das suas relações com clientes para jogar o jogo processual de modo a alcançar benefícios que levam, por evidente, em consideração o custo-benefício do processo. A gestão processual da grande massa de processos por uma empresa de porte, que possui departamento jurídico próprio, administrando a dilação de prazos para pagamento, pode gerar oportunidades importantes de obtenção de lucros. Os acordos judiciais são muito utilizados para esse fim.

Esta é uma maneira por meio da qual o Judiciário brasileiro tem sido usado pelo mercado das grandes empresas. Aproveitando-se do discurso ao “amplo acesso à justiça”, envidam práticas abusivas no mercado, lesando cidadãos e, ainda, quando diante de uma judicialização de suas relações, empreendem gestão processual, ao custo do erário, que lhes trazem, de regra, lucros a partir do retardamento de pagamentos. Isso fica muito evidente também no âmbito dos Juizados Especiais.⁵⁹⁷

⁵⁹⁶VIRILIO, *op. cit.*

⁵⁹⁷A saber: “Em sendo a relação consumerista fundada em um Código de Defesa do Consumidor, as empresas de telefonia não podem deixar de prestar o serviço contratado e de forma adequada, até porque as telecomunicações foram elevadas pela Constituição à categoria de serviço público, devendo, portanto, ser prestadas de modo universal e contínuo. As falhas na prestação e também na cobrança do serviço de telefonia dão azo ao ajuizamento de diversas ações por consumidores nos Juizados Especiais Cíveis, o que acaba congestionando essa via judicial. Assim, apesar desse órgão jurisdicional ter sido criado com a finalidade de permitir maior acesso à justiça, na realidade, tem ocorrido o que se denomina de ‘Excesso de Acesso’. Isso ocorre muito em razão do uso dado pelos litigantes habituais ao Judiciário, como sendo uma possibilidade de postergação e dilação do cumprimento da lei ou do

Este tipo de “jogo” afronta a ideia de processo judicial como instrumento de concretização do Estado Democrático de Direito e como meio de consolidação da democracia no País. Segundo Abreu, o processo judicial é lócus do exercício democrático e deve sempre ser considerado a partir dos fundamentos da Constituição Federal. Segundo o autor:

O processo, nessa conjuntura, não pode ser visualizado apenas como relação jurídica, mas como uma expressão relevante para a democracia, e por essa razão deve ser legítimo. Deve se legitimar pela participação. Deve ser legítimo, adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais e, além disso, deve produzir decisão legítima.⁵⁹⁸

Abreu explica que o processo judicial passou por mudança sensível na transição do modelo liberal para o modelo contemporâneo. O processo civil estava atrelado a uma visão arcaica, de vertente racionalista, o que acarretou distanciamento entre a realidade constitucional e a realidade jurisdicional, e descompasso entre a sua teoria científica e a complexidade das relações humanas.⁵⁹⁹

A visão liberal de processo, ainda calcado na lógica de uma verdade transcendente que possa ser revelada por sentença judicial, dificulta muito a compatibilização interpretativa entre o processo judicial e os fundamentos constitucionais. O cientificismo e o dogmatismo de alguns conceitos da doutrina processual se apresentam como óbices para uma completa constitucionalização do processo, tendo em vista, sobretudo, o redimensionamento deste como lócus democrático.⁶⁰⁰

A base do direito processual, indiscutivelmente, é constitucional. A partir da Carta Magna e de seu bloco

contrato, em verdadeira prática abusiva a justificar um olhar mais acurado sobre o problema que se apresenta como verdadeiramente estrutural.” ORSINI; RIBEIRO, *op. cit.* p. 22.

⁵⁹⁸ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia:** O processo judicial como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. v. 3, p. 452.

⁵⁹⁹ *Idem*, p. 510.

⁶⁰⁰ *Idem*, p. 510-511.

principiológico tem-se os fundamentos e as garantias processuais que nortearão toda a dinâmica e interpretação processual. Abreu esclarece que:

A Constituição Federal de 1988 foi a Carta Política que mais se preocupou com a questão processual e também com o acesso à justiça. Enfrentou as questões relativas à assistência judiciária aos carentes e a legitimidade para agir. A par disso, criou uma série de novos instrumentos processuais para a garantia dos direitos individuais e transindividuais, além de converter em norma constitucional uma série de garantias e princípios gerais do direito processual. Por isso, o Direito Processual é inerente à Constituição, no sentido de que muito mais do que mero instrumento técnico, o processo é instrumento ético de efetivação de garantias constitucionais.⁶⁰¹

A partir dessa perspectiva, de que o processo judicial deve ser pensado tendo a Constituição Federal como norte, é que se procura desenvolver, neste estudo, possibilidades de enfrentamento do problema do excesso de litigância. A Constituição prevê o direito de acesso à justiça como garantia-pilar do Estado democrático de Direito. Contudo, a realidade praticada no cotidiano forense tem feito com que aquela garantia constitucional não esteja sendo concretizada de modo efetivo e eficiente.

O amplo acesso à justiça, como já dito, tem sido concretizado apenas de modo aparente ou inautêntico. O excesso de litigância, especialmente no que toca à frivolidade e habitualidade, tem se apresentado como óbice que precisa ser enfrentado e combatido.

A necessidade de se estabelecer um critério objetivo que permita ao magistrado “filtrar” o excesso de litigância é premente. O direito de ação e o amplo acesso à justiça não podem ser utilizados como escudos para obstruir o funcionamento pleno do Poder Judiciário. A abusividade precisa ser combatida, o que poderá ser feito pelo reconhecimento da viabilidade de utilização

⁶⁰¹ *Idem*, p. 511.

da avaliação custo-benefício no momento de acolhida da ação judicial.

Esta ação judicante passa pela hermenêutica jurídica. Por isso, o papel do magistrado nesse jogo processual também precisa ser revisto, de modo a reconhecer que o modelo tradicional hermenêutico se apresenta como insuficiente e precário para uma empreitada desse porte. A função do magistrado no acolhimento de demandas judiciais precisa ser reanalisada, e a análise econômica do Direito apresenta uma alternativa, a partir da lógica pragmática, que pode auxiliar nesse desiderato.

5.5.1 A frivolidade e habitualidade no cotidiano forense

O fenômeno da frivolidade e habitualidade processual se constata no dia a dia do Judiciário brasileiro. Ações com baixa probabilidade de êxito, manifestamente contrárias, muitas vezes, a julgados reiterados, e com excesso de habitualidade de propositura, ocupam boa parte do tempo de trabalho dos julgadores, impedindo-os, frequentemente, de dedicarem tempo e atenção devidos a inúmeras outras demandas não frívolas e que amargam a espera nas pilhas dos escaninhos judiciários.

A exclusão das demandas frívolas seria um mecanismo de melhora da eficiência da prestação jurisdicional, pois ampliaria a capacidade de resposta do Poder Judiciário. Para que se conheçam alguns números sobre o referido fenômeno vale apresentar informações que ilustram o volume e o excesso de litigância provocado pela frivolidade e habitualidade processuais.

Segundo pesquisa elaborada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, e apresentada no seminário “Combate à morosidade da Justiça – Diagnósticos e Propostas”, realizada em 13 de dezembro de 2013, em Brasília, o sistema de concessão e tomada de crédito figura como principal responsável pelo progressivo aumento de ações judiciais de massa. Outra pesquisa encomendada pelo CNJ aponta para a mesma constatação.⁶⁰²

⁶⁰²BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Concessão de crédito lidera o aumento de demandas judiciais**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/10592->

A pesquisa foi realizada somente em capitais e levou em consideração o total de processos ingressados em 2009. De acordo com aquela instituição de ensino, os dados demonstram o ajuizamento em massa de demandas com origem em contratos de consumo. Em Aracaju, dos vinte maiores demandantes locais, quatorze são instituições financeiras, ou seja, praticamente $\frac{3}{4}$ do volume das ações ajuizadas por maiores demandantes envolvem o setor financeiro, evidenciando a existência de problemas nas relações de crédito.⁶⁰³

Seguem alguns dados da pesquisa referente a demandas cíveis:

1. Manaus: 14.443 ações, sendo as maiores incidências busca e apreensão (6.125) e Reintegração de Posse (2.877).
2. Aracaju: 647 ações, sendo que a maior incidência versa sobre Busca e Apreensão (521).
3. Distrito Federal: 145.522 ações, sendo que as maiores incidências versam sobre cobrança (22.618) e de Busca e Apreensão (15.686).
4. Recife: 23.075 ações, sendo que as maiores incidências versam sobre Procedimento Ordinário (7.427) e Reintegração/ Manutenção de posse (3.325).
5. Rio de Janeiro: 67.020 ações, sendo que as maiores incidências versam sobre Contratos de Consumo (12.292) e Obrigações (12.186).
6. São Paulo: 108.519 processos, dos quais a maioria versa sobre contratos de consumo com Bancos e Instituições Financeiras (dados empíricos, comprovados nas visitas)
7. Porto Alegre: 65 processos, sendo que as maiores incidências versam sobre contratos bancários- tarifas, juros e revisão contratual (45) e Obrigações (títulos de crédito e inscrição indevida no SPC).⁶⁰⁴

concessao-de-credito-lidera-o-aumento-de-demandas-judiciais>. Acesso em: 9 fev. 2014.

⁶⁰³ *Idem.*

⁶⁰⁴ *Idem.*

Conforme aponta o levantamento, “o congestionamento do Judiciário acaba se tornando uma opção benéfica para algumas partes, tanto para bancos quanto para os consumidores”.⁶⁰⁵ A pesquisa indica, como exemplo, os contratos de alienação fiduciária, hipóteses em que “a inadimplência no contrato pode ser uma alternativa interessante para o credor, uma vez que com isso usufrui de determinados benefícios tributários.”⁶⁰⁶ Por outro lado, “a demora no julgamento também interessa ao devedor, pois enquanto a batalha se desenrola na Justiça ele continua usufruindo do bem que é o objeto da disputa judicial.”⁶⁰⁷

Em outros casos mais específicos, também se constata exemplos de demandas frívolas:

1) Numa ação de reparação de danos, que tramitou na vara de Itajaí, teve-se um caso de uma demanda que versava sobre uma discussão entre alguns participantes de um jogo na internet denominado VATSIM. O autor da ação se sentiu ofendido enquanto jogava uma partida do aludido jogo e, em razão disso, pleiteava por danos morais. Não obstante, os réus também se sentiram insultados, motivo pelo qual postularam por uma indenização para amenizar os danos às suas honras.⁶⁰⁸

In casu, o referido magistrado foi categórico ao descrever a banalização do direito de ação, além do instituto do dano moral, haja vista o simples desconforto ocasionado por uma mera discussão em um jogo virtual. Confira-se:

[...] ‘Com a devida vênia, não existem os danos reclamados, sendo que por ser muito fácil ingressar em juízo, acabamos chegando a situações como a presente de absoluto abuso do exercício do direito de ação.’ [...] E

⁶⁰⁵ *Idem.*

⁶⁰⁶ *Idem.*

⁶⁰⁷ *Idem.*

⁶⁰⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Juizado Especial Cível da Comarca de Itajaí. **Ação de reparação de danos n.º 033.08.013470-2**. Sentença do magistrado Eduardo Mattos Gallo Júnior. 12/03/2009.

isto cobra um preço. Este preço reflete-se na nova maneira de satisfação de todas as vontades, principalmente com novas demandas judiciais. E o Poder Judiciário ao acolher esta reivindicação se põe à serviço do fomento perverso, sem que ocupe o lugar de limite. Passa a ser um gestor de acesso ao gozo. Se a realidade de exclusão causa insatisfação, se o outro olhou de maneira atravessada, não quis cuidar de mim, abandonou, coloco-se na condição de vítima e se reivindica reparação, muitas vezes moral. Sem custas, na lógica dos Juizados Especiais, a saber, sem pagar qualquer preço. Aliás, dano moral passou a ser *band-aid* para qualquer dissabor, frustração, da realidade, sem que a ferida seja cuidada. Pais que demandam indenização moral porque não podem ver os filhos, filhos que querem indenização moral porque os pais não os querem ver. Maridos e Mulheres que se separam e exigem dano moral pela destruição do sonho de felicidade. Demandas postas, acolhidas/rejeitadas, e trocadas por dinheiro, cuja função simbólica é sabida: pago para que não nos relacionemos. E, ao final, arremata: [...] O manejo de tal direito pressupõe um Poder Judiciário que dará movimentação ao pleito, com custos alarmantes e questões sociais sérias emperradas pela banalização do Direito de Ação. [...] Impossível que se promova, de fato, a garantia do acesso à Justiça, ainda mais quando o sujeito quer satisfazer judicialmente questões de outra ordem, na lógica do: não custa nada mesmo; irei incomodar o réu. 'Tal situação somente prejudica os demais jurisdicionados que possuem questões muito mais sérias a serem analisadas, sendo que todas as demais questões debatidas pelas partes ficam com a sua análise prejudicada pela conclusão que aqui se tomou' (*sic*, ou melhor 'Ufa!').

Extrai-se do Recurso Extraordinário com Agravo, do Rio de Janeiro, decisão do Ministro Teori Zavascki. No dia 17 de maio de 2008, a demandante havia comprado produtos no estabelecimento recorrido, entre os quais um pacote de pães de queijo, no valor de R\$ 5,69 (cinco reais e sessenta e nove centavos), e que estariam “mofados”, inviáveis ao consumo normal, causando “grande frustração” à requerente. Após seis meses, a requerente ajuíza ação de reparação de danos materiais e morais, pleiteando compensação por danos extrapatrimoniais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). A Turma Recursal de origem manteve sentença de parcial procedência da ação, condenando a recorrida à devolução do valor pago pelo produto viciado, negando o pedido de condenação por danos morais, por não caracterizados, no caso. Inconformada a autora, representada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, resolveu, assim, submeter o caso ao STF, mediante recurso extraordinário. O excerto da decisão em termos:

O que a parte recorrente busca ver assegurado é, unicamente, o direito de obter, além da devolução (já assegurada em primeira instância), do preço pago pela mercadoria (R\$-5,69), uma reparação moral pela ‘grande frustração’ pessoal de não ter podido consumir imediatamente alguns pães de queijo, que estavam mofados quando foram adquiridos. Por mais honestas e sérias que pretensões como essas se apresentem, não se compreende como, em nosso País, não haja a solução por mecanismos extrajudiciais, e que, depois de judicializadas, não possam ser definitivamente resolvidas no âmbito dos Juizados especiais. Só admitindo a falência desses Juizados e dos demais juízos e tribunais estaduais e federais que compõem as instâncias ordinárias é que se poderia admitir a submissão de causas como essas à apreciação do Supremo, obrigando que a mais alta Corte Judiciária do Brasil sobre ela se debruce, ainda que para afirmar que o recurso não deveria ter sido interposto. Sem falar nos custos financeiros que isso representa aos cofres da Nação

(milhares de vezes superiores ao valor econômico da causa) e do gasto de tempo que impõe aos serviços judiciários, a insistência em recorrer, em situações da espécie, revela que não basta haver leis no País filtrando o acesso às instâncias extraordinárias. É preciso que haja também uma mudança de cultura, uma séria tomada de consciência, inclusive pelos representantes judiciais das partes – defensores públicos, advogados públicos e privados, ministério público -, de que a universalização de acesso ao STF, antes de garantir justiça, contribuirá ainda mais para a inviabilização do nosso sistema de justiça.⁶⁰⁹

Existem inúmeros outros casos de julgados que bem retratam a realidade de demandas frívolas e repetitivas, os quais estão relacionadas no Anexo deste estudo.

5.6 A HERMENÊUTICA PRAGMÁTICA DA EFETIVIDADE PROCESSUAL E AS ALTERNATIVAS POSSÍVEIS PARA O ENFRENTAMENTO DOS FENÔMENOS DA FRIVOLIDADE E DA HABITUALIDADE

A questão da interpretação judicial se impõe para os fins deste estudo. Teve-se aqui a preocupação de apontar o excesso de acesso à justiça, materializada pelo excesso de litigância, especialmente a litigância frívola e habitual, como um dos problemas a ser combatido no âmbito do processo civil. Pensa-se em um mecanismo que pudesse ser manejado pelo magistrado para coibir ou minimizar esses excessos que implicam aparente amplo acesso à justiça.

Discorreu-se acerca do estabelecimento de um critério objetivo, com base na lógica custo-benefício, que pudesse permitir o magistrado, no momento de acolher uma ação, rejeitar o ingresso de uma demanda que apresentasse custo negativo frente ao custo total do processo. A aplicação desse critério se

⁶⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 729.870**. Rio de Janeiro. Relator: Ministro Teori Zavascki. 08/10/2013.

dará por meio de uma decisão judicial, e a interpretação torna-se fundamental e estratégica para o sucesso dessa iniciativa.

É bom ficar claro, desde já, que o propósito deste estudo, como medida prioritária, é estabelecer um diagnóstico em relação ao problema do excesso de litigância e da sua relação com a frivolidade e habitualidade processuais. Pretende-se, também, propor, numa visão macro, uma alternativa hermenêutica com respaldo teórico consistente o suficiente para oferecer ao magistrado fundamentação teórica para o enfrentamento dos fenômenos processuais referidos, pensando na plena efetivação do acesso à justiça a partir da lógica de efficientização do procedimento. Parte-se, pois, da noção de que o acesso sem critérios implica a efetivação da tragédia dos comuns no campo do acesso à Justiça. O caminho escolhido foi a hermenêutica pragmática e consequencialista de Posner.

Entende-se que, aqui, a teoria de Posner, especialmente no tocante à função do juiz, pode oferecer importante suporte à pretensão desta pesquisa. Para Posner, a hermenêutica objetivo-dedutiva é insuficiente e precária, devendo-se assumir o que ele chama de abordagem pragmática do Direito. O método dedutivo seria insuficiente para dar conta da complexidade jurídica, sobretudo da análise econômica do Direito aplicada no âmbito processual.⁶¹⁰

O referido autor não acredita no método formalista-dedutivo, tampouco em qualquer outro método que ofereça extrair do texto de lei a intenção subjetiva ou a vontade do legislador. Além disso, possui restrições a métodos que se baseiem em subjetivismos e que recorram a recursos destinados ao psicologismo processual. Rejeita, ainda, soluções interpretativas voltadas à descoberta de algum modelo ideal ou puro de interpretação jurídica.

Posner enxerga o jogo processual a partir da visão comportamentalista behaviorista⁶¹¹ e explica que, quando o

⁶¹⁰Essa posição de Richard Posner sobre hermenêutica e sobre o papel do juiz foi desenvolvida no capítulo segundo, subseção 1.2.6.

⁶¹¹Como dito no capítulo segundo, subseção 1.2.6: a partir desta visão behaviorista, o autor é adepto a corrente da psicologia que parte do princípio de que a conduta e o comportamento dos sujeitos podem ser objetos de observação objetiva, mensuração e controle, tal e qual ocorre em relação aos fatos e eventos naturais. O autor afirma que o

método interpretativo falha, o juiz acaba por criar políticas públicas que provocam distorções processuais. O autor é taxativo ao afirmar que os juízes levam em consideração, no momento de julgar, suas experiências de vida e valores morais. A decisão judicial seria sempre uma decisão política e, em razão disso, somente um método objetivo⁶¹² poderia transformar-se em mecanismo hábil a permitir a aplicação de um critério que tenha por base a lógica custo-benefício.

Este método seria o que ele chama de pragmático. Posner entende que somente dessa maneira seria possível minimizar os problemas causados pela discricionariedade da decisão judicial, que, segundo o autor, abre lacunas para a criação legislativa e que transforma a interpretação em uma ação judicante sem controle.

Enfim, Posner imagina que a análise custo-benefício das demandas judiciais apenas pode ser realizada por uma reflexão objetiva e consequencialista. Em outras palavras, as decisões judiciais deverão objetivamente estar focadas nas consequências que serão acarretadas por aquele julgado. Eis a essência da lógica pragmática. O juiz, ao decidir, não poderá perder de vista quais serão as implicações de sua decisão, especialmente no tocante às implicações e aos impactos econômicos.

Esse método se ajusta à proposta de tese em questão. Aqui se defende que a litigância frívola e habitual precisa ser alvo de uma ação mais forte do Poder Judiciário, para que se rompa,

behaviorisimo, muito embora seja uma ideia moderna, adequa-se bem às ideias iluministas de liberdade e autonomia individuais, ainda que pareça haver uma contradição teórica – uma vez que o determinismo é antítese de liberdade. O behaviorismo representa um balizador comportamental que se apresenta com grande potencial para a atuação do juiz pragmático pensado por Posner. O determinismo mental bem se ajusta ao raciocínio maximizador próprio da análise custo-benefício que o referido defende para o direito.

⁶¹²Importante esclarecer que Posner imagina um método objetivo, e pretensamente neutro, com o qual não se concorda. Essa objetividade somente será viável de forma parcial. O intérprete sempre se inclui na interpretação, conforme já explicou Hans Georg Gadamer. Bom que fique claro aqui que não há uma adesão total à teoria de Posner nesse sentido. Apenas imagina-se que seja útil para os propósitos desta tese, especialmente no que diz respeito à criação de um mecanismo objetivo que permita a magistratura a melhor filtragem das ações frívolas.

de uma vez por todas, com o modelo de acesso à Justiça falsamente pleno. No momento de receber uma demanda de baixa probabilidade de êxito, o magistrado poderia deixar de acolhê-la com o fundamento objetivo de abusividade do manejo do direito de ação. O respaldo de sua decisão viria de uma análise custo-benefício, a qual demonstraria que o custo daquela demanda seria negativo.

Porém, para avançar, bem como para reconhecer a possibilidade de aplicação do método pragmático-consequencialista, é preciso rever o atual modelo hermenêutico, que ainda prevalece no campo jurídico, além de ser necessário demonstrar sua insuficiência não somente para dar conta da complexidade do direito, como também para oferecer mecanismos como o que se pretende defender aqui, para controle objetivo de demandas frívolas.

Primeiramente, far-se-á breve resgate⁶¹³ das linhas mestras do modelo hermenêutico prevalente e do que se imagina como posição mais adequada em relação à interpretação judicial.

O modelo hermenêutico⁶¹⁴ prevalente é o atrelado às bases teóricas da filosofia da consciência, no qual prepondera a lógica sujeito-objeto e da tradição mecanicista advinda da ciência moderna.⁶¹⁵ No campo jurídico, o formato que melhor caracteriza e o que se pratica no âmbito da interpretação é o objetivista-

⁶¹³A questão hermenêutica foi aprofundada em MARCELLINO JR., *op. cit.*

⁶¹⁴A origem da palavra “Hermenêutica” encontra-se no vocábulo grego *hermeneúein*, derivada do deus Hermes (Mercúrio), o intérprete da vontade divina na mitologia grega. É na obra de Aristóteles, *Organon*, que se encontra o emprego mais remoto do vocábulo. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma explosão hermenêutica da construção do Direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.p. 111-121.

⁶¹⁵Com Bacon e, especialmente, Descartes – que abrem a percepção moderna quanto ao conhecimento e ao saber científico –, a razão é eleita como ponto de partida da compreensão – que seria alcançada por regras e métodos de indução garantidores da objetividade dos resultados. CHALMERS, Alan F. **O que é ciência, afinal?** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 1993. p. 23 e ss.

idealista de Betti.⁶¹⁶ A proposta de Betti não somente influenciou os estudiosos do Direito a partir de sua abordagem neo-kantiana de apreensão do saber, como também fortaleceu a concepção normativista e metódica da hermenêutica clássico-cartesiana.^{617,618}

Segundo o modelo tradicional de hermenêutica, a interpretação consiste em uma ação racional disciplinada, aplicada conforme regras e com o intuito de reproduzir o propósito original do texto lido. Isso implica dizer que a atividade interpretativa se prestaria a reproduzir e transmitir a vontade, ou seja, a real intenção do legislador. Seria, em realidade, a interiorização (*a priori*) ou tradução para a sua linguagem própria de objetivações estabelecidas por outra pessoa.⁶¹⁹

O modelo bettiano procura alcançar objetividade nos resultados do exercício interpretativo. Para isso, seria necessário distinguir a atribuição de sentido da interpretação em si. A interpretação de vertente bettiana busca constatar, capturar, apreender aprioristicamente o que o autor original quis dizer sobre algo, a partir de métodos regrativos e da perspectiva de um *eu puro* universal que seria absoluto, autodeterminante de si e do mundo-objeto que o circunda.⁶²⁰

A compreensão do texto é estabelecida a partir da lógica normativa-racional, utilizando-se de métodos os mais variados, entre eles, o gramatical ou literal, o lógico, o sistemático, o histórico e o sociológico ou teleológico.⁶²¹ Esses métodos são

⁶¹⁶Trata-se aqui do historiador e jurista italiano da Universidade de Roma, Emílio Betti. Conferir em BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953. v. I; BETTI, Emilio. **Cours de droit civil compare des obligations**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1958.

⁶¹⁷DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Elza Moreira Marcelina. Brasília: Editora UNB, 1985.p. 44-45.

⁶¹⁸STRECK, *op. cit.*, p. 94.

⁶¹⁹*Ibidem*, p. 94 e 106.

⁶²⁰Também em decorrência da premissa dogmática mitificada pelo *cogito* cartesiano “*penso, logo existo*”, que influenciou toda a epistemologia moderna. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

⁶²¹FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1980. p. 73-80. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonag, 1998. p. 138 e ss.

marcados por oferecerem, pretensamente, acesso neutro na busca por uma verdade fundante extraída do núcleo da significação. São em realidade instâncias retóricas que primam por canalizar, de modo aparentemente objetivo e científico, determinados valores que se pretendem por alguma razão preservar.⁶²²

No Brasil, uma referência de doutrina hermenêutica que segue a perspectiva bettiana é a de Maximiliano. Em sua concepção, a hermenêutica jurídica tem por objetivo reproduzir o sentido linguístico dado pelo legislador no momento de elaboração da lei. Esse exercício de interpretação se consubstanciaria no cotejo entre o texto abstrato e o caso concreto, isto é, entre a norma jurídica e o fato social.⁶²³

No entanto, o modelo tradicional passa a ser revisto teoricamente a partir do chamado movimento *linguistic turn* (Rorty)⁶²⁴, ocorrido no século XX. A partir de então, as bases epistemológicas e filosóficas do tradicional modo de interpretar são revistas e colocadas em xeque. Aquela ideia de que o intérprete seria um correspondente de verdades exclusivas, convicções inatas ao texto, é superada, e isso ocorreu por conta de uma virada no pensamento filosófico contemporâneo que deixou de encarar a linguagem apenas como um transmissor de essências e sentidos.

A ruptura com o modelo de compreensão clássico, ainda pensado na perspectiva sujeito-objeto, foi empreendida de modo efetivo a partir da obra de Heidegger e Gadamer. Com eles, o fenômeno hermenêutico passou a ocupar lugar de destaque na filosofia. Segundo Streck, com Heidegger consubstanciou-se a ruptura com o paradigma metafísico-essencialista, que, com seus dualismos⁶²⁵ e aporias, atormentava a relação do sujeito com o conhecimento, com o mundo a seu redor e a própria relação com os demais sujeitos. A relação humana, assim, passa a ser

⁶²²STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, *op. cit.*, p. 110.

⁶²³MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 1.

⁶²⁴RORTY, Richard. **Objetivismo, relativismo e verdade**. Tradução de Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

⁶²⁵STRECK, *op. cit.*, p. 119.

considerada a partir da perspectiva intersubjetiva, isto é, entre sujeito-sujeito.⁶²⁶

Heidegger provoca uma guinada paradigmático-ontológica, que alterou a compreensão a respeito do método e da ontologia tradicionais e que, até então, ainda eram tributárias das teorias da subjetividade e da representação.⁶²⁷ Segundo Stein, tais teorias, sob as quais subjazem não somente os dualismos metafísicos⁶²⁸, como também a relação epistêmica consciência-mundo, são revistas e discutidas a partir das novas concepções de “temporalidade” e “mundo vivido” de Heidegger.⁶²⁹

O filósofo alemão propõe um novo método quanto à apreensão cognoscitiva, afrontando a tradição antropológica⁶³⁰ da época, tendo como objetivo o rompimento com o paradigma da consciência-reflexiva, que atinge seu auge na transcendentalidade kantiana. Tal método se baseia no que ele chama de “analítica existencial”, que se volta não mais para o ente como ente, como fazia a metafísica tradicional, mas sim e, desde sempre, compreendida para o “ser”. Em realidade, estabeleceu-se uma nova perspectiva de compreensão, isto é, uma compreensão existenciária.⁶³¹ Em outras palavras, refere-se a uma compreensão concebida a partir de uma estrutura

⁶²⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 1993. parte I; HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1997. parte II.

⁶²⁷ HEIDEGGER, *op. cit.*, parte I, p. 50-54.

⁶²⁸ Tais como “idealismo platônico *versus* realismo aristotélico”.

⁶²⁹ Stein ressalta as seis teses centrais de *Ser e Tempo*: “1. no início da obra, Heidegger situa a questão da ontologia fundamental, do sentido do ser; 2. a clarificação desta questão somente pode resultar do recurso ao único ente que compreende ser – o homem (*Dasein*), o *estar-aí*; 3. o *estar-aí* é ser no mundo; 4. Ser-no-mundo é cuidado, cura (*sorge*); 5. cuidado é temporal (*zeitlich*); 6. a temporalidade do cuidado é temporalidade ecstática que se distingue do tempo linear, objetivado.” STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre ‘Ser e Tempo’**. Petrópolis: Vozes, 1990. p. 11.

⁶³⁰ Sua recusa a um antropologismo humanista é reafirmada em HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Lisboa: Guimarães Editores, 1987.

⁶³¹ HEIDEGGER, *op. cit.*, parte I, p. 39.

ontológica centrada no sentido do ser, na hermenêutica do “sujeito existencial”, ou melhor, do “estar-aí”, do Dasein.^{632,633}

A questão do sentido do ser, explica Streck, somente passa a ser possível a partir da compreensão do próprio ser. Compreender é, desde sempre, modo de ser do sujeito.⁶³⁴

Nessa nova concepção, a compreensão passa a se dar como um processo prévio; como condição prévia surgida da articulação do mundo e não mais como um estabelecimento do *eu transcendental* moderno, mas sim como um *sistema do ser*. Por este novo modelo hermenêutico, que trata da compreensão e que procede a revisão e releitura da relação sujeito-objeto, desaparecem do campo da interpretação os ideais subjetivos de transparência, espelhamento, reflexão e introspecção, próprios do universo racional-subjetivo.⁶³⁵

A partir da ontologia fundamental, a lógica racional de um “eu puro”, que se julgava capaz de determinar a si e o mundo ao seu redor, de modo a se re-situar no próprio modo de ser do homem. Compreender, que antecipa o interpretar, antes de uma maneira de conhecer, é um modo de ser no mundo, ou seja, é um modo de estar e de se defrontar com sua finitude no *mundo vivido*. A consciência, neste processo sempre chega tarde, sempre se mostra insuficiente ao todo da compreensão.⁶³⁶

⁶³² A expressão estar-aí é utilizada para enaltecer uma neutralidade essencial, pois “a interpretação deste ente deve ser realizada antes de qualquer conereção fática. Esta neutralidade também quer dizer que o estar-aí, não é nenhum dos dois sexos. Mas este caráter assexuado não é a indiferença da nulidade vazia, a negatividade fraca de um nada ôntico indiferente. O estar-aí, em sua neutralidade, não é indiferente a ninguém e qualquer um, mas é a positividade originária e a condição poderosa de manifestar-se em seu ser.” STEIN, *op. cit.*, p. 22.

⁶³³ Zizek também anota que “es por esto por lo que Heidegger habla del ‘Dasein’ y no del hombre ni del sujeto, el sujeto está *fuera* del mundo y posteriormente se relaciona con él, generando los seudoproblemas de la correspondencia de nuestras representaciones con el mundo externo, de la existencia del mundo, etc; el hombre es un ente *dentro* del mundo.” ZIZEK, Slavoj. **Amor sin piedad: hacia una política de la verdad**. Tradução de Pablo Marinas. Madrid: Síntesis, 2004. p.17-18.

⁶³⁴ STRECK, *op. cit.*, p. 187.

⁶³⁵ HEIDEGGER, *op. cit.*, parte II, p. 10.

⁶³⁶ Heidegger, com a máxima que se tornou símbolo de sua teoria, afirma que “[...] a linguagem é a casa do ser manifestada e apropriada

A linguagem deixa assim de ser transmissora de imanências humanas para se tornar condição de possibilidade do ser, isto é, condição de possibilidade de manifestação do sentido. Com a linguagem, que respalda o existencial como abertura à compreensão, rompe-se com a verdade subjetiva para se reconhecer a verdade intersubjetiva. O sentido deixa de ser elemento de reprodução interpretativa para se transformar naquilo que dê sustentação ao compreender.⁶³⁷

A tese de Heidegger irradiou influência sobre vários estudiosos, tendo sido importante para os estudos de Wittgenstein⁶³⁸ e, principalmente, para o filósofo Hans-Georg Gadamer, que, aprimorando a transição entre razão epistêmica moderna e racionalidade hermenêutica⁶³⁹, por meio de seu *Verdade e Método*⁶⁴⁰, estabeleceu os fundamentos da hermenêutica filosófica, avançando muito em relação à fenomenologia hermenêutica e à hermenêutica da facticidade.⁶⁴¹

O objetivo de Gadamer não é apresentar um novo método. O autor não questiona o que se faz ou o que se deve fazer (método), mas sim aquilo que é comum a toda maneira de compreender, o que efetivamente recai sobre a possibilidade da compreensão.⁶⁴²

pelo ser e por ele disposta. [...] O homem, porém, não é apenas um ser vivo, pois, ao lado de outras faculdades, também possui a linguagem. Ao contrário, a linguagem é a casa do ser; nela morando, o homem existe enquanto pertence à verdade do ser, protegendo-a". HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**, *op. cit.*, p. 58.

⁶³⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. *op. cit.*, parte I, p. 208.

⁶³⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **A filosofia na crise da modernidade**. São Paulo: Loyola, 1989. p. 85-86.

⁶³⁹ Gadamer faz a crítica da modernidade por meio desta passagem da Epistemologia à Hermenêutica.

⁶⁴⁰ GADAMER, *op. cit.*; GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**. Tradução de Ênio Paulo Gichini. Petrópolis: Vozes, 2002; GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y metodo**. Tradução de Ana Agud Aparício y Rafael de Agapito. Salamanca: Ortega, 1977.

⁶⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**, *op. cit.*, p. 125.

⁶⁴² LUDWIG, Celso Luiz. Gadamer: a racionalidade hermenêutica – contraponto à modernidade. *In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). Crítica da modernidade: diálogos com o Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.p. 148.

A hermenêutica de Gadamer parte da historicidade do ser, que não representa mais uma delimitação restritiva da razão e de seu postulado de verdade, e sim uma condição positiva para o conhecimento da verdade, sempre sob a perspectiva da experiência. Com isso, ele pretende demonstrar que existe um universo fundamental do ser humano, representativo de sua “totalidade”, que pode ser descrito pela experiência. Esta experiência hermenêutica, ressalta o autor, não possui relação com a experiência sensorial das ciências empíricas. A experiência a que se refere é aquela experiência humana de mundo que, desde sempre na linguagem, deixa de ser considerada como elemento simplesmente dado, para se tornar construção vivencial consubstanciada ao longo do tempo.⁶⁴³

Repassando toda a longa história da hermenêutica e da linguagem, Gadamer retoma a questão da temporalidade, já exaustivamente discutida por Heidegger, para enaltecer a finitude existencial e sua influência delimitadora para o processo compreensivo-interpretativo. É o reconhecer da impotência do juízo humano diante da distância temporal, que está em constante movimento e ampliação, sendo esse, segundo Gadamer, “o lado produtivo que ela oferece à compreensão”.⁶⁴⁴

Assumir uma consciência histórica representa tornar-se ciente dos pré-conceitos que regem a compreensão, “a fim de que a tradição se destaque e se imponha como uma opinião diversa.”⁶⁴⁵ Tal encontro com a tradição⁶⁴⁶ engendra necessária suspensão fundamental dos próprios pré-conceitos, e esta suspensão de juízos é o que permite a pergunta a que somos interpelados a compreender. Em outras palavras, para Gadamer, o compreender é um processo histórico-efetual que rompe com a ingenuidade do objetivismo histórico – que se auto-exclui na compreensão.⁶⁴⁷

⁶⁴³GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**, *op. cit.*, p. 588-589.

⁶⁴⁴GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**, *op. cit.*, p. 80.

⁶⁴⁵*Idem.*

⁶⁴⁶Gadamer explica que: “É a tradição que abre e delimita nosso horizonte histórico, e não um acontecimento opaco da história que acontece ‘por si’.” GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**, *op. cit.*, p. 94.

⁶⁴⁷*Ibidem*, p. 81.

A compreensão, nessa linha, deixa de ser mero entendimento histórico que teria a capacidade e a habilidade para reconstituir o sentido do texto. Não se trata de transferir-se para o outro e reproduzir suas vivências ou, ainda, pretender entrar na vida e nos sentimentos do autor original. Compreender é, antes de mais nada, um processo em que o intérprete se inclui⁶⁴⁸ e no qual ocorre o que Gadamer denomina de “fusão de horizontes”⁶⁴⁹.

A crítica gadameriana supera a velha tradição hermenêutica, que procedia a cisão entre compreensão (*subtilitas intelligendi*), interpretação (*subtilitas explicandi*) e aplicação (*subtilitas aplicandi*). Segundo o autor, todas essas etapas, em realidade, ocorrem numa só: a *aplicativo*.⁶⁵⁰ Isso porque seria impossível reproduzir sentidos. No compreender-interpretar, o processo é sempre produtivo. A aplicação é, pois, momento constitutivo da própria compreensão, e não um possível efeito seu.⁶⁵¹

Impossível, assim, uma interpretação correta em si, pois, desde sempre na linguagem, em cada interpretação estará em questão o próprio texto. Conforme o autor, “a vida histórica da tradição consiste na sua dependência a apropriações e

⁶⁴⁸GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**, *op. cit.*, p. 497,499 e 502.

⁶⁴⁹Para o autor: “[...] no redespertar do sentido do texto já se encontram sempre implicados os pensamentos próprios do intérprete. Nesse sentido o próprio horizonte do intérprete é determinante, mas também ele não como um ponto de vista próprio que se mantém ou se impõe, mas como uma opinião e possibilidade que se aciona e coloca em jogo e que ajuda a apropriar-se verdadeiramente do que se diz no texto. Acima descrevemos isso como fusão de horizontes.” GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**, *op. cit.*, p. 503.

⁶⁵⁰Streck afirma que o sentido “não exsurge porque o intérprete utiliza este ou aquele método. Tampouco o intérprete interpreta por partes, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica: primeiro, a *subtilitas intelligendi*, depois a *subtilitas explicandi* e, por último, a *subtilitas aplicandi*. Claro que não! Gadamer vai deixar isto muito claro, quando diz que esses três momentos ocorrem em um só: *applicatio*. É neste ponto que reside o maior contributo de Gadamer à hermenêutica jurídica.” STRECK, *op. cit.*, p. 208-209.

⁶⁵¹GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**, *op. cit.*, p. 461.

interpretações sempre novas”.⁶⁵² Para ele, uma interpretação correta “em si” seria “um ideal desprovido de pensamento, que desconhece a essência da tradição. Toda interpretação deve acomodar-se à situação hermenêutica a que pertence.”⁶⁵³

Assim sendo, com o giro linguístico, destacadamente em Heidegger e Gadamer, vê-se que a hermenêutica jurídica tradicional se mostra como projeto esgotado e insuficiente⁶⁵⁴, porquanto ainda calcada nos fundamentos e dogmas da filosofia da consciência e fiel ao metodologismo científico.

No campo do Direito, tal insuficiência e precariedade do modelo interpretativo tradicional torna-se evidente, diante de toda a sua complexidade. No âmbito do Direito Processual, não é diferente. É no transcurso do processo que a interpretação assume um protagonismo destacado. As decisões do magistrado mudam o rumo do processo e reordena, como melhor lhe aprouver, o encadeamento dos significantes que são constituídos a partir da relação dialética linguística entre as partes.

Nesse sentido, especialmente no âmbito do processo civil, Abreu aponta que essa precariedade do modelo tradicional de interpretar, eivado de dogmatismo e cientificismo de vertente racionalista, tem acarretado, inclusive, um distanciamento entre teoria e prática, nos seguintes termos:

Há uma significativa distância entre o discurso teórico e a prática forense. Muito embora sejam conhecidos os avanços da filosofia do direito no século XX, notadamente o resgate do pensamento clássico e o conseqüente retorno da hermenêutica, as instituições universitárias e legislativas impõem um comportamento

⁶⁵² *Ibidem*, p. 514.

⁶⁵³ *Idem*.

⁶⁵⁴ Gadamer denuncia: “o historiador E. Betti fez uma síntese da tradição idealista da hermenêutica desde Schleiermacher, chegando à Dilthey e seguindo mais adiante. [...] mesmo a brilhante dialética com que E. Betti procurou justificar o legado da hermenêutica romântica conjugando o subjetivo e o objetivo mostrou-se insuficiente depois que *Ser e Tempo* demonstrou o caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e, sobretudo, quando o Heidegger tardio fez ruir o âmbito da reflexão filosófico-transcendental com a ideia da ‘virada’.” GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**, *op. cit.*, p.121 e 126.

dogmático. O direito é idealizado como um produto exclusivo do Poder Legislativo e a consequência dessa distorção representa tornar os juristas, além de irresponsáveis, uma espécie de braço mecânico do poder. Ao contrário do que as filosofias liberais procuram insinuar, o sonho racionalista possui um componente autoritário, correspondendo a um modelo político muito mais opressivo do que o democrático, como hoje é possível perceber. Imprimindo à lei um sentido unívoco, dispensada sua compreensão hermenêutica, a proposição legislativa afigura-se à expressão da vontade do legislador, portanto, a vontade do poder constituído, ou seja, a lei produzida pelo Poder, não a lei criada por seus consumidores.⁶⁵⁵

Posner também mostrou, e isso foi visto no capítulo segundo, que não acredita no processo interpretativo sem que o magistrado se inclua na compreensão, com suas vivências e experiências. O autor afirmou, ainda, que a decisão de um magistrado é sempre política e que a discricionariedade decisional se apresenta como um risco ao transcurso do processo judicial.

Para os fins deste estudo, torna-se interessante adotar a tese de Posner quanto à possibilidade de utilização da análise custo-benefício como um critério objetivo a ser manejado pela magistratura, a partir de uma abordagem consequencialista. Claro que não se pode aqui aderir ao pensamento de Posner no que diz respeito a sua visão behaviorista em relação ao comportamento das partes do processo. Como visto com Heidegger e Gadamer, o processo de constituição da interpretação não pode ser analisado a partir da visão determinista ou mentalista.

O jogo processual não é sempre previsível e possível de ser colmatado. A interação das partes entre si e com o magistrado se dá em razão de uma série de variáveis, interesses e erros. Isso é possível de se compreender a partir da teoria dos

⁶⁵⁵ ABREU, *op. cit.*, p. 512.

jogos. Joga-se também com as normas processuais aproveitando-se, de regra, da opacidade do Direito⁶⁵⁶, isto é, do desconhecimento que se tem a respeito delas e das oportunidades daí advindas.

A proposta de Posner de um juiz pragmático, ou seja, de um magistrado que racionalmente utiliza-se da lógica custo-benefício para tomar suas decisões, tendo em vista os aspectos econômicos do processo judicial, pode se apresentar com um contributo importante no propósito de defender-se aqui o acesso à justiça efetivo.

Para além da questão de fundamentação hermenêutica para respaldar o magistrado na utilização do critério custo-benefício como um elemento a ser levado em consideração no momento de acolhimento de ação manifestamente frívola, deve-se também considerar questões de ordem normativa.

Importante reiterar que o propósito desta tese é o de estabelecer um marco teórico e especulativo que possa servir como ponto de partida para se pensar o problema do excesso de litigiosidade, especialmente pelo viés da frivolidade processual. Por isso, operou-se um corte epistemológico na teoria de Posner, para utilizar de sua proposta de utilização de critério custo-benefício como alternativa de cunho teórico.

O desafio é pensar a questão pela via da normatividade, não somente considerando dispositivos de lei já existentes e que possam, de alguma forma, contribuir com os fins deste estudo, como também levando em conta a possibilidade de inovação legislativa, o que se tratará a partir daqui.

⁶⁵⁶Com Cárcova: “Existe, pues, una opacidad de lo jurídico. El derecho, que actúa como una lógica de la vida social, como un libreto, como una partitura, paradójicamente, no es conocido o no es comprendido por los actores en escena. Ellos cumplen ciertos rituales, imitan algunas conductas, reproducen ciertos gestos, con escasa o nula percepción de sus significados y alcances. Los hombres son aprehendidos por el derecho desde antes de nacer y, por intermedio do derecho, sus voluntades adquieren ultraactividad, produciendo consecuencias aun después de la muerte. El derecho organiza, sistematiza y otorga sentido a ciertas relaciones entre los hombres: relaciones de producción, relaciones de subordinación, relaciones de apropiación de los bienes”. CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998. p. 18.

É preciso reconhecer que já existe na legislação vigente dispositivo que pode parcialmente oferecer uma alternativa processual a enfrentar o problema aqui descrito. Trata-se do art. 285-A do Código de Processo Civil. Vejamos seus termos:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Este dispositivo foi inserido no Código de Processo Civil como inovação inserida pela Lei n.º 11.277, de 2006. Versa sobre mecanismo que autoriza o magistrado, de modo sumário, a julgar *prima facie*, sentenciando ação proposta e que, em casos idênticos, já tenha sido objeto de julgamento naquele juízo. Trata-se de faculdade concedida ao magistrado, que poderá ou não utilizar deste instrumento no momento de acolhimento de ações judiciais.

Quando o dispositivo fala em “casos idênticos” se refere à hipótese de demandas repetitivas, nas quais se discute a mesma tese jurídica antes abordada em outro processo. O escopo do art. 285-A, segundo Sant’Anna, é “permitir o rápido desfecho do processo repetitivo em sua integralidade.”⁶⁵⁷

Ocorre que, nos casos em que se poderia aplicar este dispositivo, não deveria se admitir um argumento novo na demanda. Só seria possível aplicar tal regra para os casos de fatos idênticos, o que limita muito sua utilização no dia a dia forense. Segundo Wambier *et all*,

É que se, consoante autoriza o art. 285-A, o juiz poderá copiar a sentença proferida em

⁶⁵⁷SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. Ações repetitivas e julgamento liminar (art. 285-A do CPC). **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, n. 70, p. 106, jan. 2009.

casos idênticos, o caso ao qual poderá ser aplicado o referido dispositivo legal não poderá conter qualquer argumento novo, que deva ser analisado pelo juiz. Não fosse assim, a sentença a ser proferida – por ser cópia de sentença anterior, que não analisara este argumento novo – seria omissa quanto a um ou alguns dos argumentos contidos na petição inicial, sendo nula, portanto.⁶⁵⁸

Pensando no combate às ações repetitivas, este dispositivo possui um potencial contributivo, ainda que limitado. Mas no caso da frivolidade, em relação àquelas demandas de baixa capacidade de obtenção de êxito, o mecanismo somente funcionaria para aqueles casos reiterados, não oferecendo instrumental prático para que o magistrado pudesse, já no momento de acolhimento da ação, julgar e extinguir o feito de ação de custo negativo, por exemplo.

Há polêmica e discussão na doutrina especializada a respeito do real alcance deste dispositivo de lei, e das hipóteses em que poderia ser utilizado pelos magistrados. Mas esse não é o foco deste estudo. O que interessa, em verdade, no tocante ao art. 285-A do CPC, seria a possibilidade de, a partir do encadeamento teórico aqui descrito em defesa da aplicação do critério custo-benefício na apreciação de demandas judiciais, potencializar o referido dispositivo legal.

Com um esforço hermenêutico e com a sustentação teórica dada pela tese posneriana da análise pragmática e consequencialista das demandas judiciais, seria possível, crê-se, ampliar o alcance do art. 285-A do CPC. A interpretação ao referido dispositivo poderia ser dada de modo tal que alcançasse com potencial os casos de ações frívolas, independentemente de sentença para casos idênticos.

Afora essa possibilidade de potencialização de utilização do art. 285-A do Código de Processo Civil, ainda em relação à questão normativa, outra alternativa seria a de se cogitar a propositura de um projeto de lei específico, alterando também o

⁶⁵⁸WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: RT, 2006. v. 2. p. 68.

Código de Processo Civil para criar, em definitivo, um dispositivo normativo que autorizasse à magistratura a utilizar o critério de análise da relação custo-benefício, ao lado da análise das demais condições da ação, para a hipótese de acolhimento de demandas judiciais, ou ainda que admitidas as demandas, para a hipótese de julgamento sumário *prima facie*.

Sabe-se que, para adentrar nessa seara, seria necessário discorrer sobre a teoria da legislação⁶⁵⁹, abordando sobre seu alcance e implicações. Contudo, entende-se que essa medida extrapolaria o objetivo final desta pesquisa, que foi o de construir um suporte teórico que pudesse ser utilizado pela magistratura no propósito de enfrentar o problema do excesso de litigância, fazendo com que se pudesse melhorar a capacidade de resposta do Poder Judiciário diante do excesso de demanda.

Essa análise inicial que o magistrado fará, é bom se registrar, não está atrelada a padrões monetários ou valorativos ou ainda a bens tuteláveis. Contudo, diante da causa de pedir mediata ou imediata, seria possível verificar se a pretensão é ou não relevante no poder judiciário de escassez. Pela via do art. 285-A, como visto, a solução seria apenas parcial.

A possibilidade de se estabelecer por lei as categorias de frivolidade e habitualidade ainda não previstas, fixando seus pressupostos poderia, com segurança jurídica e aliado à fundamentação teórica aqui descrita, oferecer à magistratura um mecanismo hábil a auxiliar a concretização do acesso à justiça eficiente e autêntico.

Diante de fenômenos como a litigância frívola, somente a aplicação de critério objetivo de controle custo-benefício por parte do magistrado pode conter a tragédia do acesso à justiça. Há aparente acesso que é forjado a partir da ideia de que todos têm acesso, podendo usar de qualquer forma do direito de ação.

Em realidade, esse amplo acesso dado pela norma constitucional aos jurisdicionados acarretou o inchaço da máquina judiciária, que não consegue oferecer respostas aos interessados em tempo razoável. Um filtro decisório no momento de acolher a ação judicial pode ser uma alternativa para

⁶⁵⁹O que se faria a partir das contribuições de Manuel Atienza. Conferir: ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Editorial Civitas S/A, 1997.

combater esse fenômeno processual, que tem dificultado a plena e eficaz atividade do Poder Judiciário.

Deve-se reconhecer que o Poder Judiciário possui estrutura limitada e recursos orçamentários finitos. Não se pode almejar ampliação do acesso à justiça apenas pela via do agigantamento do Judiciário em termos de estrutura e recursos humanos. Aquele Poder da República é custeado por recursos públicos, o que deve ser levado em consideração.

Por isso, trata-se aqui da efetivação do acesso à justiça por meio de um mecanismo que poderia ser manejado pelo Judiciário com a estrutura que possui, sem necessariamente ampliá-lo além de sua capacidade. O excesso de litigância é um fenômeno que precisa ser aprofundado e tratado com inteligência e bom senso.

A frivolidade representa muito em números desse custeio, e seu controle pode, em muito, facilitar a pretendida efetivação e ampliação do acesso à justiça autêntica. Não se trata, de forma alguma, da negação à justiça, mas sim de torná-la efetiva e eficiente. É uma maneira racional de mitigar a tragédia dos comuns no campo do processo brasileiro, sublinhando a importância efetiva do acesso à justiça.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve como propósito abordar sobre o direito de acesso à justiça considerando o atual contexto de litigância abusiva que se observa no Judiciário brasileiro. Foi realizada uma releitura do direito constitucional de acesso à justiça a partir da Teoria da Análise Econômica do Direito, tendo como foco a obra de Richard Posner, considerada a principal referência do movimento *LaE*.

Quando se fala em litigância abusiva refere-se mais especificamente à litigância frívola e à litigância habitual. O primeiro caso diz respeito àquelas demandas propostas com baixíssima probabilidade de êxito e/ou com custo negativo, isto é, com custo processual superior aos benefícios que possam ser alcançados pelo proponente ou, nos casos em que, mesmo que o custo não seja negativo, impõem ao erário dispêndio desarrazoado.

A litigância habitual, por sua vez, refere-se às ações em massa, ou seja, àquelas demandas repetitivas em que, normalmente, figuram como partes grandes conglomerados econômicos. Tais demandas tratam, na maioria das vezes, de questões consumeristas, em que o processo serve como instrumental de um jogo econômico para obtenção de vantagens. O poder público também figura com destaque na condição de litigante habitual.

A litigância abusiva pode-se dar também por outras razões. Contudo, optou-se neste estudo por focar nestes dois fenômenos processuais. A litigância frívola e a litigância habitual são responsáveis por grande parte do inchaço da máquina judiciária e se apresentam como distorções de ordem processual que precisam ser enfrentadas em nome da garantia do próprio direito de acesso à justiça.

A litigância abusiva acarreta excesso de litigância, que, por seu turno, implica obstruir os cartórios do Judiciário, inviabilizando a prestação jurisdicional plena almejada pelo Constituinte. Isso ocorre porque, enquanto os magistrados apreciam e julgam inúmeras demandas frívolas e habituais, outras milhares de ações não-frívolas retardam na fila de espera, acarretando atraso na prestação jurisdicional, que, dependendo do caso, pode gerar até mesmo sonegação de direitos.

O ponto fundamental é compreender a relação entre o acesso à justiça e o excesso de acesso. A concepção tradicional encontra-se consubstanciada na ideia de que quanto mais amplo for o referido acesso, melhor. Isto é, o pleno acesso à justiça estaria garantido com o ilimitado acesso à estrutura do Judiciário, com a gratuidade para uma parcela da população e com o menor número possível de restrições processuais para o ingresso em juízo.

Diante do atual quadro de inchaço na máquina judiciária e de sua escassez de recursos, não é possível crer que essa fórmula tradicional de garantia de acesso, de perfil expansionista, possa ser efetiva e eficiente. O tempo razoável na tramitação e julgamento do processo também é garantia constitucional, que precisa ser levada a sério e que se torna balizadora para a interpretação judicial.

Nos casos de litigância frívola, entende-se que há flagrante abuso de direito de ação por parte daqueles que utilizam o processo judicial para a resolução de interesses próprios, causando, indiretamente, prejuízo à massa de litigantes não frívolos, além de prejuízos ao erário. Oportuno registrar que, muito embora em alguns casos as custas sejam pagas pelas partes, o processo possui dispêndio inato, arcado pelo próprio Poder Público.

Formalmente, a partir do modelo tradicional de acesso à justiça, basta que as condições da ação (legitimidade das partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido) sejam preenchidas para que uma demanda possa ser recebida pelo Judiciário. O que se pretendeu, neste estudo, foi demonstrar que, no momento de acolhimento de uma ação judicial, o magistrado também deve levar em consideração o critério objetivo da análise custo-benefício. Isso ocorreria a partir de uma nova estratégia hermenêutica a ser utilizada no momento de decidir.

O fundamento para que se reconheça o abuso de direito no momento de admissibilidade de ações judiciais estaria também na conjunção interpretativa do princípio do tempo razoável do processo com os princípios do acesso à justiça e da eficiência administrativa.

Para se chegar a essa dedução final, qual seja, a possibilidade de combate à litigância abusiva por meio de uma estratégia hermenêutico-processual, foi necessário revisar e

articular os contributos de vários autores e escolas, para que se obtivesse sustentação teórica aos propósitos deste estudo.

Os principais pontos de conclusão da presente pesquisa são os seguintes:

1. O regime político e econômico vigente é o neoliberal globalizado, marcado pela difusão planetária das ideias econômicas e da lógica eficientista e pelo protagonismo da ciência econômica em relação ao Direito. Constata-se que, ao longo do tempo, houve manifesto redimensionamento da função do Estado em face do mercado.

Inicialmente, optou-se por descrever o ambiente político e econômico em que se vive. O regime prevalente é o neoliberal globalizado, e, a partir dele, observa-se uma nova relação entre a Economia, a política e o Direito. O neoliberalismo globalizado representa o estágio contemporâneo de desenvolvimento do capitalismo e foi marcado pelo propósito de universalização das ideias liberais pelo mundo.

Este regime se baseia na lógica de liberdade comercial e mínima interferência estatal no mercado. Segundo os neoliberais, o Estado somente deve realizar intervenções para reduzir as externalidades do próprio mercado com o propósito de preservá-lo, bem como de auxiliá-lo na manutenção de um possível equilíbrio de forças que ajam nos fluxos do capital.

O que mais interessa na análise do regime político e econômico vigente é o papel exercido pelo Estado. Ao longo do período de evolução do neoliberalismo, o Estado foi se transformando até chegar ao atual estágio de *Estado Corporatista*, bem delineado a partir da obra de Naomi Klein. A força política do Estado foi se fragmentando, e os atores realmente decisivos passaram a ser os conglomerados econômicos que exercem certa ascendência sobre a política.

O ideal econômico-eficientista foi se tornando cada vez mais ascendente e influente no âmbito da gestão pública brasileira. Isso ficou muito evidente com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 019/1998, que impôs ao Estado brasileiro verdadeira reforma gerencial.

O parâmetro da eficiência foi utilizado como referência para a gestão de excelência, o que também influenciou sobremaneira o Poder Judiciário. A partir do reconhecimento constitucional da eficiência como princípio norteador da

administração pública brasileira, passou-se a falar em produtividade e celeridade, o que mudou definitivamente a forma de encarar o funcionamento da Justiça no País.

Essa nova fase ficou bem caracterizada pelas reformas processuais que ocorreram por meio de modificações na legislação e que estavam, de regra, voltadas à otimização de atos, celeridade e abreviação procedimental. A Emenda Constitucional n.º 45/2004 foi providencial para essa nova concepção, porquanto previu a necessidade de que os processos judiciais tivessem duração razoável, criando também mecanismos abreviativos, como a súmula vinculante e a repercussão geral.

2. A Teoria da Análise Econômica do Direito, com destaque à obra de Richard Posner, aponta para a possibilidade de releitura do direito a partir de princípios econômicos, tendo como foco as consequências das decisões judiciais, oferecendo aos juristas o critério hermenêutico da análise custo-benefício para o âmbito processual.

Essa ideia de balizamento das ações públicas com fulcro em princípios econômicos, especialmente a eficiência, foi trabalhada pelos teóricos do movimento *LaE*. Muito embora existam vários nomes que tenham contribuído para a formação e desenvolvimento da teoria da Análise Econômica do Direito, optou-se, neste estudo, por explorar a obra de Richard Posner, considerado a principal referência do movimento.

Posner procedeu à releitura do Direito partindo das diretrizes da ciência econômica. O referido autor entende que o Direito é limitado por não possuir estatuto de cientificidade, e que poderia ser fortalecido por meio da ciência econômica. O autor não crê na autonomia do Direito e é criticado por isso. Defende o autor que grande parte dos problemas do Direito, especialmente os que dizem respeito a questões hermenêuticas, advém dessa lacuna de cientificidade, o que poderia ser complementado com a utilização dos princípios econômicos.

Ressalta-se que, neste estudo, não houve adesão total à tese de Richard Posner. Reconhecem-se aqui algumas limitações de sua proposta, porquanto se acredita que não se pode dar à sua teoria caráter universal, a fim de utilizá-la para todas as áreas do Direito. Contudo, entende-se que sua obra, especialmente no tocante à questão hermenêutica, pode oferecer

contribuição no que diz respeito ao enfrentamento do problema da litigância abusiva.

Para Posner, que procura avançar teoricamente em relação à Pareto e Kaldor-Hicks, eficiência equivale à maximização de riqueza. Isso implica dizer que eficiente será a ação que tiver potencial de oferecer vantagem econômica ao interessado, e não necessariamente vantagem financeira. O autor parte da filosofia pragmática e defende uma visão consequencialista do Direito, levando em consideração as teses behavioristas em relação ao comportamento humano.

O magistrado, segundo Posner, deve adotar uma hermenêutica consequencialista fazendo com que as decisões judiciais considerem as implicações econômicas do processo judicial tendo em conta o critério custo-benefício. Por meio dessa modalidade interpretativa, o juiz utilizaria um critério objetivo para avaliar as demandas, admitindo um parâmetro balizador para fundamentar sua decisão. Trata-se, pois, de um novo *ethos* judicial.

Muito embora se trate de uma teoria desenvolvida por um estadunidense e escrita para a sua realidade, Posner não enxerga problemas no emprego dessa tese pelos latino-americanos. Reconhece-se um manifesto imbricamento entre *civil law* e *comon law* que tem sido cada vez mais intenso nos últimos anos. Considerando a transição do modelo interpretativo brasileiro, que vai do positivismo formalista ao pós-positivismo constitucional, Posner entende que a Análise Econômica do Direito assume posição intermediária e que o parâmetro custo-benefício se apresenta como instrumento importante a preencher a discricionariedade decisional.

3. O modelo clássico de acesso à justiça se apresenta como insuficiente, para os fins propostos pelo projeto florentino, e precário, diante da grande complexidade da sociedade contemporânea, possibilitando, também pela via da universalidade e gratuidade, excesso de acesso ao Judiciário, tendo como consequência o chamado acesso inautêntico. O atual modelo efficientista do “Justiça em Números”, criado pelo CNJ, procurou avançar no âmbito administrativo e aperfeiçoar o acesso à justiça. Contudo, tem se mostrado também insuficiente para enfrentar em plenitude o problema da litigância abusiva.

Com relação ao direito de acesso à justiça, o presente estudo demonstrou que o modelo clássico de acesso é insuficiente para garantir o que pretendiam os Constituintes de 1988. Isso porque um amplo acesso à justiça, calcado na ideia de universalização e gratuidade, provocou uma corrida ao Poder Judiciário, que não consegue, desde então, assimilar em tempo razoável todo o volume de demandas.

São milhares de ações ajuizadas anualmente, considerando o mesmo “parque instalado” do Judiciário. Os recursos são escassos e aquele Poder cresce com lentidão em termos de estrutura, sem, contudo, assimilar toda a demanda, em razão da sua limitada capacidade de absorção, sobretudo no que diz respeito às suas condições materiais.

O modelo clássico, inspirado nas ideias advindas do projeto de Florença, implementado nas condições estruturais do Judiciário brasileiro, acarreta o que se chamou de *acesso inautêntico* à Justiça. O raciocínio é simples: todos aqueles que preenchem as condições da ação podem ingressar em juízo, independentemente da análise de custo do processo em relação ao erário. Em razão disso, o Judiciário fica obstruído com milhares de ações em seus cartórios não possuindo capacidade de assimilação de toda essa demanda.

A discussão sobre a gratuidade surge estratégica para os fins deste estudo. Pela teoria clássica, o acesso à justiça precisa ser custeado aos desafortunados para ser considerado efetivamente amplo. A partir do acolhimento desta tese pelo ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no pós-88, deparou-se com grande volume de demandas no Judiciário. Até mesmo os juizados especiais, que haviam sido criados para desobstruir as vias ordinárias judiciárias, já se mostram insuficientes e superlotados com ações judiciais.

A gratuidade no acesso à justiça é instituto defendido neste estudo e reconhecido como grande avanço histórico do direito brasileiro, e que se encontra devidamente constitucionalizado. Não se pensa aqui que os desafortunados são a principal causa do problema do excesso de litigância ou da litigância abusiva.

Contudo, reconhece-se que o excesso de litigância gera externalidade com sérias consequências. É que, quando a gratuidade é concedida como benefício à parte em hipótese de demandas frívolas, cria-se, de certa forma, uma *gratuidade inautêntica*. Em outras palavras, o instituto da gratuidade acaba

sofrendo distorção em relação aos propósitos estabelecidos na Constituição da República.

Quando se permite que alguém se beneficie da gratuidade processual, transferindo ao erário o ônus financeiro do processo, em situações de demandas frívolas, acaba-se por ferir de morte o próprio instituto e prejudicar a possibilidade de sua efetivação plena, eis que inúmeros outros demandantes não frívolos também beneficiados com a gratuidade sofrerão pelo excesso de litigância e pela dificuldade de o Poder Judiciário assimilar todas as ações que lhe são apresentadas.

O Poder Judiciário, preocupado em enfrentar o problema do excesso de litigância e com o objetivo de aperfeiçoar seu funcionamento, lançou mão de um novo paradigma no que se refere ao acesso à justiça. Considerando a lógica eficientista, instituiu-se, no Judiciário, um modelo gerencial de gestão denominado “Justiça em Números”. Este novo modelo ficou sob a responsabilidade do CNJ, com a finalidade de exercer o controle administrativo e tornar aquele Poder mais célere e efetivo.

Tal protótipo se baseia no estabelecimento de metas de produtividade e resultado. Passou-se a fazer controle permanente com arrimo em estatísticas e em parâmetros quantitativos, a fim de exigir dos magistrados maior empenho funcional e, conseqüentemente, maior celeridade na apreciação e julgamento das demandas. O diagnóstico sobre os problemas de funcionamento do Poder Judiciário já havia sido estabelecido na década de 90 do século XX pelo Banco Mundial, algo que foi detalhado no Documento Técnico n.º 319, no sentido de reconhecer que aquele Poder precisava de um “choque de gestão” voltado à eficiência e à rapidez no trâmite das ações.

Saliente-se que este é um ponto fundamental no presente estudo. O modelo Justiça em Números não consiste apenas numa estratégia de marketing. Pelo contrário, representa uma releitura da concepção de administração da justiça que, influenciada pela ideia de *good governance*, teve implicações importantes no Poder Judiciário brasileiro. Legitimado pelo princípio constitucional da eficiência e da duração razoável do processo, tal modelo acabou por instaurar nova lógica em relação ao pleno acesso à justiça.

A partir deste protótipo, a eficiência no julgamento de determinada ação assume papel preponderante e nunca antes

visto. Ocorre que há um deslocamento discursivo importante em relação ao processo judicial, bem como um redimensionamento no tocante ao lapso temporal de uma ação. A celeridade é, definitivamente, reconhecida como um fenômeno intrínseco da demanda, tornando-se, pela via indireta, mais uma condição da ação judicial. Em outras palavras, o processo somente será democrático e eficiente se for célere. Entretanto, destaca-se que esse entendimento é estabelecido somente a partir de um raciocínio quantitativo.

Não obstante, o papel do magistrado também é redimensionado. O juiz passa a ser avaliado e o seu trabalho mensurado, tendo em conta as metas estabelecidas e os padrões de produtividade e velocidade determinados pelo CNJ. O magistrado passa a ser submetido a padrões de gestão, a fim de que sua atividade judicante seja considerada adequada e legítima, tendo, inclusive, implicações diretas na sua própria carreira.

Não se defende aqui o reposicionamento do sujeito-juiz à condição de gestor. O que ocorre é a necessidade de ressignificação do papel do juiz no jogo processual, para que ele possa também exercer um controle quantitativo do processo. Aliás, o modelo de Justiça em Números segue nessa mesma perspectiva, sendo, contudo, insuficiente para combater em plenitude a litigância abusiva. Imagina-se que o magistrado possa realizar um compartilhamento interpretativo de tal modo que, mesmo sem abrir mão de sua discricionariedade e reconhecendo também a autonomia do Direito, adote o critério custo-benefício para decidir sobre o acolhimento de ações, especialmente as frívolas.

4. Considerando a escassez de recursos do Poder Judiciário e a possibilidade de articulação do critério de análise custo-benefício posneriana, desenvolveu-se a ideia de criação de uma estratégia hermenêutica que viabilize a maximização do acesso à justiça, de modo a conter o abuso de direito de ação em hipóteses de frivolidade e habitualidade processuais. Para além da proposta teórica, já no âmbito da normatividade, pensa-se na possibilidade de articulação com o art. 285-A do CPC e na propositura de projeto de lei específico.

Discorreu-se sobre as possibilidades de efetivação do direito de acesso à justiça, analisando o excesso de litigância

como fenômeno processual contemporâneo e reconhecendo-o como importante razão de inviabilização do almejado pleno acesso à justiça preconizado pela Constituição da República.

Partiu-se do reconhecimento inicial de que o ambiente em que se vive, sobretudo o ambiente processual que aqui se analisa, sofre com a escassez de recursos. A arena processual se consubstancia no contexto do Poder Judiciário, que conta com orçamento público limitado. Não é possível, bem se sabe, pensar-se em ampliação do acesso à justiça apenas pela via da expansão estrutural daquele órgão.

Utilizou-se a metáfora “tragédia do acesso à justiça” a partir da relação que se estabeleceu com a teoria da tragédia dos comuns. Esta teoria tem potencial para auxiliar na compreensão do atual ambiente em que se vive, no qual as relações humanas se estabelecem tendo em conta a limitação de recursos. Defende-se a partir de tal teoria que há uma tendência de os indivíduos judicializarem seus conflitos com mais frequência quando inexistem restrições processuais na recepção das demandas, o que acarreta conflito entre os interesses individuais e a utilização de bens comuns.

A consequência que se pode observar é uma superexploração do recurso comum, o que poderá implicar a extinção ou inutilidade do mencionado recurso. No âmbito dos entes públicos brasileiros, há evidente limitação de recursos financeiros. Se o acesso à Justiça for analisado na perspectiva tradicional e clássica, de permanente ampliação a par do aumento de estrutura do Poder Judiciário, enfrentar-se-á, em breve, o caos ou uma tragédia na prestação dos serviços judiciários. Por isso fala-se em uma possível *tragédia do acesso à justiça*.

Na perspectiva hermenêutica, devem-se evitar escolhas *trágicas* na relação entre o Judiciário e os seus jurisdicionados. Com a releitura do direito de ação, a partir da análise econômica da litigância, entende-se ser possível forjar um novo modelo aliado à lógica já existente de fortalecimento de um acesso efetivo à Justiça.

O ato de litigar é um jogo e, para sua melhor compreensão, buscou-se apoio na teoria dos jogos. O manejo de tal teoria foi importante para reconhecer que o jogo processual não é um *script* previamente determinado em todo o seu alcance. Existem inúmeras variáveis, erros processuais, jogos de interesses que

interferem no transcurso da causa. A análise econômica da litigância é melhor compreendida neste ambiente quando se considera a possibilidade de jogo entre os personagens do processo.

A partir daí, como visto, abre-se caminho para enfrentar o problema central que foi objeto desta tese: a litigância abusiva, suas implicações e as possibilidades de enfrentamento por parte do Poder Judiciário. Constatou-se, a partir também do que já havia sido discorrido no capítulo terceiro, que o acesso à justiça pleno é um mito e que ao modelo tradicional abre um flanco importante para fenômenos processuais que desequilibram por completo a oferta desse acesso.

A ampliação do acesso à justiça propalada por muitos se dá de forma apenas aparente, o que se chamou neste estudo de *acesso à justiça inautêntico*. O modelo clássico, que trabalha na perspectiva de universalidade do acesso, não consegue blindar o ingresso de demandas frívolas no sistema, e muito menos conter a massa de ações propostas em grande quantidade, repetidamente, tendo como partes conglomerados econômicos que jogam com o processo, por exemplo, como subterfúgio para protelar prejuízos financeiros diante da necessidade de reparação por lesões causadas aos consumidores.

A frivolidade precisa ser combatida e, para que isso ocorra, é preciso combinar a lógica da eficiência com a lógica da efetividade. Observou-se que se trata de categorias distintas. A eficiência é ligada a meios, e a efetividade, a fins. Há um câmbio epistemológico empreendido no sentido de confundir as expressões. A eficiência tem gênese na lógica econômica e se tornou um paradigma ético em sociedade.

Este estudo propôs uma construção teórica que aponta como alternativa o redimensionamento do papel do magistrado na fase de acolhimento de ações judiciais. Com se disse, no momento da análise do ingresso de ações judiciais, o juiz, a partir de uma nova postura hermenêutica, levaria também em consideração, ao lado das demais condições da ação, o critério de análise custo-benefício nos casos de demandas frívolas e habituais.

Trata-se de uma estratégia a partir do qual o magistrado reconheceria o abuso do direito de ação caso verificasse uma demanda com baixíssima probabilidade de êxito e/ou com custo maior do que o benefício que possa alcançar com a sentença. O

juiz, por seu turno, faria isso a partir de uma nova perspectiva interpretativa, que levaria em conta uma abordagem pragmático-consequencialista do processo judicial. Tal conduta seria possível se o magistrado fundamentasse a sua decisão nos princípios que norteiam a economicidade, a eficiência administrativa e o pleno acesso à justiça.

Posner apresenta a figura do juiz pragmático a partir dos fundamentos da análise econômica do Direito. O pragmatismo é calcado na lógica consequencialista de julicar, de modo a exigir do magistrado uma atuação hermenêutica voltada à análise das implicações e impactos econômicos de suas decisões.

Mesmo sem haver uma adesão absoluta à tese posneriana e reconhecendo os limites de sua hermenêutica, considerando especialmente o que foi produzido teoricamente a partir da viragem linguística, a proposta do juiz pragmático pode ser articulada para a realidade brasileira de modo a se forjar um mecanismo objetivo de análise por parte do magistrado para o caso de litigância frívola.

A partir daí, proceder-se-ia uma verdadeira *maximização do acesso à justiça*, o que representaria novo olhar em relação ao processo judicial, que levaria em consideração o estabelecimento de variáveis adequadas, as quais seriam capazes de efetivar o acesso à justiça com eficiência e, ao mesmo tempo, reduzir externalidades. Em outras palavras, seria uma maneira de buscar um acesso eficiente e efetivo ao Poder Judiciário, estabelecendo o critério de custo como condicionante para o acolhimento de ações.

O Poder Judiciário, sob a perspectiva de uma possível ampliação estrutural, não pode ser considerado mero receptor de demandas judiciais. É preciso racionalizar a prestação jurisdicional e, no caso de combate ao excesso de litigância, a lógica efficientista pode ser utilizada como contributo importante. Isso não quer dizer que haja restrição ao princípio do devido processo legal. Muito pelo contrário, pensa-se em uma possível releitura do direito de ação, considerando o atual modelo gerencial de gestão daquele Poder.

A preocupação aqui se encontra na busca de alternativas para sustentar um espaço democrático de comunicação entre Judiciário e jurisdicionados. Não se pretende criar um mecanismo que cause desequilíbrio nos jogos de poder que constituem o processo judicial. Pretende-se, em realidade,

oferecer a possibilidade de criação de condicionantes que garantam o equilíbrio linguístico na dialética processual, levando em conta a triangulação com o Poder Público que arca com o altíssimo custo da máquina judiciária.

No âmbito da normatividade, também se viu possível o manejo de um mecanismo de controle. Muito embora o objetivo da tese esteja voltado primordialmente para a construção de um arcabouço teórico acerca de uma possível estratégia hermenêutica para combater a frivolidade, também se refletiu a respeito da possibilidade de articulação com a legislação. O art. 285-A do Código de Processo Civil oferece essa possibilidade, ainda que parcial.

Com esse dispositivo, resolve-se parte do problema, mais especificamente voltado para as hipóteses de “casos idênticos”. Para ações repetitivas com a mesma causa de pedir tal instrumental pode ser muito útil. Contudo, afora os casos repetidos, a frivolidade não poderia ser combatida de forma plena a partir do manejo deste dispositivo legal.

Por isso é que se propôs também como alternativa a criação de dispositivo de lei específico, que crie objetivamente o mecanismo de enfrentamento à frivolidade processual, dando-se, assim, respaldo legal e legitimidade para a magistratura resguardar o eficiente acesso à justiça, evitando, por consequência, a manutenção do atual estágio de aparente efetividade no acesso à justiça, com milhares de litigantes não frívolos aguardando por uma demorada decisão judicial em regra.

A litigância frívola e habitual são fenômenos processuais dos tempos atuais. É necessário compreendê-los e enfrentá-los, sob pena de re-legitimar o que aqui se chamou de *acesso inautêntico* à Justiça. A busca por efetivação desse direito, na perspectiva de uma ação eficiente, é possível, ainda que ocorra de forma parcial.

O modelo proposto de maximização deste acesso, considerando também os métodos utilizados pelo protótipo da “Justiça por Números”, aponta um caminho a partir da análise econômica do direito. Dessa forma, o presente estudo teve por finalidade repensar o acesso à justiça, tendo como foco principal a concretização de um processo efetivo e democrático.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo judicial como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. v. 3.

AGAMBEN, Giorgio. **Quel che resta di Auschwitz: L'archivio e il testimone**. Bollati Boringhieri: Torino, 2007.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. *In*: SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (Orgs.). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o Estado democrático. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

ARAÚJO, Fernando. **Análise Económica do Direito**: Programa e Guia de Estudo. Coimbra: Almedina, 2008.

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. **Responsabilidade e julgamento**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Editorial Civitas S/A, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001. v. I.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999.

BECKER, L. A. **Qual é o jogo do processo?** Porto Alegre: Fabris, 2012.

BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953. v. I.

_____. **Cours de droit civil compare des obligations**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1958.

BORÓN, Atilio. A Sociedade Civil depois do dilúvio neoliberal. *In*: SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (Orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Sobre o CNJ**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>>. Acesso em: 29 out. 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Metas 2013**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2013>>. Acesso em: 4 nov. 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em número 2013: ano-base 2012**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-Judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Plano de Gestão para o Funcionamento de Varas Criminais e de Execução**. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/criminal/plano-gestao-varas-criminais-cnj.pdf>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Conselho da Justiça Federal. SANTO, Paulo André do Espírito; VITOVSKY, Vladimir Santos. **Curso de formação inicial de juizes federais substitutos: o programa da 2ª Região**.

Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/JustEduc/article/viewFile/1628/1654>>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Concessão de crédito lidera o aumento de demandas judiciais**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/10592-concessao-de-credito-lidera-o-aumento-de-demandas-judiciais>>. Acesso em: 9 fev. 2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Notícias CNJ**. 2013. Artigo desenvolvido por Jorge Vasconcelos. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 16 out. 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Notícias CNJ**. 2013. Artigo desenvolvido por Regina Bandeira e Waleiska Fernanda. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 16 out. 2013.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/defensores_nosestados>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito. **Pesquisa: Justiça em números 2013: Despesa de 57,2 bi: 17.077 juízes: 390 mil funcionários: Estoque de mais de 90 milhões de processos: Índice de produtividade**. Disponível em: <<http://www.altosestudos.com.br/?p=51893>>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3367/DF**, Tribunal Pleno, Relator(a) Min. Cezar Peluso, Julgamento: 13.04.2005, DJ: 17.03.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28amb+cnj+autonomia+judici%E1rio%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mxazp3m>>. Acesso em: 29 out. 2013.

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

_____. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=164001>>. Acesso em: 29 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=243789>>. Acesso em: 30 out. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Norfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CÁRCOVA, Carlos María. **La opacidad del derecho**. Madrid: Trotta, 1998.

CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Tradução de Guy Reynaud. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

_____. **Una sociedade a la deriva: entrevistas y debates**. Tradução de Sandra Garzonio. Buenos Aires: Katz, 2006.

CHALMERS, Alan F. **O que é ciência, afinal?** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 1993.

CHUAIRI, Silvia Helena. Assistência jurídica e serviço social: reflexões interdisciplinares. **Serviço Social & Sociedade**, São Paulo: Editora Cortez, v. 22, n. 67. 2001.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do pensamento econômico**. 2007. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/050107-10/>>. Acesso em: 20 out 2013.

COMBLIN, José. **O neoliberalismo: ideologia dominante na virada do século**. 3. ed. Vozes: Petrópolis, 2001.

COOTER, Robert D.; RUBINFELD, Daniel L. *Economic analysis of legal disputes and their resolution*. **Journal of Economic**

Literature, Pittsburgh: American Economic Association, v. 27, n. 3, p. 1067-1097, sep. 1989. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2726775>>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____.; ULEN, T. **Law and economics**. 2. ed. Califórnia: Addison-Wesley, 1996.

CORRÊA, Sérvulo. **Noções de Direito Administrativo**. Lisboa: Danúbio, 1982. v. I.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado Social. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 10. 2003.

_____. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. **JURISPOIESES** – Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, ano. 4, n. 5, p. 34. 2002.

DAKOLIAS, Maria. BANCO MUNDIAL. Documento Técnico n.º 319 do Banco Mundial. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe**: elementos para uma Reforma. 1996. Disponível em: <www.bancomundial.org.br>. Acesso em: 4 nov. 2013.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Elza Moreira Marcelina. Brasília: Editora UNB, 1985.

DUSSEL, Enrique. **1942**. O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García. **La crisis del contencioso-administrativo francés el fin de um paradigma**. In: Revista de Direito Público nº 91. ano 22. Set. 1991.

EZCURRA, Ana María. **Qué es el Neoliberalismo?** *Evolución y límites de un modelo excluyente*. Buenos Aires: Lugar Editorial, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonag, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Nova Ortografia. 8. ed. São Paulo: Positivo Editora, 2010.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to choice: a personal statement**. New York: Harcourt, 1990.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y metodo**. Tradução de Ana Agud Aparício y Rafael de Agapito. Salamanca: Ortega, 1977.

_____. **Verdade e método I**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. **Verdade e método II**. Tradução de Ênio Paulo Gichini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 2001.

GONÇALVES, Everton das Neves. **A Teoria de Posner e sua aplicabilidade à Ordem Constitucional Econômica de 1988**. 1997. 390 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.

_____.; STELZER, Joana. O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito. *In:11ª Conferência Internacional de Direito e*

Economia da ALACDE, 2007, Brasília, Brasil. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley), 2007.

_____.; _____. Eficiência e Direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. **Revista Jurídica**, v. 1, n. 28. 2012. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

_____. **O Direito e a Law Economics**: possibilidade interdisciplinar na contemporânea análise econômico-jurídica internacional. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/direito_intern_everton_goncalves_e_joana_stelzer.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária. Biblioteca Jurídica, 1999.

HARDIN, Garrett. *The tragedy of the commons*. **Science**, v. 162, n. 3859. 13 dez. 1968.

_____.; BADEN, John (Eds.). **Managing the Commons**. São Francisco: W. H. Freeman, 1977.

HAYEK, Friedrich August Von. **Direito, Legislação e Liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – Normas e Ordem. Tradução de Ana Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1985. v. I.

_____. **Direito, Legislação e Liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – A Miragem da Justiça Social. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Visão, 1985. v. II.

_____. **Direito, Legislação e Liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – A Ordem Política de um Povo Livre. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Visão, 1985. v. III.

_____. **O caminho da servidão**. Tradução e revisão de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 1993. parte I.

_____. **Ser e Tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1997. Parte II.

_____. **Carta sobre o Humanismo**. Lisboa: Guimarães Editores, 1987.

IARC. **Monographs on the Evaluation of Carcinogenic Risks to Humans. Tobacco Smoke and Involuntary Smoking**. Lion, França. 2004. v. 83. Disponível em: <<http://monographs.iarc.fr/ENG/Monographs/vol83/mono83.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

JIMÉNES, Javier W. Ibáñez. **Análisis Económico del Derecho: Método, Investigación y Práctica Jurídica**. Barcelona: Bosch, 2011.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, n. 18. 1996/2.

KEYNES, John Maynard. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1983.

KLEIN, Naomi. **A doutrina do choque: a ascensão do capitalismo de desastre**. Tradução de Vânia Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

LAURELL, Asa Cristina. Avançando em direção ao passado: a política social do neoliberalismo. In: _____. (Org.). **Estado e políticas sociais no neoliberalismo**. Tradução de Rodrigo Leon Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense – Universitária/Colégio Freudiano, 1983.

LUDWIG, Celso Luiz. Gadamer: a racionalidade hermenêutica – contraponto à modernidade. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Crítica da modernidade**: diálogos com o Direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

MACKAAY, Ejan. **History of Law and Economics**. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2014.

MARCELLINO JR., Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Habitus: Florianópolis, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Neoliberalismo**: o direito na infância. Anais do Congresso Internacional de Psicanálise e suas conexões: Trata-se de uma criança. Rio de Janeiro: Escola Lacaniana de Psicanálise do Rio de Janeiro, 1999. v. II.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEDEIROS, Isabela. **Assistência jurídica gratuita**: cidadania e emancipação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

NEUMANN, John Von. POUNDSTONE, William. **Prisoner's dilemma, game theory and the puzzle of the bomb**. Anchor Books, 1992.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA. **O acesso ao direito e à justiça**: um direito fundamental em questão. Coimbra: OPJ, 2002.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **A Filosofia na crise da Modernidade**. São Paulo: Loyola, 1989.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O papel do STF no novo sistema processual brasileiro. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, n. 118, p. 71. 2013.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. A litigância habitual nos Juizados Especiais em telecomunicações: a questão do “excesso de acesso”. **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 55, n. 85. 2012.

OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

_____. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1997.

PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. **The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers**. Massachusetts: Edward Elgar, 2005.

PATRÍCIO, Miguel C. T. **Análise econômica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte. São Paulo: USP, 1974.

POSNER, Richard A. **Overcoming law Cambridge**. Massachusetts: Harvard University Press, 1995.

_____. Foreword. *In: Encyclopédia of Law and Economics*. 1999. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/foreword.html>>. Acesso em: 14 mar. 2013.

_____. **Economic analysis of law**. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

_____. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Forense, 2010.

_____. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Cómo deciden los jueces**. Tradução de Victoria Roca Perez. Madrid: Marcial Pons, 2011.

RABIN, Matthew. *Psychology and economics*. **Journal of Economic Literature**, v. 36, n. 1. 1998.

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

RIBAS FILHO, Thiago. *In: ASSOCIAÇÃO dos Magistrados Brasileiros (Org.). Justiça: promessa e realidade: acesso à justiça em países ibero-americanos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Gestão do Conhecimento como Instrumento de Modernização do Poder Judiciário Fluminense**. 2005. Disponível em: <www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=de96414d>. Acesso em: 30 out. 2013.

ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. O transconstitucionalismo e a crise de eficácia, efetividade e eficiência da norma constitucional transversal do Estado social. **Nucleus**, v. 10, n.1, p. 43. 2013. Disponível em: <<http://www.nucleus.feituverava.com.br/index.php/nucleus/article/view/703>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____.; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis econômico del derecho**. Tradução de José Luis Pérez Hernández. México: Fondo de Cultura Econômica, 1994.

RORTY, Richard. **Objetivismo, relativismo e verdade**. Tradução de Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

ROSA, Alexandre Morais da. **Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror**. Florianópolis: Habitus, 2005.

_____. **Decisão penal: a bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. ; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2. 2008.

SALINAS, Dario. O Estado latino-americano: notas para a análise de suas recentes transformações. *In*: LAURELL, Asa Cristina

(Org.). **Estado e políticas sociais no neoliberalismo**. Tradução de Rodrigo Leon Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Poder Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANCHES FILHO, Alvinio Oliveira. Experiências institucionais de acesso à justiça no Estado da Bahia. *In*: SADEK, Maria Tereza (Org.). **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

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

SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Ações repetitivas e julgamento liminar (art. 285-A do CPC). **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, n. 70, jan. 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008. v. IV.

_____. Os processos da globalização. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Globalização**: fatalidade ou utopia? Porto: Edições Afrontamento, 2001.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Dano moral imoral**: o abuso à luz da doutrina e jurisprudência. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012

SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SMITH, Adam. **La riqueza de las naciones**. Buenos Aires: Longseller, 2002.

SPIERS, Kathryn E. *Litigation*. In: POLINSKY, Mitchell A.; SHAVELL, Steven (Eds.). **The handbook of Law & Economics**. San Francisco: North Holland, 2007. v. 1.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre ‘Ser e Tempo’**. Petrópolis: Vozes, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma explosão hermenêutica da construção do Direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

TAYLOR, Frederick Winslow. **Princípios de administração científica**. Tradução de Arlindo Vieira Ramos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

TENENBLAT, Fábio. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça. **Revista CEJ**, Brasília, ano XV, n. 52, p. 23-35. 2011. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1487>>. Acesso em: 21 out. 2013.

TOLEDO, Enrique de la Garza. Neoliberalismo e Estado. In: LAURELL, Asa Cristina (Org.). **Estado e políticas sociais no neoliberalismo**. Tradução de Rodrigo Leon Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

VIRILIO, Paul. **La bomba informática**. Tradução de Mónica Poole. Madrid: Cátedra, 1999.

_____. **Velocidad y política**. Tradução de Víctor Goldstein. Buenos Aires: La marca, 2006.

_____. **El ciber mundo, la política de lo peor**. Tradução de Mónica Poole. Madrid: Cátedra, 1999.

WAMBIER, Luiz R. (Coord.) **Curso avançado de processo civil**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. I.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Existe a “discrecionalidade” judicial? **Revista do Processo**, São Paulo, v. 70. 1993.

_____.; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: RT, 2006. v. 2.

WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária como instrumento de acesso à ordem justa. **Revista da PGE/SP**, São Paulo, n. 22, p. 128-129. 2004.

ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. **Eles não sabem o que fazem**: o sublime objeto da ideologia. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

_____. **Amor sin piedad: hacia una política de la verdad**. Tradução de Pablo Marinas. Madrid: Síntesis, 2004.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ANEXO A – JURISPRUDÊNCIAS⁶⁶⁰

1. Decisões do Superior Tribunal de Justiça

Cartão de Crédito – recusa – estabelecimento comercial não credenciado

Dano moral. Utilização de cartão de crédito. 1. Recusado o cartão pelo fato de não estar o estabelecimento comercial credenciado na rede, não há falar em dano moral. 2. Recurso especial não conhecido. (Recurso Especial nº 617.650 PB 2003/0220654-8; Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 25/10/2005; Data da Publicação/Fonte: DJ 13.02.2006 p. 795)

Cheque – apresentação de cheques “pós datados” antes do vencimento

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. APRESENTAÇÃO DE CHEQUES "PÓS-DATADOS" ANTES DO VENCIMENTO. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. Vencido o primeiro cheque e não pago é permitido ao credor considerar vencidos antecipadamente os posteriores, apresentando-os desde logo ao banco sacado. Pedido de instauração de inquéritos policiais que constitui exercício regular de direito. Recurso especial não conhecido. (Recurso Especial nº 299573 RJ 2001/0003487-0; Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 19/08/2003; Data da Publicação/Fonte: DJ 24/05/2004 p. 277)

Comércio – venda de produto a varejo – restrição quantitativa

Recurso especial. Código de defesa do consumidor. Dano moral. Venda de produto a varejo. Restrição quantitativa. Falta de indicação na oferta. Dano moral. Inocorrência. Quantidade exigida incompatível com o consumo pessoal e familiar. Aborrecimentos que não configuram ofensa à dignidade ou ao foro íntimo do consumidor. 1. A falta de indicação de restrição

⁶⁶⁰A jurisprudência selecionada foi extraída da obra SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Dano moral imoral**: o abuso à luz da doutrina e jurisprudência. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

quantitativa relativa à oferta de determinado produto, pelo fornecedor, não autoriza o consumidor exigir quantidade incompatível com o consumo individual ou familiar, nem, tampouco, configura dano ao seu patrimônio extra material. 2. Os aborrecimentos vivenciados pelo consumidor, na hipótese, devem ser interpretados como "fatos do cotidiano", que não extrapolam as raias das relações comerciais, e, portanto, não podem ser entendidos como ofensivos ao foro íntimo ou à dignidade do cidadão. Recurso especial, ressalvada a terminologia, não conhecido. (Recurso Especial nº 595734 RS 2003/0167305 – 1; Relatora: Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 02/08/2005; Data da Publicação/Fonte: DJ 28/11/2005 p. 275)

Dano moral – desconto em folha de parte da remuneração – autorização do devedor

Dano material e moral. Desconto em folha de parte da remuneração. Autorização fornecida pelo devedor. 1. Autorizado o desconto em folha pelo devedor, não pode haver condenação por dano moral ou material em decorrência do cumprimento da disposição contratual. 2. Recurso especial não conhecido. (Recurso Especial nº 730986 DF 2005/0037194-4; Relator: Ministro Carlos Alberto Menzes Direito; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do julgamento: 20/10/2005; Data da Publicação/Fonte: DJ 13.02.2006 p. 799)

Dano Moral coletivo – ação civil pública – incompatibilidade

Processual civil. Ação civil pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso especial improvido. (Recurso Especial nº 598281 MG 2003/0178629-9; Relator: Ministro Luiz Fux; Órgão Julgador: Primeira Turma; Data do Julgamento: 02/05/2006; Data da publicação/Fonte: DJ 01.06.2006 p. 147)

Imprensa – direito de imagem – topless praticado em cenário público

DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO. Não se pode cometer o delírio de, em

nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada. Recurso especial não conhecido. (Recurso Especial nº 595600 SC 2003/0177033-2; Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 18/03/2004; Data da publicação/Fonte: DJ 13.09.2004 p. 386)

2. Demais Tribunais de Justiça

2.1 Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Cobrança – compra em prestações – dívida vencida – envio de aviso de cobrança – ausência de constrangimento e ameaça – mero dissabor

Apelação cível - ação de indenização - pretendido ressarcimento pelos danos morais sofridos - compra efetivada em prestações - dívida vencida - inadimplência configurada - envio de aviso de cobrança - objetivo de cientificar o consumidor - exercício regular do direito do credor - art. 160, i, parte final, do código civil de 1916 - comunicação restrita à ciência do autor-ausência de constrangimento e ameaça - mero dissabor - abalo moral não caracterizado - indenização não devida - sentença de improcedência do pedido mantida - recurso não provido.

O simples envio de correspondência ao consumidor inadimplente, a fim de cientificá-lo dos débitos existentes e das consequências do não pagamento, não constitui ato ofensivo, capaz de gerar dano moral indenizável, eis que o credor agiu no exercício regular de seu direito, a teor do disposto no art. 160, I, parte final, do Código Civil de 1916. (Apelação Cível nº 2005.021224-6; Relator: Desembargador Wilson Augusto do Nascimento; Data de Julgamento: 30/09/2005)

Construtora – vício de construção em box de garagem

Apelação cível - ação de indenização por danos patrimoniais e morais - pretensão formulada com base em vício de construção ocorrido em box de garagem, em face de arquitetos e construtores - relação de consumo - incidência do art. 26 do cdc -

inércia do adquirente por 08 (oito) anos - decadência do direito do postulante quanto à reparação pelo dano material - ausência de comprovação do prejuízo - utilização da garagem durante todo o período - pleito pelo dano moral fundado em ato ilícito - fragilidade quanto à caracterização do dano e nexos de imputação - improcedência do pedido, forte no art. 269, I, do CPC - vulgarização do instituto que deve ser combatida pela atuação do poder judiciário - recurso desprovido.

A questão da decadência no âmbito do Direito Consumerista é erigida como forma de conferir equilíbrio às relações negociais travadas entre consumidor e fornecedor, de modo que o primeiro possa, em tempo hábil e proporcional, delatar eventuais vícios aparentes no produto adquirido e obter a sua reparação e, ainda, para que o segundo possa ter segurança e estabilidade em suas transações, não ficando vulnerável à possibilidade nada razoável de que, a qualquer tempo, possa o adquirente devolver a coisa e retomar o preço. "Dano moral. Necessariamente ele não existe pela simples razão de haver um dissabor. A prevalecer essa tese, qualquer fissura em contrato daria ensejo ao dano moral conjugado com o material. O direito veio para viabilizar a vida e não para truncá-la, gerando-se um clima de suspense e de demandas. Ausência de dano moral, no caso concreto. Recurso desprovido"(TJRS - Des. Décio Antônio Erpen). (Apelação Cível nº 2005.024413-3; Relator: Desembargador Sérgio Izidoro Heil; Data de Julgamento: 30/09/2005)

Dano moral – aluguel de vestido - alegação de mau estado – fato indemonstrado

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Responsabilidade civil. Empresa no ramo de aluguéis de trajes. Locação de vestido. Alegação de péssimo estado de conservação. Nexos de causalidade entre a conduta e o dano não demonstrados. Pedido indenizatório afastado. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido. A configuração do dever de reparar ato ilícito está interligada necessariamente na comprovação da conduta, do dano e do nexos de causalidade entre eles. (Apelação cível nº 2010.071193-9; Relator: Desembargador Fernando Carioni; Data de Julgamento: 01/04/2011)

2.2 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Comércio – veículo novo – aquisição – existência de multa decorrente do teste de rodagem

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. DANOS MORAIS INEXISTENTES. MERO DISSABOR. FATO CONSTITUTIVO NÃO COMPROVADO. ART. 333, I DO CPC. Segundo determinação expressa do art. 333, I e II do CPC, que dispõe sobre a distribuição do ônus da prova, compete ao autor comprovar o fato constitutivo do seu direito, incumbindo ao réu a prova dos fatos extintivos, modificativos, e impeditivos da pretensão postulada.

Hipótese em que a autora não logrou comprovar o efetivo dano material que diz ter sofrido, mormente por que a multa imposta pelo DETRAN, quando da realização do teste de rodagem no veículo, foi devidamente quitada pela ré. Testes e transporte do automóvel que não retiram sua condição de novo, não havendo notícia de que tenha ocorrido desgaste ou de que o bem não tivesse em perfeitas condições. Dano material não comprovado. Fatos narrados na inicial que não passam de mero dissabor, incapaz de gerar dano de natureza moral. Precedentes jurisprudenciais. Sentença de improcedência mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação cível nº 70014692040; Relator: Desembargador Paulo Roberto Lessa Franz; Data de Julgamento: 13/07/2006)

Condomínio – ata de assembleia geral extraordinária – alusão a determinado apartamento

Responsabilidade civil. Ato ilícito. Ausência. Prova. Dano moral. Exercício regular de um direito. Ausência de conduta culposa ou dolosa, bem como lesão a ensejar o dever de indenizar. A ausência de prova do proceder ilícito e/ou abusivo da parte impede a condenação na indenização do dano moral. Ata de Assembleia Geral Extraordinária de condomínio, onde restou consignada alusão ao apartamento dos autores. Exercício regular de um direito, por parte dos condôminos. Sentença de improcedência mantida. Apelo improvido. (Apelação cível nº 70013505235; Relator: Desembargador Paulo Antônio Kretzmann; Data de Julgamento: 04/05/2006)

Convênio Médico – atendimento deficiente – demora causadora de desconforto

Indenização. Dano Moral. Atendimento deficiente de convênio médico, com demora que causa desconforto e irritação, mas não alcança o dano moral indenizável. Pedido que não se liga à alegação de erro médico. Inviabilidade da natureza meramente punitiva do dano moral. Improcedência. Recurso improvido. (Apelação Cível nº 428.301 – 4/0; Relator: Desembargador Maia da Cunha; Data de Julgamento: 24/05/2006)

Dano moral – pastor de igreja – alegação de tratamento indevido e falta de condições de trabalho - inexistência de vínculo

Dano moral. Improcedência. Pastor de Igreja que diz não ter recebido condições de trabalho, tendo sido tratado de forma indevida. Não caracteriza. Inexistência de vínculo subordinativo entre as partes. Possibilidade de deixar o local. Desentendimentos e transtornos que não configuram dano indenizável. Sentença mantida. Recurso improvido. (Apelação Cível nº 159.331.410-00, Comarca de São Paulo)

2.4 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**Condomínio – instalação de “boiler” em terraço – parte comum**

Condomínio. Instalação de “boiler” em terraço. Parte comum. Art. 1331, 5º do antigo Código Civil. Convenção do condomínio que nada proíbe na sua instalação. Ato solene e de imperatividade. Cães vivendo no interior da unidade condominial. Confissão dos apelantes sobre o afastamento dos animais. Perda de objeto. Danos morais improcedentes. A instalação do “boiler” no teto ou terraço pelos apelados em anda afetou o direito dos apelantes, sendo abuso de direito querer usar interpretação extensiva do parágrafo único do art. 6º da Convenção do Condomínio, para desfazer uma instalação que em anda afronta o direito. Recurso desprovido. (Apelação Cível 2005.001.50801; Relator: Desembargador Ronaldo Álvaro Martins; Data de Julgamento: 21/03/2006)

2.5 Tribunal de Justiça da Bahia

Cartão de Crédito – cancelamento – limite ultrapassado

Dano Moral. Prestação de Serviço. Prestação de serviços. Cartão de Crédito. Limite ultrapassado. Cancelamento. Pagamentos efetivados no final de semana. Tentativa de comprar no cartão cancelado. Inexistência de danos morais. Preliminares insubsistentes. Recurso provido. (Apelação Cível nº 31572-4; Relator: Desembargador Walter Brandão; Data de Julgamento: 05/04/1999)

Concessionária de serviço público – energia elétrica – consumo excessivo – inadimplência

Ação indenizatória. Dano Moral. Contas de energia elétrica. Consumo excessivo. Pagamentos não realizados. Ausência de constrangimento. Indenização indevida. Não faz jus à indenização por dano moral cliente de empresa concessionária de serviço público que penas recebeu e não pagou contas de energia elétrica, apesar do registro de consumo excessivo, pois tal atitude não o submeteu a qualquer tipo de humilhação ou constrangimento. (Processo nº 25.737 – 9/2004; Acórdão nº 41100)

2.6 Tribunal de Justiça de Rondônia

Cartão de Crédito – cobrança indevida de assinatura de revista – devolução imediata após notificação

Indenização. Danos morais. Cobrança de assinatura. Cartão de crédito. Não comprovação. Improcedência. A mera cobrança no cartão de crédito de parcelas em assinatura de revista, imediatamente devolvidas quando notificada a responsável pela parte por meio do órgão de defesa do consumidor, é incabível a gerar indenização por dano moral, mormente se não configurada a dor alegada. (Apelação Cível 100.001.2003.007479-6; Relator: Desembargador Péricles Moreira Chagas; Data do Julgamento: 18/05/2005)

2.7 Tribunal de Justiça de Roraima

Dano moral – ofensa moral – políticos

Processual civil – Preliminar rejeitada – Ofensa moral inexistente – Recurso improvido. 1. O Juiz não é obrigado a tecer

comentários sobre todas as questões arguidas pelas partes, devendo apenas demonstrar, devidamente, quais foram as razões de seu convencimento. 2. Os políticos, pela função que desempenham, são alvos constantes de críticas e estas críticas, desde que não abusivas, não ensejam a reparação por dano moral. (Apelação Cível nº 120-02; Relator: Desembargador Almiro Padilha; Data do Julgamento: 22/10/2002)

2.8 Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Cheque – devolução – valor ínfimo

CIVIL. DEVOUÇÃO DE CHEQUE EM RAZÃO DE LANÇAMENTO A MAIOR DE CHEQUE ANTERIORMENTE COMPENSADO. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PROVIDÊNCIAS DOS AUTORES PARA SANAR A FALHA. INEXISTÊNCIA DE DANOS MATERIAIS. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO. AUSÊNCIA DE JUSTO MOTIVO PARA INDENIZAR. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Para o deferimento de indenização por danos morais é necessário examinar a conduta do agente causador do fato, verificar sua reprovabilidade e a potencialidade danosa da conduta em relação ao patrimônio imaterial da vítima, sopesando a situação em face do sentimento médio da população, objetivando reprimir a prática de condutas que atinjam a honra, a imagem e outros direitos inerentes à personalidade. 2. Os cheques emitidos não atingem a quantia de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), sendo a contabilização indevida de um deles a razão da devolução do segundo por inexistência de saldo em razão do lançamento em valor superior ao estampado no cheque compensado, situação que possui potencial danoso, o que todavia somente é materializado com a ocorrência de situação que cause prejuízo ou exponha a pessoa que é vítima do erro a situação vexatória comprovada, o que não ocorre no caso examinado. 3. O dano moral não se confunde com o mero aborrecimento, que é inerente à vida cotidiana, mas que não enseja reparação financeira ante sua ocorrência, tanto mais em hipóteses como a examinada onde após três dias o erro foi integralmente solucionado com o crédito sendo efetivado na conta corrente da autora, sem nenhuma indicação documental que apresente indícios de prejuízo material ou imaterial

experimentado pela correntista. 4. Inexistindo demonstração de danos materiais ou repercussão da falha no serviço na esfera de relacionamentos ou negócios da autora, é incabível o deferimento da indenização postulada. 5. Apelação provida para reformar a sentença recorrida e inverter os ônus da sucumbência. 6 - Apelação da Caixa Econômica Federal - CEF provida. 7 - Apelação do Banco Sudameris Brasil S/A, improvida. 8 - Apelação dos autores, prejudicada. Civil. Devolução de cheque em razão de lançamento a maior de cheque anteriormente compensado. Inexistência de demonstração de providências dos autores para sanar a falha. Inexistência de danos materiais. Dano moral. Responsabilidade civil. Inexistência de repercussão. Ausência de justo motivo para indenizar. Improcedência do pedido. 1. Para o deferimento de indenização por danos morais é necessário examinar a conduta do agente causador do fato, verificar sua reprovabilidade e a potencialidade danosa da conduta em relação ao patrimônio imaterial da vítima, sopesando a situação em face do sentimento médio da população, objetivando reprimir a prática de condutas que atinjam a honra, a imagem e outros direitos inerentes à personalidade. 2. Os cheques emitidos não atingem a quantia de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), sendo a contabilização indevida de um deles a razão da devolução do segundo por inexistência de saldo em razão do lançamento em valor superior ao estampado no cheque compensado, situação que possui potencial danoso, o que todavia somente é materializado com a ocorrência de situação que cause prejuízo ou exponha a pessoa que é vítima do erro a situação vexatória comprovada, o que não ocorre no caso examinado. 3. O dano moral não se confunde com o mero aborrecimento, que é inerente à vida cotidiana, mas que não enseja reparação financeira ante sua ocorrência, tanto mais em hipóteses como a examinada onde após três dias o erro foi integralmente solucionado com o crédito sendo efetivado na conta corrente da autora, sem nenhuma indicação documental que apresente indícios de prejuízo material ou imaterial experimentado pela correntista. 4. Inexistindo demonstração de danos materiais ou repercussão da falha no serviço na esfera de relacionamentos ou negócios da autora, é incabível o deferimento da indenização postulada. 5. Apelação provida para reformar a sentença recorrida e inverter os ônus da sucumbência. 6 - Apelação da Caixa Econômica Federal - CEF

provida. 7 - Apelação do Banco Sudameris Brasil S/A, improvida.
8 - Apelação dos autores, prejudicada. (Apelação Cível 2000.37.00.003570-1; Relatora: Desembargadora Selene Maria de Almeida; Data do Julgamento: 16/12/2004)

2.9 Tribunal Regional Federal da Quarta Região

Cobrança - dívida quitada – pagamento em dobro do valor cobrado - ausência do dano moral

DANO MORAL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE DÍVIDA QUITADA. PAGAMENTO EM DOBRO DO VALOR COBRADO. 1. Não se pode pleitear danos morais baseado em pura indignação ou estado de ânimo alterado. O alegado prejuízo há que ser demonstrado, por exemplo, com a prova de grave constrangimento ou abalo de crédito. 2. O exercício de um direito, como a propositura de uma ação, ainda que de execução, ressalvada a hipótese de comprovada má-fé, não enseja indenização por não se tratar de conduta ilícita, não podendo por isso caracterizar ofensa à honra e dignidade das pessoas. 3. Se em toda ação de execução que se fosse impetrar houvesse risco de improcedência e a conseqüente ofensa à honra e dignidade das pessoas, inviabilizado restaria o instituto das execuções. 4. A cobrança de dívida já quitada enseja o pagamento do dobro cobrado, conforme o art. 1.531 do Código Civil. 5. Apelo e remessa oficial tida por interposta parcialmente providos. (Apelação Cível 2000.70.00.007005-3; Relator: Desembargador João Pedro Gebran Neto; Data do Julgamento: 03/07/2002)