

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

EDUARDO LUIZ VENTURIN

A (IN)EFICIÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS PARA O ACESSO À JUSTIÇA:
UMA CRÍTICA SEGUNDO A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

FLORIANÓPOLIS
2013

EDUARDO LUIZ VENTURIN

A (IN)EFICIÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS PARA O ACESSO À JUSTIÇA:
UMA CRÍTICA SEGUNDO A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Monografia submetida à Universidade Federal
de Santa Catarina para a obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor
Everton das Neves Gonçalves

FLORIANÓPOLIS
2013

É PERMITIDA A REPRODUÇÃO TOTAL OU PARCIAL DESTA OBRA PARA FINS EDUCATIVOS NÃO COMERCIAIS COM A CITAÇÃO DA FONTE.



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

Venturin, Eduardo Luiz

A (in)eficiência dos Juizados Especiais para o Acesso à Justiça: uma crítica segundo a Análise Econômica do Direito / Eduardo Luiz Venturin; orientador, Everton das Neves Gonçalves - Florianópolis, SC, 2013. 107 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Análise Econômica do Direito. 3. Acesso à Justiça. 4. Juizados Especiais. Gonçalves, Everton das Neves. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

ATA DE SESSÃO DE AVALIAÇÃO
DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

A monografia final intitulada "**A (in)eficiência dos Juizados Especiais para o Acesso à Justiça: uma crítica segundo a Análise Econômica do Direito**", elaborada por **Eduardo Luiz Venturin**, matrícula nº 08222016, foi apresentada e defendida em sessão pública de arguição e avaliação, em 24 de Junho de 2013, às 18 horas e 00 minutos, na Sala 109 do CCJ, perante a banca examinadora formada pelos membros abaixo assinados, tendo obtido aprovação com nota 10,0 e sido julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado na UFSC pela Resolução n. 003/95/CEPE.

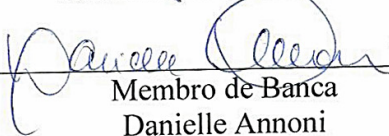
Florianópolis, 24 de Junho de 2013.



Professor(a) Orientador(a)
Everton das Neves Gonçalves



Membro de Banca
Alexandre Morais da Rosa



Membro de Banca
Danielle Annoni

*Dedicado aos pensadores críticos
do passado, presente e futuro.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, acima de tudo, à minha mãe, pelo apoio incondicional na minha formação e, principalmente, por me deixar perseguir meus sonhos.

Agradeço ao Professor Doutor Everton das Neves Gonçalves pelas suas contribuições para o aprofundamento do meu conhecimento sobre a Análise Econômica do Direito, tendo prontamente aceitado o convite de orientar este projeto, opondo valiosas críticas durante seu desenvolvimento e, principalmente, dando a total liberdade para a realização desta pesquisa.

Agradeço ao Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa, que, apesar de tantos compromissos, sempre me atendeu prontamente, tendo me introduzido ao estudo da Análise Econômica do Direito e, principalmente, apresentando-se como fonte de inspiração para uma postura crítica frente ao Direito.

Agradeço à Professora Doutora Danielle Annoni, que me introduziu ao estudo do Acesso à Justiça, tendo demonstrado que a mera declaração de direitos não basta para garantir sua efetividade.

Agradeço ao Professor Doutor Samuel da Silva Mattos, docente no Direito e colega na Filosofia, por ter me introduzido ao estudo do Direito Constitucional, sendo, hoje, companheiro de profícuas discussões sobre o tema.

Agradeço ao Professor Doutor Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender, por desempenhar exemplarmente e ao mesmo tempo as funções de docente e pesquisador e, principalmente, por demonstrar desde o momento em que eu ingressei no curso de Direito que é possível e preciso seguir as paixões.

Agradeço a todos os Professores que contribuíram para a minha formação, da pré-escola ao ensino superior, tendo me inspirado a almejar a carreira docente.

Agradeço a todos os meus verdadeiros amigos, que estiveram sempre disponíveis quando eu precisei, seja nos momentos difíceis ou de descontração, e que entenderam a minha justificada ausência nos últimos tempos.

*A Lei é igual para todos. Assim como a chuva.
Porém, se é verdadeiro que a chuva molha a todos,
também o é que aquele que tem guarda-chuva se protege.*

Francesco Carnelutti (1879-1965)

RESUMO

O objetivo desta pesquisa consistirá em investigar a ineficiência dos Juizados Especiais para o Acesso à Justiça na atualidade brasileira segundo a ótica jurídico-econômica da Análise Econômica do Direito. O método de procedimento será o monográfico, enquanto que o método de abordagem será o dedutivo. O procedimento metodológico consistirá inicialmente na revisão bibliográfica, de modo a apresentar a teoria de base desta pesquisa, sendo que no primeiro capítulo abordar-se-á a Análise Econômica do Direito e no segundo capítulo tratar-se-á do Acesso à Justiça. O objeto de estudo desta pesquisa concentrar-se-á no terceiro capítulo, momento em que se fará uso da estatística como procedimento metodológico. A Análise Econômica do Direito representa uma aproximação do diálogo entre Direito e Economia, que antes estava restrito a poucas áreas da ciência jurídica. O desenvolvimento de pesquisas relacionadas ao movimento a partir dos anos 70 levou à percepção de que a utilização do instrumental econômico poderia ser aplicada às mais diversas áreas de estudo do Direito, inclusive o Acesso à Justiça. A Lei n. 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais, de modo geral contribuiu para o avanço do Acesso à Justiça no Brasil. Contudo, a sua aplicação não vem se mostrando eficiente para a efetivação de direitos. A mera isenção de custas e honorários de sucumbência no âmbito dos Juizados Especiais não é o suficiente para garantir o amplo Acesso à Justiça, pois deixam de serem considerados demais *custos de transação* atinentes à tutela jurídica, principalmente os obstáculos para a propositura da ação, a morosidade processual e a desigualdade entre as partes. O debate sobre o Acesso à Justiça precisa ainda considerar questões como a falta de credibilidade do Poder Judiciário, o desconhecimento ou a compreensão distorcida de direitos individuais e coletivos, a complexidade dos procedimentos judiciais, a tutela jurisdicional inadequada ao caso concreto e a distância das unidades judiciárias como problemas a serem sanados para assegurar o amplo acesso ao sistema de Justiça.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Acesso à Justiça; Juizados Especiais.

ABSTRACT

The objective of this research will be to investigate the inefficiency of small-claim Courts in Brazil for the Access to Justice from the viewpoint of Law and Economics. The method of procedure will be the monograph, while the method of approach will be the deductive. The methodological procedure will first review the literature in order to present the basic theory of this research. The first chapter will address the Economic Analysis of Law and the second chapter will deal with the Access to Justice. The object of this research will be developed in the third chapter, in which the statistics will be methodological procedure. Law and Economics is an approximation of the dialogue between law and economics, which was previously restricted to a few areas of legal science. The development of research related to movement from the 70s led to the perception that the use of economic instruments could be applied to various fields of study of law, including access to justice. The Law n. 9.099/95, which established the small-claim Courts, overall contributed to the advancement of Access to Justice in Brazil. However, its implementation has been proving not to be effective to ensuring rights. The mere exemption from judicial's and attorney's fees under the small-claim Courts is not enough to ensure broad Access to Justice, because are no longer considered other transaction costs relating to pursuing legal protection, mainly hurdles to filing the lawsuit, Judiciary slowness and inequality between the parties. The debate on access to justice must also consider issues such as lack of credibility of the Judiciary, ignorance or distorted understanding of individual and collective rights, the complexity of the legal proceedings, the inadequate legal protection to the giving case and the distance of judicial units as problems to be solved to ensure broad access to the Justice system.

Keywords: Law and Economics; Access to Justice; Small-claims Courts.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

1 Porcentagem de pessoas que vivenciaram conflito entre 2004 e 2009 e declararam não ter procurado a Justiça porque não sabiam que podiam utilizá-la, segundo a área de conflito .	55
2 Escolaridade média das pessoas que vivenciaram conflito entre 2004 e 2009, segundo o motivo para não terem procurado a Justiça, Brasil, 2009	58
3 Rendimento médio das pessoas que vivenciaram conflito entre 2004 e 2009 segundo o motivo para não terem procurado a Justiça	64
4 Comparação da classificação dos motivos que levaram as pessoas a não terem procurado a Justiça para solucionar situações de conflito entre 2004 e 2009 de acordo com a ordem decrescente da média de escolaridade e da média de rendimentos dos entrevistado	65
5 Dados sobre o congestionamento do Poder Judiciário de Santa Catarina no ano de 2011	68
6 Percentual de processos não baixados no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina no ano de 2011	70
7 Dados sobre o congestionamento do Poder Judiciário do Paraná no ano de 2011	71
8 Percentual de processos não baixados no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Paraná no ano de 2011	72
9 Comparação da taxa de congestionamento e da taxa de morosidade dos Juizados Especiais entre os Estados de Santa Catarina e do Paraná no ano de 2011	73
10 Comparação da taxa de congestionamento e da taxa de morosidade da Justiça comum entre os Estados de Santa Catarina e do Paraná no ano de 2011	73
11 Comparação da taxa de congestionamento entre o Estado de Santa Catarina e o Estado do Paraná no ano de 2011.....	74
12 Dados sobre o congestionamento do Poder Judiciário brasileiro no ano de 2011	75
13 Taxa média de congestionamento do Poder Judiciário brasileiro no ano de 2011	75
14 Comparação da taxa de congestionamento dos Juizados Especiais do Estado de Santa Catarina com a média nacional no ano de 2011	76
15 Comparação da taxa de congestionamento da Justiça comum entre o Estado de Santa Catarina e a média nacional no ano de 2011	76
16 Comparação da taxa de congestionamento da Justiça comum entre o Estado de Santa Catarina e a média nacional no ano de 2011	77
17 Carga de trabalho por magistrado no Estado de Santa Catarina no ano de 2011.....	77
18 Carga de trabalho por magistrado no Estado do Paraná no ano de 2011	78
19 Comparação da fórmula de <i>recall</i> em <i>Clube da Luta</i> com o <i>cálculo de negligência</i> de Learned Hand	88
20 Percentual de processos dos 10 maiores setores referentes aos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual subdivididos em polo passivo e ativo nos Juizados Especiais em relação ao total de processos ingressados no período.....	93

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	18
1.1 As escolas de pensamento	20
1.2 Uma crítica contra a teoria	23
1.3 Repensando a eficiência	28
2 ACESSO À JUSTIÇA	35
2.1 Natureza jurídica de Direito Humano.....	35
2.2 Principais garantias do Acesso à Justiça	43
2.3 Os custos de transação para a tutela jurídica	46
3 JUIZADOS ESPECIAIS	51
3.1 Obstáculos de acesso para além do custo financeiro	52
3.2 A recepção da morosidade da Justiça comum	66
3.3 A desigualdade entre as partes: um estudo de caso da relação de consumo	81
CONCLUSÃO.....	95
REFERÊNCIAS	104
As vozes do texto.....	107

INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa consistirá em investigar a ineficiência dos Juizados Especiais para o Acesso à Justiça na atualidade brasileira segundo a ótica jurídico-econômica da Análise Econômica do Direito. O método de procedimento será o monográfico, enquanto que o método de abordagem será o dedutivo. O procedimento metodológico consistirá inicialmente na revisão bibliográfica, de modo a apresentar a teoria de base desta pesquisa, sendo que no primeiro capítulo abordar-se-á a Análise Econômica do Direito e no segundo capítulo tratar-se-á do Acesso à Justiça. O objeto de estudo desta pesquisa concentrar-se-á no terceiro capítulo, momento em que se fará uso da estatística como procedimento metodológico.

A Análise Econômica do Direito (AED), ou Law and Economics (LaE) na terminologia inglesa, é um movimento e uma teoria que preza pela aplicação racional dos princípios e métodos econômicos ao estudo das normas, instituições e agentes vinculados ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, há diversas correntes teóricas que podem ser classificadas como pertencentes a sua área de estudo, tendo por característica comum a aplicação do instrumental econômico a relações antes vistas predominantemente pela ótica jurídica. Assim, no primeiro capítulo tratar-se-á do retrospecto histórico, fundamentos, críticas e possibilidades da AED.

A consolidação da AED se deu a partir do aprimoramento da relação entre Direito e Economia, antes limitada sobretudo ao Direito Comercial e Econômico, pela aplicação das teorias e dos instrumentais econômicos a diversas disciplinas jurídicas. Mais que uma aproximação, a AED se apresenta como uma possibilidade de superação do monopólio interpretativo do Direito sobre as normas jurídicas e os fatos sociais, estabelecendo um diálogo transdisciplinar entre a ciência jurídica e a econômica de modo a garantir a tutela adequada de direitos que conduza à Justiça social.

É preciso realizar uma ressalva quanto às diversas possibilidades de pesquisa abrangidas pela Análise Econômica do Direito. Entendida como movimento, a AED consiste numa denominação geral que contempla várias correntes teóricas, sendo essas reunidas sob a sua égide por terem princípios similares e procedimentos metodológicos

comuns. Contudo, essa proximidade muitas vezes é mais um recurso teórico do que uma verificação empírica. Dependendo da escola de pensamento utilizada como teoria de base, a aplicação dos instrumentais econômicos a determinado caso e a análise dessas informações podem levar a conclusões diametralmente opostas. Desse modo, justifica-se a reserva do tópico de abertura para discutir as principais escolas abrangidas pela AED.

Apesar de servir de teoria de base a esta pesquisa, reconhece-se que as críticas contra a Análise Econômica do Direito são numerosas e contundentes. A AED, como qualquer outra teoria, está sujeita a ter seus princípios e métodos refutados. As suposições frequentemente opostas contra a AED circundam em torno da dificuldade na aplicação e verificação de suas teorias, do conflito dos pressupostos econômicos com Direitos Fundamentais e da ocultação da ideologia liberal-econômica ao ordenamento jurídico. Dentre as críticas opostas contra a Análise Econômica do Direito, utilizar-se-á como objeto de estudo as considerações de Alexandre Morais da Rosa na obra “Diálogos com a Law and Economics”. A escolha pelas reflexões do jurista se justifica por considerar-se que essas representam as principais oposições contra o movimento e por se apresentarem como a crítica nacional mais contundente contra a Análise Econômica do Direito. É o que se verá no segundo tópico.

Aliar a ciência econômica à ciência jurídica é uma tarefa complexa. Enquanto que a primeira parte do pressuposto da maximização da riqueza a partir de um critério de eficiência, a segunda tem como premissa a igualdade entre os sujeitos. Desse modo, qualquer tentativa de diálogo precisa ser precedida de um ponto de convergência teórico que coadune a otimização de recursos a sua respectiva alocação em prol da coletividade. Em outras palavras, o Direito deve ter por objetivo o convívio pacífico na sociedade, de modo que, sendo todos iguais entre si em direitos e deveres, não haja um sujeito valorizado ou inferiorizado em relação a outro; de outro lado, A Economia tem por característica o individualismo, preconizando pela maximização da riqueza, não sua distribuição. Assim, como seria possível conciliar duas áreas do conhecimento tão distintas em seus fundamentos e empiricamente complexas?

No contexto nacional, Everton das Neves Gonçalves teorizou uma proposta que pode mostrar-se apta a superar as críticas contra a AED e a harmonizar a relação entre Direito e Economia, corrigindo o habitual descompasso entre eficiência e bem-estar social.

Para tanto, idealizou o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES), premissa que servirá de marco teórico para a presente pesquisa, sendo objeto de estudo do terceiro tópico.

Uma vez revisados os fundamentos teóricos da Análise Econômica do Direito, o segundo capítulo tratará do Acesso à Justiça, entendido como o conjunto de políticas públicas, instituições e normas jurídicas que possam garantir a tutela de direitos, cabendo ao poder público criar meios para a resolução de controvérsias e para a efetivação de direitos violados, ameaçados ou não cumpridos, assim como assegurar sua fácil utilização e o conhecimento desses procedimentos pelo indivíduo. Esse conceito busca a superação do panorama arcaico de Acesso à Justiça nos Juizados Especiais, limitado à gratuidade de custos financeiros diretos decorrentes de uma ação judicial, sendo constituídos pelas custas judiciárias e pelos honorários advocatícios e de sucumbência. Considerando a importância do Acesso à Justiça para a efetivação de direitos, será abordado um breve histórico de sua origem e de sua natureza jurídica, tema esse que será alvo do primeiro tópico do segundo capítulo.

Ainda no segundo capítulo, o segundo tópico tratará sucintamente das alterações legislativas que tiveram maior impacto para cunhar o sistema de Acesso à Justiça do ordenamento jurídico brasileiro. Considerando que o grande desafio das políticas públicas atinentes ao Acesso à Justiça no Brasil é a efetivação de direitos positivados, serão sucintamente abordadas as principais normas que facilitaram ou criaram novos procedimentos para a tutela desses direitos. De forma a não desviar o foco da presente exposição, serão abordadas as legislações que constituíram a espinha dorsal do Acesso à Justiça no Brasil no que tange à apreciação de demandas pelo Poder Judiciário. Desse modo, serão revisadas, pela ordem cronológica, a Lei n. 1.060/50, que trata da assistência judiciária gratuita; o Código de Processo Civil de 1973, nos institutos mais significativos para a pesquisa; a Constituição de 1988, no que tange às atribuições do Ministério Público e à inafastabilidade da jurisdição; e a Lei 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais.

O problema do panorama atual do sistema de Acesso à Justiça nos Juizados Especiais consiste na negligência de diversos custos arcados pelo indivíduo na busca pela tutela de um direito. No âmbito comercial e empresarial, a concretização de determinado negócio jurídico deve ser precedida da análise dos custos envolvidos, sejam esses efetivos e potenciais, presentes da avaliação pré-negocial até o possível inadimplemento contratual.

Esses são os chamados custos de transação, expressão que tem origem na Economia e que consiste nos custos envolvidos para determinado processo de troca econômica. É possível adaptar e aplicar tal fundamento teórico ao Acesso à Justiça, considerando que o sujeito arca com diversos custos para a consecução da tutela jurídica. É o que será demonstrado no terceiro tópico do segundo capítulo. De modo a assegurar o amplo acesso ao sistema de Justiça e a sanar suas deficiências, o debate sobre o Acesso à Justiça precisa considerar questões como a falta de credibilidade do Poder Judiciário, o desconhecimento ou a compreensão distorcida de direitos individuais e coletivos, a complexidade dos procedimentos judiciais, a tutela jurisdicional inadequada ao caso concreto e a distância das unidades judiciárias. Esses são alguns dos custos de transação do sistema de Justiça, expressão de origem comercial que consiste nos custos envolvidos em determinado processo de troca econômica.

A mera isenção de custas e honorários de sucumbência no âmbito nos Juizados Especiais não é o suficiente para garantir o amplo Acesso à Justiça, pois deixam de serem considerados demais custos de transação atinentes à tutela jurídica. Desse modo, no terceiro capítulo serão abordados seus principais óbices, sendo eles os custos indiretos para a propositura de uma ação, a morosidade processual e a desigualdade entre as partes.

Um cenário em que o Acesso à Justiça fosse amplamente assegurado, com órgãos estatais e normas que garantissem a toda a população a tutela de seus direitos sem obstáculos burocráticos ou financeiros pode parecer utópico. Contudo, mesmo diante de tal panorama, seria possível que a tutela jurídica não se concretizasse para determinados sujeitos por empecilhos externos. Desse modo, no primeiro tópico do terceiro capítulo, analisar-se-ão os motivos que influenciaram os sujeitos entrevistados a não levar à apreciação do Poder Judiciário as suas demandas, classificadas de acordo com a área às quais pertençam e com o nível de escolaridade e de rendimentos desses indivíduos.

O referencial estatístico também será utilizado para analisar a morosidade dos Juizados Especiais estaduais. Para tanto, serão investigados dados referentes ao Estado de Santa Catarina, comparando-os com os mesmos indicadores verificados no Estado do Paraná e também com os da média nacional. Foram quatro os critérios para a escolha comparativa. O primeiro foi o local onde a presente pesquisa foi idealizada, desenvolvida e defendida, no Estado de Santa Catarina. O segundo foi a proximidade geográfica e cultural,

assim decidiu-se que seria outro Estado da região Sul. O terceiro foi a similitude da dimensão da estrutura judiciária, sendo que o TJSC e o TJPR são considerados Tribunais de médio porte.

A análise temporal da morosidade processual se mostra inviável em decorrência da ausência de dados que permitiriam tal pesquisa. Primeiramente, não há informações suficientes em qualquer das instâncias e procedimentos sobre a duração média dos processos judiciais, compreendendo-se o período desde o momento em que a ação é proposta até seu arquivamento. Em segundo lugar, tal análise teria que ser demasiadamente pormenorizada, desconsiderando na contagem temporal ações de grande complexidade e aquelas arquivadas sem julgamento de mérito, informações também indisponíveis. Desse modo, a fonte principal de pesquisa será as taxas de congestionamento das instâncias e procedimentos, informações disponibilizadas no Relatório Justiça em Números, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A taxa de congestionamento é representada pelo percentual de processos não baixados durante ano do levantamento, sejam ações propostas naquele período ou pendentes de anos anteriores. A partir dessa taxa serão realizadas as comparações que permitirão mensurar a morosidade dos Juizados Especiais estaduais, o que será analisado no segundo tópico do terceiro capítulo.

O último tópico da pesquisa tratará sobre a desigualdade entre as partes, tanto judicialmente como extrajudicialmente. De modo a ilustrar o tema, tomar-se-á como estudo de caso uma passagem do filme Clube da Luta (1999). Na cena em questão, o personagem relata quando se decide por iniciar um processo de recall na companhia automobilística para a qual trabalha. Em vez da motivação pela transparência na gestão empresarial e pela primazia da segurança dos consumidores, é revelado que a razão que determinava um recall na sua empresa seria um cálculo puramente financeiro e de poucas variáveis. Utilizando a passagem do filme como exemplo, será analisada a relação da fórmula de recall apresentada com o cálculo de negligência de Learned Hand, fórmula concebida com o escopo de avaliar até que ponto seria exigível uma precaução por parte de um sujeito de modo a mitigar a probabilidade de um evento danoso. Nesse sentido, demonstrar-se-á uma fórmula para evidenciar situações em que uma pessoa, física ou jurídica, faz a opção deliberada por praticar atos ilícitos idênticos contra diversos indivíduos, esperando que os proventos da prática ilegal sejam superiores à quantia despendida com os sujeitos que

buscarão a reparação. Por fim, analisar-se-á quem são os litigantes habituais dos Juizados Especiais estaduais e como eles se constituem como os maiores beneficiários do procedimento sumaríssimo, ao mesmo tempo em que obstaculizam a tutela jurídica para os litigantes ocasionais.

1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A *Law and Economics* (LaE), ou Análise Econômica do Direito (AED) na tradução vernacular mais aceita, é um movimento e uma teoria que preza pela aplicação racional dos princípios e métodos econômicos ao estudo das normas, instituições e agentes vinculados ao ordenamento jurídico¹. Fazendo uma análise semântica, ambas as denominações têm seus méritos. De um lado, a denominação estadunidense “*Law and Economics*”, que literalmente seria traduzida por “Direito e Economia”, representa de forma mais abrangente as possibilidades de relações recíprocas entre as duas ciências. De outro ponto de vista, a denominação brasileira “Análise Econômica do Direito” não deixar confundir os estudos reunidos sob a égide da com os demais estudos e disciplinas da relação tradicional entre Direito e Economia, como o Direito Econômico, o Direito Tributário e o Direito de Concorrência.

O movimento da *Law and Economics* emergiu nos Estados Unidos nos anos 60, tendo se consolidado a partir da década de 70 e ganhado adeptos no estudo e aplicação de suas teorias desde então. Embora essa abordagem inovadora entre Direito e Economia tenha sido influenciada por teóricos norte-americanos e sua origem seja conhecida a partir desse país, as raízes de seus fundamentos também remontam ao pensamento econômico europeu². Além disso, a relação entre Direito e Economia já havia sido estudada anteriormente por Max Webber, que, apesar de considerar que essas ciências não dependiam uma da outra, reconhecia que elas faziam parte de um conjunto de

¹ Enquanto movimento, a AED pode ser entendida como “um movimento teórico inovador que veio instrumentalizar o entendimento da teoria jurídica contemporânea, combinando a racionalidade econômica com a legitimidade e legalidade inerentes à formalidade jurídica [...]”, in: GONÇALVES, Everton das Neves. *A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988*. (Dissertação). Mestrado em Direito. Florianópolis: UFSC, 1997, p. 93.

² “O movimento de *Law & Economics* sempre foi considerado um movimento americano; isto não é exatamente correto. Suas origens são mais internacionais. Economistas clássicos como Adam Smith e Jeremy Bentham, e mais tarde, Pigou, Hayek, Leoni e Coase tiveram uma participação dominante, assim como teve também participação doutrinária outros, como, por exemplo, Max Weber (curiosamente também um advogado e economista!)”, in: PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Curso de Law & Economics*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005, p. 15.

possibilidades muito amplo, envolvendo costumes, convenções e instituições alheias, mantendo uma relação de importância mútua³.

Dois juristas, concomitantemente, tiveram fundamental contribuição para a revolução da relação entre Direito e Economia, tendo cada um deles independentemente apresentado um artigo, ambos publicados no ano de 1961, que juntos se eternizaram como as raízes históricas para o movimento. Um desses artigos foi concebido pelo economista inglês Ronald Coase, intitulado *The Problem of Social Cost*⁴, quando já lecionava na *University of Virginia*. O outro escrito pertence a Guido Calabresi, intitulado *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*⁵, tendo sido publicado pouco tempo depois de ter se tornado o Professor mais jovem a juntar-se ao prestigiado corpo docente da *Yale Law School*, em *New Haven*. Posteriormente, Richard Posner, Professor da *University of Chicago*, tendo vislumbrado os procedimentos metodológicos e objetos de estudo em comum de várias pesquisas esparsas sobre Direito e Economia, firmou a espinha dorsal da disciplina. Desse modo, com a publicação da obra *The Economic Analysis of Law*⁶, no ano de 1973, Posner perpetuou a *Law and Economics* não apenas como um movimento, mas com uma teoria.

Mais que uma completa inovação, a AED representa uma aproximação do diálogo entre Direito e Economia que antes estava restrito a poucas áreas da ciência jurídica. O desenvolvimento de pesquisas relacionadas ao movimento a partir dos anos 70 levou à percepção de que a utilização do instrumental econômico poderia ser aplicada às mais

³ “As relações entre direito e economia para Weber cuidam para diminuir a importância destes dois campos dentro de um espectro de possibilidades muito mais amplo, que envolvem costumes, convenções, instituições alheias ao direito, entre outros. Em Weber, economia e direito não se preenchem mutuamente, não se encaixam perfeitamente como duas peças de um quebra-cabeça, feitas uma para a outra. Weber reconhece que o direito, na sociedade moderna, é importante para a economia, e que o direito deve primar pela realização de interesses econômicos; mas, ao mesmo tempo, adverte que a economia dele não depende, pois essa interação não é única e sobre ela deitam inúmeros outros fatores”, in: “GUIMARÃES, Lucas N. de M. R. *Relações entre direito e economia no pensamento de Max Weber: Pequenas comparações com Rudolph Stammler e a Análise Econômica do Direito*. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza: CONPEDI, 2010, p. 231.

⁴ COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. The Journal of Law and Economics. Vol. 3. Charlottesville: University Of Virginia School of Law, outubro de 1960.

⁵ CALABRESI, Guido. *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*. Yale Law Journal, Vol. 70. New Haven: Yale Law School, 1961.

⁶ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1977.

diversas áreas do Direito, constatação que despertou a atenção não somente de juristas estadunidenses, mas também de operadores jurídicos de outros países que contribuíram para a internacionalização do movimento. Nesse sentido, a relação entre a ciência jurídica e a ciência econômica que antes da década de 60 estava limitada ao Direito de Concorrência e, em menor grau, ao Direito Tributário e ao Direito Econômico, passou a considerar como campos de estudo possíveis disciplinas como o Direito das Coisas, o Direito de Família, o Direito Penal, o Direito Processual, o Direito Ambiental, a Responsabilidade Civil, entre outros.

Salienta-se que a Análise Econômica do Direito não é um movimento homogêneo e indivisível, sendo na verdade uma denominação guarda-chuva formada por um conjunto de escolas de pensamento que podem ser agrupadas por guardarem princípios semelhantes e procedimentos metodológicos comuns. Conforme a corrente teórica adotada, os resultados da aplicação dos instrumentais econômicos a determinada situação pode levar até mesmo a resultados contrapostos, motivo que justifica a abordagem das escolas da Análise Econômica do Direito.

1.1 As escolas de pensamento

O diálogo entre Direito e Economia varia conforme a corrente teórica da Análise Econômica do Direito, mas pode considerar-se que todas elas envolvem a alocação eficiente de recursos. Apesar das diversas correntes interpretativas, todas elas fazem parte do mesmo movimento. A diferença entre essas escolas de pensamento consiste no modo de aplicação dos princípios econômicos ao estudo do Direito, sobretudo levando em consideração o conceito de eficiência adotado por cada teoria, que pode ser entendido da otimização da riqueza à maximização da felicidade.

Algumas das correntes teóricas da Análise Econômica do Direito são a Escola de Chicago, a Escola da *Public Choice*, a escola Neo-Institucionalista e a escola do

Critical Legal Studies, apenas para citar as principais⁷. São perspectivas que variam entre si pela abordagem e pela interpretação do diálogo entre o sistema jurídico e o sistema econômico. Por exemplo, para a Escola de Chicago, o agente econômico está sempre maximizando a sua satisfação num processo racional, enquanto que para a Escola da *Public Choice*, o objeto é sempre maximizar a sua reputação. Apesar disso, sempre há ao menos um ponto de correlação - a utilização do instrumental econômico para o estudo do Direito.

A *Law and Economics* passou a ser considerada uma teoria a partir de Richard Posner, em 1973, quando publicou a obra *The Economic Analysis of Law*. Posner inaugurou o enfoque tradicional da Escola de Chicago, também conhecido como institucionalista, concebendo o comportamento racional do agente econômico para a maximização da riqueza.

Diferentemente, o enfoque Neoinstitucional ou escola dos *Property Rights* destaca a importância do papel desempenhado pelas instituições e normas sociais, sendo o ordenamento jurídico permeado pelo conjunto institucional que influencia o comportamento dos agentes econômicos.

A escola da *Public Choice* por sua vez estabelece um diálogo com a política, considerando as expectativas dos eleitores quanto às ações de seus representantes políticos, assim como admite o interesse pessoal de cada agente na efetivação de ações públicas específicas. Assim, o agente econômico planejaria sua atuação de modo a maximizar a sua reputação perante um público alvo. Outro tema tratado por essa corrente é a alocação de recursos públicos, que, evidentemente, precisa ser realizada de forma eficiente, considerando que a receita pública é limitada e as necessidades sociais ilimitadas.

Por fim, alguns consideram o movimento do *Critical legal Studies* (CLS) como uma vertente de crítica interna da própria *Law and Economics*. Contudo, a trajetória do LaE e do CLS são diametralmente opostas, tendo cada um desses movimentos emergido por motivos distintos, embora ambos tenham surgido nos anos 60 e como sucessores do realismo jurídico estadunidense. O *Legal Realism* é uma teoria jurídica estadunidense que se desenvolveu nas Universidades de Yale e Columbia, consolidando-se nas décadas de 20 e 30 do Século passado e tendo conquistado adeptos inclusive na Suprema Corte dos EUA. O

⁷ GONÇALVES, Everton das Neves. *Op. cit.*, p. 110-113.

movimento questionava sobretudo o formalismo e o objetivismo da ciência jurídica, estabelecidos quase como consenso no meio acadêmico e judicial dos anos 60⁸. A escola do *Critical Legal Studies* defendia que os operadores jurídicos de modo geral utilizam do instrumental jurídico para encobrir interesses e posições pessoais e ideológicas no exercício de suas atribuições jurídicas. Para os *crits*, assim chamados os partidários do CLS, a atuação do operador jurídico seria permeada por valores estranhos ao Direito, inclusive da Economia, servindo-se da argumentação e interpretação jurídicas para legitimar suas próprias opiniões no meio jurídico. Desse modo, o *Critical Legal Studies* se apresenta mais propriamente como um movimento contrário à *Law and Economics* do que uma de suas correntes de pensamento⁹.

Quanto ao procedimento de análise da eficiência, deve-se considerar que as relações humanas no geral, sejam elas políticas, econômicas ou jurídicas, fazem parte de um processo demasiado complexo, de modo que seja praticamente impossível considerar todas as variáveis que influenciem a constituição de um determinado fato. Assim, no cálculo econométrico são consideradas somente as variáveis mais relevantes para a aferição do resultado, afinal o estabelecimento de uma fórmula que pudesse comportar todos os fenômenos comportamentais para determinada situação seria uma utopia. Desse modo, é necessário simplificar o problema a partir da modelagem - processo de decisão sobre as variáveis mais relevantes para a consecução do cálculo econométrico¹⁰. Um número escasso

⁸ “O Critical Legal Studies teve origem na tradição esquerdista da prática e do pensamento jurídico moderno. Dois problemas têm sido o alvo principal dessa tradição. O primeiro diz respeito à crítica ao formalismo e ao objetivismo [...], o uso puramente instrumental da prática e da doutrina jurídica para os objetivos esquerdistas é o segundo”, traduzido de: “Critical legal studies arose from the leftist tradition in modern legal thought and practice. Two overriding concerns have marked this tradition. The first concern has been the critique of formalism and objectivism [...], the purely instrumental use of legal practice and legal doctrine to advance leftist aims is the second”, in: UNGER, Roberto M. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1983, p. 1-4.

⁹ “O Critical Legal Studies foi um movimento político e acadêmico de esquerda que agora existe somente como uma escola de pensamento na academia jurídica. Entre o final de 1970 e de 1980, alguns de nós tecemos críticas da tradicional Análise Econômica do Direito”, traduzido de: “Critical legal studies was a left-wing political/academic movement that now exists only as a school of thought in legal academia. Between the late 1970s and the late 1980s, a few of us produced a critique of mainstream economic analysis of law”, in: KENNEDY, Duncan. *Law and Economics from the perspective of Critical Legal Studies*. In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. EUA: Macmillan Reference Limited, 1998, p. 1.

¹⁰ “Os modelos científicos são o instrumento pelo qual o cientista reduz a complexa realidade para estudá-la. [...] Os juseconomistas reconhecem a imensa complexidade do mundo real e a grande dificuldade - ou impossibilidade - de se lidar com todas as variáveis simultaneamente. Por isso, assim como os economistas, os praticantes da AED elaboram modelos teóricos dos problemas que desejam investigar, nos quais apenas as

de variáveis pode representar na falha da fórmula, constatada pelas constantes falhas verificadas por ocasião de sua aplicação empírica. De outro lado, um número grande de variáveis pode não somente ser impraticável, mas também pode tornar a fórmula demasiadamente complexa para ser utilizada. Além disso, tanto o excessivo detalhamento como a demasiada simplificação podem levar ao risco de deixar passar despercebidas variáveis relevantes para o cálculo econométrico.

Havendo sido elencadas as principais abordagens teóricas para o estudo da Análise Econômica do Direito, é possível traçar um objetivo comum entre elas. Considerando que o objetivo de toda norma jurídica seja estimular ou reprimir dado comportamento, é preciso avaliar se o seu texto e a sua aplicação se coadunam ao fim pretendido. Assim, pela ausência de um critério de aferição de resultado por parte da ciência jurídica, a AED surge como um instrumento auxiliar do intérprete do Direito, seja ele legislador ou magistrado, de forma que cada um no seu âmbito de atuação tenha à disposição um critério racional para a tomada de decisão. Nesse sentido, todas as escolas de pensamento da Análise Econômica do Direito se baseiam pela eficiência na alocação de recursos, levando em consideração a influência recíproca entre Direito e Economia e o papel dos fatores e agentes econômicos nas instituições jurídicas¹¹.

1.2 Uma crítica contra a AED

A Análise Econômica do Direito se caracteriza por representar tanto um movimento como uma teoria, havendo várias orientações de pensamento que podem ser reunidas sob sua égide. O ponto de convergência delas está na aplicação do instrumental econômico em relações antes vistas eminentemente pela ótica jurídica. Superando a

variáveis tidas como relevantes são consideradas. Esse procedimento é realizado na tentativa de, simplificando o problema, obterem-se perspectivas que de outra forma permaneceriam ocultas ao pesquisador.”, in: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 24.

¹¹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Op. Cit.*, p. 15-16.

tradicional relação de Direito e Economia, atualmente a aplicação da Análise Econômica do Direito se faz possível em diversas disciplinas jurídicas.

Naturalmente, não somente é esperado como é desejável que qualquer teoria seja alvo de críticas, de modo a testar a consistência de seus pressupostos e a possibilitar a correção de suas premissas e o aperfeiçoamento de seus fundamentos.

Dentre as críticas opostas contra a Análise Econômica do Direito, utilizar-se-á como objeto de estudo as considerações de Alexandre Morais da Rosa na obra “Diálogos com a *Law and Economics*”¹², cuja segunda parte foi escrita por José Manuel Aroso Linhares. A escolha pelas reflexões de Alexandre Morais da Rosa se justifica por incorporar as principais oposições contra o movimento e por se apresentar como a crítica nacional mais contundente contra a AED, sendo resultado de sua pesquisa de Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra.

Entre as críticas tecidas por Alexandre Morais da Rosa está a incorporação de uma ideologia liberal-econômica ao Direito, facilitada em virtude da proximidade entre o objeto de estudo da ciência econômica e o da ciência jurídica, pois, tratando-se ambas de ciências sociais aplicadas, a utilização de procedimentos metodológicos de uma no objeto de estudo da outra não encontra grandes óbices. Desse modo, aproveitando-se da crise do Estado Social, a teoria econômica seria aplicada no sentido de racionalizar o Direito pelos princípios econômicos:

Esta corrente metodológica adota, além dos princípios do liberalismo econômico, a ideia de que o objeto da ciência jurídica possui uma estrutura similar ao objeto da ciência econômica e, por isso, pode ser estudado do ponto de vista da teoria econômica. Assim, busca o movimento transformar o Direito, que se encontraria em um estado pré-científico, incapaz de se adaptar à nova realidade mundial, caracterizada pela crise do Estado de Bem-Estar Social, em uma verdadeira ciência, racional e positiva, mediante a análise e investigação do Direito de acordo com os princípios, categorias e métodos específicos do pensamento econômico.¹³

¹² MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹³ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. *Op. Cit.*, p. 56-57.

Uma crítica constantemente oposta à aplicação da Análise Econômica do Direito, sobretudo quando se trata de direito de propriedade, é a submissão da ordem jurídica, que nos países da *Civil Law* se encontra predominantemente alicerçada sob as codificações, ao mando do mercado, estabelecendo um estado de insegurança jurídica no qual as concepções clássicas de direito de propriedade e de responsabilidade civil poderiam ser ignorados caso houvesse um agente econômico que pudesse maximizar os lucros caso os recursos fossem empregados de outro modo além da reparação, em detrimento do direito do proprietário originário ou do indivíduo que sofreu o ilícito, ressalvado o direito de indenização. Essa crítica é pertinente, mas está em sua maior parte superada por dois motivos. O primeiro consiste na constatação de que a maximização incondicional da riqueza já não é mais o corolário da AED. Richard Posner, o jurista que deu impulso ao diálogo mais aprofundado entre Direito e Economia, reviu seu posicionamento, que era visto sobretudo como conservador, a partir dos anos 90, passando a admitir que outras variáveis estejam presentes no cálculo econométrico, de forma que esse não sirva somente para aferir a maximização da riqueza¹⁴. O segundo motivo para a superação dessa crítica consiste no fato que a relação entre Direito e Economia transcendeu à muito tempo o Direito de Propriedade, a Responsabilidade Civil e o Direito de Concorrência. Pode-se lançar mão dos instrumentais da Economia para o estudo de diversas áreas do Direito, entre elas o Direito Penal, o Direito Processual, o Direito Tributário e o Direito do Trabalho, só para citar alguns exemplos.

Além disso, os estudos de Direito e Economia não necessariamente objetivam a adoção dos instrumentais econômicos na decisão judicial. Esta pesquisa, por exemplo, trata da Análise Econômica do Acesso à Justiça, tomando como pressuposto que os principais meios oferecidos aos indivíduos para a defesa de seus direitos são limitados, visando somente a afastar os custos financeiros diretos da ação judicial.

¹⁴ “A eficiência econômica, antes defendida na AED como fundamento do direito, serve agora apenas como fundamento para avaliar a solidez das decisões jurídicas, regras e instituições. [...] Em outras palavras, em sua avaliação pragmática, a maximização de riqueza deixa de ser o critério último para a valoração das consequências desejadas pelo julgador, passando a ser um método útil apenas circunstancialmente, o que se ajusta a um conceito intuitivo e flexível do direito proposto por Posner.”, in: ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin*. 2011. Dissertação. Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 116 e 117.

Pode-se afirmar que todas as correntes teóricas da Análise Econômica do Direito prezam pela racionalização da ciência jurídica, contudo, cada qual a sua maneira. A Economia não imprime ao Direito uma nova conceituação de seus institutos, tão pouco se pretende colocá-lo sob as rédeas do mercado. Realmente, pode-se dizer que algumas correntes teóricas sigam a cartilha neoliberal, notadamente a Escola de Chicago, que teve origem a partir de Richard Posner em 1973. Contudo, há outras orientações teóricas no âmbito da Análise Econômica do Direito que comportam perfeitamente a supremacia do bem-estar social sobre a acumulação individual de capital, como, por exemplo, as correntes de pensamento citadas e analisadas no tópico anterior desta pesquisa e, conforme será abordado em seguida, o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES).

O conceito universal de Justiça¹⁵ não deve ser definido por uma teoria econômica, visto que o alcance do conceito transcende seu âmbito. Sob a ótica econômica, pode-se considerar que injusto é o desperdício e que justo é a alocação de recursos em conformidade ao critério de eficiência estabelecido. Qualquer tentativa de estender esse conceito em seu conteúdo literal às demais ciências sociais é imprópria se não forem considerados os fundamentos teóricos de suas disciplinas. Por exemplo, as instituições e os agentes econômicos podem utilizar-se de princípios econômicos para fragilizar as garantias constitucionais e de esvaziar a atuação estatal no âmbito social. Nesse aspecto, corrobora-se a crítica da doutrina:

O estabelecimento de um critério, no caso a eficiência, entendida como a melhor alocação de recursos, na perspectiva de mercado (ordem espontânea), no território da AED, implica na avaliação das Instituições por suas consequências (custo/benefício). No âmbito do Sistema Judiciário, este cotejo acontece no registro(i) Macro: da organização e administração da justiça, especificamente no plano Legislativo e Organizacional do Ordenamento Jurídico (pluralista); e (ii) Micro: da decisão judicial *stricto sensu*, inserida no contexto do discurso jurídico. Em ambas as dimensões procura reler a estrutura e práticas do Sistema Judicial desde um ponto de vista específico, num embate que transcende a simples mudança de critério (jurídico para econômico), mas de tradições jurídicas (*common law* e *civil law*) e filosóficas diversas, pretendendo a unificação do discurso. De um lado indica ajustes estruturais no Poder Judiciário, inclusive com formas

¹⁵ Somente neste tópico o vocábulo “Justiça” será abordado em sua dimensão moral e axiológica, sendo que nas demais passagens desta pesquisa será entendido como sinônimo de “Poder Judiciário” ou, ainda, conjugado na expressão “Acesso à Justiça”.

alternativas de resolução de conflitos (arbitragem e mediação), por outro, a partir do *pragmatic turn* refunda a Teoria da Decisão Judicial pelo critério da maximização da riqueza, levado a efeito por agentes racionais enleados num processo de desenvolvimento social. Há uma rearticulação interna do Direito pela intervenção externa (e decisiva) da Economia.¹⁶

Todo ordenamento jurídico se estabelece em torno da orientação de Justiça que emana das pessoas, normas e instituições sociais das quais mantém relação, sendo que, ao mesmo tempo em que se perpetua, com a mesma certeza se modifica. A Justiça se apresenta como se fosse o astro que estivesse no centro de um sistema solar, dependendo o ordenamento jurídico, tal como se fosse um planeta, da contínua energia dele emanada e de sua expectativa de conservação para o futuro. Tal como o Sol, não é possível vislumbrar a Justiça diretamente, pois a intensidade de seus raios é demasiadamente ofuscante para a observação a olho nu. Entretanto, pode-se vislumbrá-la através de filtros, sendo um desses a Economia.

Não compete à Análise Econômica do Direito estabelecer um conceito terminativo de Justiça, seja pela inadequação da tarefa com os seus objetos de estudo ou mesmo pela impossibilidade metodológica de realizá-la. A subordinação do Direito a um conceito econômico de Justiça é inadequada, a não ser em caráter complementar. A Análise Econômica do Direito tem o propósito de apresentar critérios racionais para a interpretação realizada pelo operador jurídico, não objetivando o esvaziamento da ciência jurídica.

Caso se quisesse investigar os fatores que influenciam a concepção de Justiça em determinada sociedade, certamente ter-se-ia que passar pelas correntes teóricas, instituições e agentes atinentes ao estudo da Ciência Política, da Economia e do Direito, só para citar as principais disciplinas. Nesse sentido, considerando a influência mútua entre Direito e Economia, reconhece-se que por vezes é difícil afirmar que conceitos pertencem propriamente a cada ciência, visto que ambas constituem uma trama de relações que se complementam. Contudo, esse fato não retira o mérito da colaboração da Economia ao estudo do Direito, pelo contrário, somente reafirma sua aplicação interdisciplinar.

¹⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. *Op. Cit.*, p. 59-60.

Sendo criticada a utilização da Análise Econômica do Direito como critério auxiliar para a interpretação do operador jurídico, sua aplicação é menos controversa quando se trata de assegurar eficiência na gestão pública. O emprego da receita pública precisa ser realizado racionalmente, tomando por consideração a alocação eficiente de recursos. Uma vez estabelecida uma determinada orientação política a ser seguida, a Análise Econômica do Direito serve para garantir que os recursos disponíveis sejam alocados da melhor maneira possível. Não se trata de interferir nas diretrizes traçadas pelos Três Poderes que tange ao Acesso à Justiça, mas de evitar o desperdício de recursos na sua concretização. Caso contrário, menos sujeitos terão condições de buscar a solução de controvérsias perante os órgãos administrativos e jurisdicionais do sistema de Justiça, ou então a tutela desses será prestada de forma inadequada, estando configurada, em ambos os casos, a injustiça - entendida nesta pesquisa como a ineficiência na aplicação e gestão da receita pública para a tutela de direitos. A alocação desarrazoada de recursos públicos faz com que um indivíduo que precise buscar a tutela para um direito tenha que arcar com maiores custos para fazê-lo, muitas vezes afastando-o de seu acesso. Assim, é preciso definir um critério de eficiência adequado a maximizar a efetivação de normas e políticas públicas atinentes ao Acesso à Justiça.

1.3 Repensando a eficiência

O desafio da relação entre Direito e Economia é aliar a ciência econômica, que parte do pressuposto da maximização da riqueza a partir de um critério de eficiência, à ciência jurídica, que tem como premissa a igualdade entre os sujeitos. Desse modo, é preciso estabelecer um ponto de convergência teórico que coadune a otimização de recursos e a sua alocação em prol da coletividade.

No contexto nacional, Everton das Neves Gonçalves, um dos pioneiros na pesquisa da Análise Econômica do Direito no Brasil, propôs abordagem inovadora para corrigir o habitual descompasso entre eficiência e bem-estar social. Para tanto, criou o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES), premissa que será tratada neste tópico e

que servirá de base para as análises estatísticas do último capítulo da presente pesquisa. No intuito de harmonizar a maximização da riqueza com o desenvolvimento social, assevera Everton das Neves Gonçalves:

Economicamente, parte-se do pressuposto de que, incrementando a eficiência, se aumenta a riqueza, o que, necessariamente, não leva à equidade e à distributividade, já que, é visível, a desigualdade em relação à distribuição de atributos individuais dos homens, tanto quanto, o aquinhoamento dos diversos fatores produtivos entre as nações [...] O Direito, em função da eliminação do desequilíbrio social, deve determinar a obrigação de compensação dos desfavorecidos ou destituídos de suas prerrogativas em função da adoção de possibilidades mais eficientes. Os governos, a partir da lógica do jurista-economista, devem maximizar suas decisões quando da implementação de políticas econômicas e sociais eliminando externalidades - que devem ser incluídas no cálculo econômico, tal como defendido segundo o PEES.¹⁷

Considerando os pressupostos aparentemente antagônicos do Direito e da Economia, é possível imaginar algumas situações hipotéticas em que o posicionamento dessas ciências estaria diametralmente oposto. Por exemplo, frente ao Ordenamento Jurídico Brasileiro, seria ilegal não contratar o vencedor de uma licitação em prol de um terceiro não participante do certame que tenha oferecido o produto ou serviço a menor custo, mesmo sendo economizados recursos do poder público. Contudo, perante a doutrina econômica, desprezando a discussão sobre a legalidade, não haveria óbices em contratar o terceiro, sendo inclusive esse o comportamento eficiente a ser adotado pelo agente.

Outro exemplo da possível contradição entre os fundamentos jurídicos e econômicos seria a criação do imposto sobre grandes fortunas de forma a estabelecer uma política de distribuição de renda à população hipossuficiente, norma que estaria em consonância com o Ordenamento Jurídico Brasileiro, havendo inclusive permissivo constitucional para tanto. Entretanto, tal norma seria inadmissível para a doutrina econômica majoritária, por desestimular o investimento e a criação do capital. Nesse

¹⁷ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. *O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito*. Berkeley: UC Berkeley Program in Law and Economics, 2007. Disponível em: <<http://www.escholarship.org/uc/item/39q6m55k>>. Acesso em: 24 de maio de 2013, p. 12-13.

contexto, é possível mediar interesses privados e coletivos estabelecendo critérios progressistas de distribuição da riqueza:

Se a análise econômica de custos e benefícios não considera critérios distributivos, e, preconizando maiores lucros para um indivíduo ou grupo, submete outro a carências; por outro lado, a distribuição regressiva da riqueza leva a maiores injustiças em termos materiais. Destarte, devem ser considerados critérios progressistas de distribuição da riqueza, segundo processo de tomada de decisão que não leve à estagnação ou inoperância da atividade econômica.¹⁸

Desse modo, o equilíbrio entre Direito e Economia além de necessário pode proporcionar o resultado mais eficaz para ambos os lados. Por exemplo, a distribuição criteriosa da riqueza pode fazer com que os indivíduos produzam capitais e tenham ascensão em seu padrão de vida, fazendo com que o Estado não precise atuar tão incisivamente com políticas assistenciais. Assim, pela visão jurídica estaria sendo cumprida a função social da propriedade e a efetivação de direitos individuais e sociais, enquanto que pela ótica econômica, em médio e longo prazo, essa poderia ser a escolha eficiente, em virtude da produção de capital pelos sujeitos beneficiados e da redução de gastos públicos:

A regulamentação, em busca da eliminação do desequilíbrio social, deve determinar a obrigação de compensação dos desfavorecidos ou destituídos de suas prerrogativas em função da adoção de possibilidades eficientes. Dessa forma, seja nas negociações ou na tomada de decisões, a partir da lógica do jurista-economista, os agentes devem maximizar suas expectativas, eliminando externalidades, através da inclusão destas no cálculo econômico como defendido segundo o PEES. Trata-se da elaboração e aplicação da norma de forma economicamente eficiente, maximizando-se resultados esperados quando da adjudicação de direitos ou da determinação de obrigações, conforme caráter *recíproco das ações*, porém, considerando o reflexo social e o custo externo imposto à sociedade presente, ou mesmo futura, de forma a serem compensados, na totalidade, os prejuízos impostos pelo ganho presente das partes envolvidas.¹⁹

O processo de promoção de políticas públicas e de produção normativa deve levar em consideração o impacto econômico de suas medidas para a sociedade, pois

¹⁸ *Idem. Eficiência e Direito: pecado ou virtude; uma incursão pela Análise Econômica do Direito*. Revista Jurídica, vol. 1, n. 28, de 2012. Curitiba: Unicuritiba, 2012, p. 98.

¹⁹ *Ibidem*, p. 98.

sua aplicação sempre terá como consequência um ônus a ser arcado pelo Estado ou por terceiros. Nesse sentido, é preciso questionar se a adoção de dado modelo de implementação de política pública está se dando do modo eficiente ou mais eficaz, ou ainda se o comportamento social almejado por determinada norma está sendo alcançado.

A falta de planejamento na elaboração e na aplicação orçamentária é uma das causas pelas quais o Brasil leva a fama de País ineficiente, contribuindo para o chamado *Custo Brasil*. O problema da desigualdade social no Brasil não é somente devido aos altos índices de corrupção e à falta de gestores qualificados. As raízes da questão estão situadas em momento anterior, havendo deficiência quando se trata do planejamento de políticas públicas e do emprego adequado da receita pública. O resultado é a ineficiência sistêmica do potencial produtivo de um País emergente com condições plenas de desenvolvimento econômico-social.

Contudo, é preciso frisar que no planejamento de políticas públicas há serviços públicos que não podem ser descartados em favor de outros que tragam maior retorno financeiro ou a satisfação de maior número de pessoas e, inclusive, admite-se que alguns deles possam ser deficitários pela relevância de sua função social. Por exemplo, tratando-se de saúde pública, imagine-se uma doença cuja vacina esteja contemplada no calendário oficial de vacinação devido ao alto custo financeiro para o tratamento daquela. Mesmo que um determinado sujeito tenha sido negligente e não realizado a vacina, os *custos de transação* seriam demasiadamente. Nesse caso, seria cogitável a distribuição de medicamentos de forma gratuita ou subsidiada pelo sistema público de saúde, sobretudo caso o indivíduo se encontrasse em condição de hipossuficiência. Nesse caso, segundo a Análise Econômica do Direito, seria é melhor cuidar do negligente sob pena de um custo bem maior que poderia ser imposto a toda a sociedade exposta à doença. Do mesmo modo, toma-se como exemplo o caso do programa bolsa-família. Certamente os recursos distribuídos por meio do programa não levam à maximização da riqueza individual, mesmo assim, é preciso atentar-se que essa singela distribuição de renda se apresenta como um complemento de renda para que muitas famílias tenham o mínimo existencial, ou, na realidade, algo próximo disso. Contudo, a distribuição igualitária de renda seria nitidamente uma atitude insensata do ponto de vista econômico, assim como a distribuição incondicional de medicamentos pelo poder público. A questão a ser estudada em ambos os casos

exemplificados passa pelo equilíbrio na alocação de recursos, tendo em vista o resultado eficiente e o atendimento às necessidades sociais básicas.

Admite-se que o estabelecimento de um diálogo harmônico entre Direito e Economia possa se apresentar como uma tarefa complexa. A ciência jurídica tem por objetivo induzir determinado comportamento à coletividade, afinal, pelo do princípio da igualdade, não pode haver um sujeito valorizado ou inferiorizado em relação a outro, bem como a atuação casuísta da máquina estatal. Já a ótica econômica tem por característica o individualismo, preconizando a maximização da riqueza, não sua distribuição. Assim, a questão a ser respondida é - como conciliar duas áreas do conhecimento tão distintas em seus fundamentos e empiricamente complexas? Uma possível resposta pode ser buscada no *caput* do art. 5º da Constituição de 1988, consubstanciado no princípio da isonomia, entendido como a vedação da diferença de tratamento pelas autoridades, instituições ou normas estatais de sujeitos que gozem da mesma proteção jurídica. A regra é que seja inadmitida a diferenciação entre indivíduos, a não ser que haja um fator de *discrimen* justificador para tanto.

Na teoria econômica, parte-se do pressuposto que os recursos são escassos, e, portanto, é preciso fazer o uso eficiente deles. O mesmo acontece, por exemplo, com a receita pública - as necessidades individuais e coletivas são infinitas, mas os recursos são limitados. Desse modo, é preciso estabelecer um critério pelo qual a quantia disponível de recursos atenda de forma mais ampla a satisfação individual e coletiva:

A aproximação entre o Direito e a Teoria Econômica, tornando o primeiro racional, segundo os parâmetros da segunda Ciência, torna-se possível, segundo aplicação do PEES, uma vez que o comando normativo seja exequível, conforme dadas as restrições materiais, segundo se almeje a equiparação dos níveis de satisfação individuais e coletivos envolvidos no caso concreto, ainda, mediante o implemento do tratamento equitativo aos iguais e diferenciado aos desiguais, e, por fim, seja promovida a derradeira justiça sob perspectiva econômica, ao difundir incentivos para a ação socialmente desejada ou obstáculos para a consecução de atos condenados pelo acordo social previamente estabelecido em normas e nos costumes.²⁰

²⁰ *Ibidem*, p. 99.

Por exemplo, é cláusula pétrea da Constituição de 1988 a função social da propriedade. Contudo, no que ela consiste na prática? Qual a extensão de seu alcance? Como ela pode ser aferida no caso concreto? Na falta de respostas pela ciência jurídica a essas questões, o que se observa é que a propriedade privada costuma ser elevada a um estado de dogma, enquanto que a função social é na maior parte das vezes relegada às discussões doutrinárias sobre a sua natureza jurídica e definição conceitual. Tome-se, por exemplo, a situação de um grande latifúndio, situado numa região de grande *déficit* habitacional, no qual se cultive esporadicamente a cultura de algum grão ou então a pecuária em pequena escala. Constata-se claramente que a propriedade gera riqueza, mas igualmente nítido é o propósito de evitar uma ação de reforma agrária. Nesse caso, poder-se-ia utilizar do cálculo econométrico para demonstrar que a desapropriação da área em questão seria eficiente tanto no sentido da maximização da riqueza individual, ao proporcionar meios de subsistência para muitas famílias, e também coletiva, ao contribuir com o crescimento da comunidade. Do mesmo modo, estariam sendo atendidos concomitantemente o direito à moradia e a função social da propriedade.

No ramo do Direito Penal e da Criminologia, muito se discute a respeito da punição mais adequada para cada tipo criminal. O discurso midiático e reacionário prega pela maximização das penas e pela redução da maioria penal. Contudo, será que a imputação de uma pena maior levaria à prevenção geral e especial do delito? A prisão está dando condições de reabilitação ao apenado? Quais são as experiências que deram certo para reduzir a incidência e a reincidência no crime? Novamente, as respostas a essas perguntas na maioria das vezes passam em branco por parte dos operadores jurídicos. Contudo, os economistas podem oferecer sugestões a essas indagações caso lhes sejam fornecidos os dados adequados para a análise. Mesmo do ponto de vista do utilitarismo econômico²¹, não é desejável excluir uma pessoa da sociedade através da prisão, pois, além de se estar perdendo força produtiva, haveria despesa com os altos custos do encarceramento, decorrente da extensa estrutura do sistema penal. Assim, a ressocialização do apenado não só é desejável como também é necessária para a sociedade. Contudo, a aplicação do Princípio da Eficiência Econômico-Social vai muito além. Considerando que as

²¹ MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. 7ª ed. Londres: Longmans, Green And Co., 1879.

causas do crime têm íntima relação com a desigualdade social, o delito muitas vezes poderia ser evitado pela efetivação de direitos individuais e sociais²². É preciso além de ressocializar o criminoso avaliar quais são as medidas preventivas que possam ser adotadas para evitar novos incidentes criminais, de modo a resguardar recursos públicos e privados que seriam gastos com o sistema penal e a garantir a pacificação social.

A aplicação adequada da Análise Econômica do Direito não tem como finalidade subjugar o Direito aos ditames individualistas do mercado. Pelo contrário, é o Ordenamento Jurídico Brasileiro atual que está sedimentado numa base essencialmente individualista, podendo os critérios objetivos e racionais da ciência econômica serem aplicados em prol da defesa dos direitos individuais e coletivos, com vastas possibilidades de ganho social, na medida em que se passariam a inibir comportamentos socialmente ineficientes.

Desse modo, é possível mensurar a eficiência do Acesso à Justiça pela avaliação da quantia e da alocação dos recursos empregados no sistema de Justiça, no sentido de garantir o acesso do maior número possível de sujeitos aos meios de resolução de conflitos, priorizando aqueles que se encontram em situação de hipossuficiência. Do mesmo modo, pode-se verificar a qualidade do funcionamento dos órgãos atinentes ao sistema de Justiça pelo estudo de seus indicadores estatísticos. Em ambos os casos, verificada a ineficiência, deve-se partir para sua correção imediata, tendo em vista a natureza jurídica de Direito Humano do Acesso à Justiça.

²² Sobre esse aspecto, constata-se que 77% da população carcerária brasileira, ou mais de 3/4, estudou no máximo até o ensino fundamental, sendo que 46% sequer o concluíram. Cf. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Relatório estatístico-analítico do sistema penitenciário no Brasil*. Brasília, junho de 2011.

2 ACESSO À JUSTIÇA

Definir Acesso à Justiça é tarefa complexa, muito devido aos múltiplos atores que integram seu domínio - além de normas jurídicas, estão envolvidos agentes e instituições que constituem o sistema de Justiça. Apesar da dificuldade, é possível estabelecer um significado para a expressão a partir da identificação de suas finalidades básicas, compreendendo os processos pelos quais os indivíduos possam reivindicar seus direitos ou resolver conflitos. Primeiramente, esse sistema deve ser universal e acessível a todos os indivíduos. Em segundo lugar, esses processos devem corresponder a resultados que sejam individual e socialmente justos²³.

Será considerado nesta pesquisa por Acesso à Justiça não somente a possibilidade universal do direito de ação perante o Poder Judiciário, mas também como o conjunto de políticas públicas, instituições e normas jurídicas que possam garantir a tutela de direitos, cabendo ao poder público criar meios para a resolução de controvérsias e para a efetivação de direitos violados, ameaçados ou não cumpridos, assim como assegurar sua fácil utilização e o conhecimento desses procedimentos pelo indivíduo.

Desse modo, é preciso superar a concepção arcaica de Acesso à Justiça, entendida apenas como a gratuidade de custos financeiros diretos decorrentes de uma ação judicial, consistindo sobretudo na assistência judiciária gratuita e na isenção de custas e honorários advocatícios e de sucumbência.

2.1 Natureza jurídica de Direito Humano

O homem é, por natureza, um animal social, dizia Aristóteles²⁴. Contudo, deve-se considerar que ainda assim ele não deixa de ser um animal. Naturalmente, o sujeito

²³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 2.

²⁴ ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 1253a.

é influenciado por diversos sentimentos, que afloram com maior ou menor intensidade a depender de suas paixões. O ser humano é incapaz de resolver todos os conflitos que surjam da convivência com seus pares, tendo em vista que os interesses individuais frequentemente se encontram contrapostos uns aos outros. A razão pela qual existe o Estado é evitar o estado de natureza, que é um estado de instabilidade e guerra. Assim, o cidadão se insere no pacto social com o intuito de não depender de seus próprios meios para defender-se das agressões, confiando essa tarefa ao corpo social. Embora nesse processo o indivíduo tenha que renunciar de parte da sua liberdade, ele assim o faz porque é somente desse modo que poderá gozá-la²⁵.

Hobbes considerava que mesmo os indivíduos mais hábeis estão suscetíveis a falsas conclusões, tendo em vista que nem a razão de muitos homens, mesmo que seu conteúdo seja tomado por unanimidade, constitui certeza. Assim, é esperado que surjam conflitos entre os homens, pois esses têm desejos que podem estarem em contraposição às pretensões alheias. Para o contratualista, quando surge tal controvérsia, as partes teriam de recorrer, por acordo mútuo, a uma razão alheia que possa dirimir o conflito. Essa razão não seria necessariamente melhor nem pior do que as razões das partes envolvidas, apenas uma razão certa de um terceiro que decidisse a quem concretizar a pretensão discutida. Caberia a esse a escolha de um critério de Justiça, seja qual fosse. Esse terceiro seria um árbitro ou juiz, que julgaria o caso de acordo com a sua própria razão, não aquela das partes²⁶.

Salienta-se que Hobbes não considerava a razão de um juiz ou árbitro como superior àquela de cada uma das partes, mas apenas como uma razão certa, definida, apta a adjudicar a quem caberia o bem jurídico controverso. Apesar de *O Leviatã* ter sido escrito no Século XVII, essa abordagem de Hobbes se aproxima de uma concepção contemporânea de julgador, tido não como uma pessoa esclarecida e dotada de uma razão quase sobre-humana, mas como um gestor de conflitos. O papel do juiz passa a ser fundamental na sociedade civil para manter o convívio entre os homens em harmonia quando seus desejos entrem em conflito.

²⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 59-61.

²⁶ *Ibidem*, p. 20-22.

Tão importante quanto a consideração do magistrado como um gestor de conflitos em vez de uma mera máquina decisória é a efetivação do Acesso à Justiça de forma ampla e universal, orientada no sentido de alcançar-se a eliminação das barreiras que impedem o indivíduo de buscar a tutela de seus direitos. Contudo, antes de se tratar sobre os meios mais adequados para a efetivação do Acesso à Justiça, o que corresponderia as questões de quem julga e como julga, é necessário analisar as categorias de direitos e seus potenciais interessados, tratando do que se julga e a quem se julga.

O filósofo polonês Karel Vasak propôs uma classificação de direitos baseada nos princípios da Revolução Francesa - Liberdade, Igualdade e Fraternidade - de acordo com o momento histórico e o conteúdo ao qual cada direito se refere²⁷. Posteriormente, a mesma sistemática foi incorporada por Norberto Bobbio²⁸, adotando a classificação de Vasak sobre as gerações dos Direitos Humanos.

Tratando-se da definição de Justiça, é possível tentar identificar sua essência a partir do modo de manifestação e influência no plano concreto. Um dos que ousaram a realizar tal tarefa foi o filósofo polonês Chaïm Perelman, cuja concepção a respeito do tema se expressa na obra *Ética e Direito*, tendo buscado sintetizar um conceito de Justiça formal a partir de sua ocorrência material²⁹. Assim, as seis concepções mais correntes da justiça concreta seriam: a cada qual a mesma coisa, a cada qual segundo seus méritos, cada qual segundo suas obras, a cada qual segundo suas necessidades, a cada qual segundo sua posição e a cada qual segundo o que a lei lhe atribui. O detalhamento dessas concepções desviaria o foco da presente abordagem. Em suma, Diante de visões tão distintas, o autor propõe três considerações possíveis. A primeira consiste em declará-las completamente distintas umas das outras, não podendo ser agrupadas de maneira alguma. Outra abordagem implicaria em eleger uma dessas classificações como a mais adequada e fazê-la prevalecer – atitude difícil, tendo em vista que o embate argumentativo seria farto tanto para refutar como para reforçar uma concepção. A terceira, julgada mais adequada pelo autor, consistiria em buscar pelos aspectos comuns entre essas teorias.

²⁷ VASAK, Karel. *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights*. UNESCO Courier. Paris: UNESCO, novembro de 1977, p. 29-32.

²⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 1-5.

²⁹ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p 11-14.

A partir disso, Perelman aduziu que há um ponto de convergência entre as definições de Justiça concreta elencadas. Seja qual for a definição de Justiça concreta adotada, todas elas remetem à igualdade, especificamente ao tratamento igualitário para indivíduos iguais. Desse modo, a Justiça consistiria na igualdade de tratamento de sujeitos iguais de acordo com o critério da Justiça concreta em questão, de modo que seria vedada a distinção de indivíduos que reunissem as mesmas características e estivessem inseridos numa mesma situação jurídica.

Os direitos individuais foram elencados inicialmente com a Declaração da Independência dos Estados Unidos, em 4 de julho de 1776, mas foi com um documento específico que eles foram consagrados - a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sendo os direitos ali declarados reconhecidos como os direitos de 1ª geração³⁰. Tendo em vista os abusos praticados pelos regimes absolutistas na baixa Idade Média, esse documento tinha o objetivo de estabelecer limites à ação estatal contra o indivíduo, de modo que o Estado se abstinhasse de interferir indevidamente na esfera privada. Mesmo com a queda ou o enfraquecimento dos regimes monárquicos, percebeu-se que não bastaria ao Estado apenas abster-se de violar os direitos do cidadão - era preciso que também atuasse no sentido de fazer cumpri-los. Assim surgiram os direitos sociais, que constituem os direitos de 2ª geração, consubstanciados no sentido de reduzir a desigualdade entre sujeitos que por uma razão ou outra estavam injustificadamente em uma posição inferior a seus pares. Esses direitos foram consagrados primeiramente pela Constituição do México de 1917, vigente até os dias atuais, e posteriormente na Constituição de Weimar de 1919, vigente no Estado alemão até 1948, mesmo durante período nazista, embora completamente deturpada por seus ideais. Finalmente, nos anos 60 e 70, começaram a ser discutidos direitos pertinentes a um conjunto indeterminável de sujeitos, dizendo respeito à coletividade, em virtude de casos em que o dano e o interesse individual de cada um não poderia ser mensurado. O constitucionalismo moderno veio a garantir esses como os direitos de terceira geração, ou difusos, aqueles que aproveitam a uma coletividade indeterminada, tais como os direitos ambientais. Nessa alternância de gerações, percebe-se a mudança gradual de uma

³⁰ Não se pretende nesta pesquisa fazer um resgate histórico aprofundado da evolução dos Direitos Humanos, por isso se utiliza como ponto de partida a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, sendo que esse momento histórico se coaduna com a classificação de Direitos Humanos proposta por Karel Vasak.

concepção de Estado não interventor (das liberdades individuais) para o Estado Social (da realização dos direitos sociais).

Imagine-se que seja tomado o conceito de Justiça de Chaïm Perelman, considerado como o tratamento igualitário entre sujeitos que reúnam as mesmas condições. No âmbito de um Estado Social, a efetivação da Justiça depende tanto da ação estatal negativa, traduzida como sua abstenção de interferência, cuja gênese remonta à primeira dimensão de Direitos Fundamentais (Liberdade), como positiva, consistindo no seu agir para a efetivação de direitos, cuja origem está na segunda dimensão de Direitos Humanos (Igualdade). No último caso, quando o cumprimento, a reparação ou a tutela dos direitos dependem da ação estatal, inevitavelmente serão necessários recursos públicos para atender a essas necessidades individuais e coletivas. É nesse contexto que se insere a Análise Econômica do Direito. Sendo as necessidades da sociedade potencialmente ilimitadas, a atuação estatal precisar ser direcionada no sentido de alocar os recursos disponíveis de forma a atender da melhor forma a satisfação individual e coletiva, de acordo com o critério de eficiência adotado.

Independentemente da classificação, a garantia de cada um dos direitos que fazem parte de cada geração depende de uma política pública de Acesso à Justiça que forneça os meios adequados e as condições necessárias para sua efetivação. Desse modo, a elevação do Acesso à Justiça à categoria dos Direitos Humanos seria consequência natural da ampliação do rol de direitos individuais e sociais.

Fazendo um breve retrospecto histórico, no pós-guerra inicialmente a preocupação consistiu em declarar Direitos Humanos que foram violados no período dos conflitos mundiais. Contudo, a partir dos anos 60, uma vez relativamente atenuado o receio de um novo conflito global, passaram a ser discutidos os meios necessários para a efetivação desses direitos e de outros que tinham surgido. Nesse teor, assevera Danielle Annoni:

Com a notoriedade atingida pelo movimento em prol dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial, preocupado primeiramente com a manutenção da vida e da paz, as garantias processuais foram relegadas a segundo plano em visibilidade, mas os instrumentos internacionais protetivos nunca as esqueceram.

À medida que a preocupação com a eclosão de uma nova guerra mundial foi diminuindo, aumentaram os ensejos por reinserir na agenda mundial as reivindicações pela eficácia dos direitos humanos, cujo reconhecimento normativo

não fora capaz de conferir. Nesse contexto, as garantias processuais tornaram a ganhar papel de destaque dentre os movimentos de luta pelos direitos humanos, em especial o direito de Acesso à Justiça *lato sensu*, que passou a ser interpretado como o conjunto de todas as garantias processuais.³¹

Apesar da reafirmação, desta vez global, dos direitos individuais e sociais através da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, percebeu-se que não bastaria apenas enumerar direitos numa folha de papel e subscrevê-la - era preciso que os Estados garantissem o seu efetivo cumprimento, de modo a evitar novas atrocidades provenientes da arbitrariedade estatal. Nesse contexto, a discussão sobre o Acesso à Justiça tomou corpo a partir dos anos 60, inicialmente a partir da preocupação de países europeus com a defesa dos direitos individuais e sociais no contexto do *Welfare State*³².

O primeiro estudo global sobre o Acesso à Justiça foi o *Projeto Florença*, coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, tendo o último conquistado o grau de Doutor com a orientação do primeiro no European University Institute, em Florença. Essa pesquisa que foi levada a cabo nos anos 60 e 70 consistiu em reunir e analisar dados empíricos do sistema de Justiça de diversos países, inclusive da América Latina, tais como Chile, Colômbia, México e Uruguai³³. O estudo resultou na publicação em da obra *Acesso à Justiça*, em 1979, pesquisa que se transformou no corolário do movimento e que até hoje desperta debates no meio acadêmico.

A partir da publicação da obra *Acesso à Justiça*, o tema autointitulado foi institucionalizado globalmente, tendo se tornado constante objeto de pesquisa nas academias e alvo de políticas públicas, sendo insensato cogitar hoje em dia qualquer reforma na organização judiciária ou do sistema processual sem passar por seu debate.

Uma das maiores contribuições da obra *Acesso à Justiça* foi a consolidação desse tema como disciplina jurídica, reconhecendo que apenas o direito formal de se poder buscar a tutela judicial para propor ou defender-se de uma ação não seria o bastante para

³¹ ANNONI, Danielle. *O direito humano de Acesso à Justiça em um prazo razoável*. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Florianópolis, 2006, p. 309.

³² *Ibidem*, p. 79.

³³ PORTO, Júlia Pinto Ferreira. *Acesso à Justiça: Projeto Florença e Banco Mundial*. Dissertação (Mestrado). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2009, p. 29.

garantir a efetivação de direitos. Nota-se a insuficiência de tal concepção, não contemplando a necessidade da atuação estatal para o funcionamento do sistema de Justiça, permanecendo o poder público numa posição passiva e relegando ao indivíduo toda a responsabilidade e o ônus de fazer cumprir os seus direitos³⁴. A partir desse quadro, Cappelletti e Garth propuseram que o acesso efetivo à Justiça fosse reconhecido e destacado entre os novos direitos individuais e sociais, afinal a titularidade de todos os demais direitos ficaria desprovida de sentido na ausência de sua realização. O Acesso à Justiça então passaria a ser encarado como “o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno”, inclusive se apresentando como o mais básico dos direitos humanos, em decorrência de seu propósito de realização dos direitos até então apenas declarados³⁵.

Assim como as categorias de direitos puderam ser classificadas por gerações que se complementam umas as outras, o mesmo se verifica na evolução do Acesso à Justiça. Nesse sentido, é possível identificar o seu movimento em três ondas, que também emergiram sucessivamente e são complementares entre si.

A primeira onda se refere à assistência judiciária, que consiste basicamente em oferecer o serviço de advocacia gratuita e isenção de custas judiciárias aos indivíduos hipossuficientes.

A segunda onda contempla a defesa dos direitos coletivos e difusos³⁶. No lugar da concepção individualista do processo de uma parte litigando contra a outra, essa categoria inclui meios de participação de terceiros nas ações judiciais, tais como a possibilidade de representação dos interessados por entidades atinentes a defesa de seus direitos, como o Ministério Público e Sindicatos, e a previsão legal das ações coletivas, populares e civis públicas³⁷.

Percebe-se que há uma relativa correspondência das ondas do Acesso à Justiça em relação à classificação de direitos por gerações de Direitos Humanos. A primeira onda trata de meios individuais para a tutela de direitos, assim como os direitos de 1ª

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 3.

³⁵ *Ibidem*, p. 4.

³⁶ *Ibidem*, p. 18.

³⁷ ANNONI, Danielle. *Op. cit.*, p. 83.

geração são pertinentes a cada indivíduo. Já a segunda onda trata de meios adequados para a tutela de direitos coletivos e difusos, assim como os direitos coletivos de 2ª geração e os direitos difusos de 3ª geração.

A terceira onda, de cunho renovatório, trata do enfoque ao Acesso à Justiça, consubstanciando-se no conjunto de instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos envolvidos nos processos de resolução ou prevenção de disputas³⁸. Como se observa, ao contrário das demais ondas, a terceira onda não diz respeito a uma função ou órgão específico da administração da Justiça - o seu contexto exige a reavaliação do papel que cada agente desempenha para o seu resultado. As soluções para os problemas da Justiça agora devem ser pensadas como um todo, restando infrutíferas ou pouco eficientes as tentativas de aperfeiçoar o sistema de Justiça com base em revisões pontuais. Assim, não basta mais realizar pequenas reformas legais para resolver a crise do sistema de Justiça.

As políticas públicas e normas atinentes ao Acesso à Justiça são hoje pautadas pela gratuidade dos custos financeiros diretos que seriam arcados pelas partes com a propositura, tramitação e trânsito em julgado da ação judicial. Contudo, há vários custos desconsiderados na elaboração e aplicação de tais medidas, sobretudo aqueles atinentes à preparação da ação e à realização de atos processuais. Salienta-se que quando se fala em “custo” se está transcendendo o financeiro. Esse é um dos motivos pelo qual a concepção comum de Acesso à Justiça no Brasil é anacrônica, pois considera que o sujeito não procura o Poder Judiciário para a defesa dos seus direitos devido unicamente ao alto custo financeiro despendido com o processo, entendidos sobretudo pelos honorários advocatícios, custas processuais e honorários de sucumbência. Tão somente essa tríplice é atendida hoje pelo poder público. As diversas custas tangentes e indiretas à ação judicial são completamente ignoradas, cabendo ao sujeito arcar com a totalidade do seu ônus. Além disso, há diversos custos não financeiros desconsiderados, que podem ser mais onerosos ao indivíduo que o próprio gasto financeiro com a ação³⁹.

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 25.

³⁹ Os custos, financeiros ou não, envolvidos na busca da tutela de direitos são entendidos em sua globalidade como *Custos de transação* do sistema de Justiça, assunto que será desenvolvido em profundidade no tópico 2.3 da presente pesquisa.

2.2 Principais garantias do Acesso à Justiça

Uma vez abordados o surgimento e a natureza jurídica do Acesso à Justiça, é necessário destacar as alterações legislativas que tiveram maior impacto para cunhar o sistema de Justiça atual no Brasil. Considerando que o grande desafio hoje para a implementação do Acesso à Justiça é a efetivação dos direitos já positivados, serão abordadas somente normas que facilitaram meios ou criaram novos procedimentos para a tutela desses direitos. De forma a não desviar o foco da presente exposição, que é investigar a (in)eficiência dos Juizados Especiais para o Acesso à Justiça, serão abordadas as legislações que constituíram a espinha dorsal do Acesso à Justiça no Brasil no que tange à apreciação de demandas pelo Poder Judiciário, deixando de lado os órgãos administrativos que participam de tal função. Desse modo, serão analisados neste tópico, pela ordem cronológica, a Lei n. 1.060/50, que trata da assistência judiciária gratuita, os institutos mais significativos do Código de Processo Civil de 1973, as atribuições do Ministério Público e a inafastabilidade da jurisdição na Constituição de 1988 e a Lei 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais.

Primeiramente, é preciso realizar um retrospecto e mencionar a importância da Lei n. 1.060/50 para o Acesso à Justiça no Brasil, garantindo a assistência judiciária gratuita e a isenção de custas judiciais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Contudo, é preciso fazer ressalva para não incorrer em falha histórica - na década de 50, sequer se tratava o Acesso à Justiça como uma área de pesquisa, nem no Brasil, nem em qualquer outro lugar do mundo. Entretanto, a ausência de um debate acadêmico sobre dado campo do estudo evidentemente não implica na sua manifestação prática. A Lei n. 1.060/50 assegurou os direitos correspondentes à primeira onda do Acesso à Justiça apresentada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, dizendo respeito à assistência judiciária *lato sensu*, consubstanciada na prestação de serviço gratuito de advocacia e na isenção de custas judiciais aos indivíduos hipossuficientes. Esse foi o primeiro passo significativo para o Acesso à Justiça no Brasil, constituindo-se como pressuposto para a implementação das demais reformas.

Entretanto, somente a gratuidade dos custos financeiros não basta para a efetivação do Acesso à Justiça, sobretudo por duas razões. A primeira delas é que essa política transfere ao indivíduo função de identificar por si próprio o seu direito e de conhecer

os meios de acesso aos serviços de assistência judiciária. Além disso, essa concepção desconsidera fatores sociais que possam impedir o sujeito de procurar a devida tutela para o direito, sentindo-se ele intimidado tanto pelas barreiras geográficas como culturais que separam ricos e pobres na sociedade, que acabam por refletir no funcionamento do Poder Judiciário⁴⁰.

O advento do Código de Processo Civil (CPC) em 1973 não foi o bastante para a ampla mobilização acadêmica para a pesquisa sobre o Acesso à Justiça, até mesmo pela falta de difusão da disciplina à época no território nacional. Entretanto, seus dispositivos tiveram grande impacto em termos empíricos, garantindo procedimentos mais adequados à tutela de direitos sociais e coletivos, assim como de sua representação processual. Tratar-se-á dos dispositivos mais significativos para o Acesso à Justiça.

O procedimento sumaríssimo, previsto no art. 272 e seguintes do CPC, teve como objetivo simplificar procedimentos, reduzir a morosidade dos atos processuais e, convenientemente, reduzir custos para o Poder Judiciário. Esses dispositivos foram revogados em 1994 por ocasião da reforma do CPC, sendo o procedimento sumaríssimo posteriormente incorporado pela Lei 9.099/95, a Lei dos Juizados Especiais, sob uma nova roupagem.

A positivação do poder geral de cautela no art. 798 do CPC conferiu ao magistrado a atribuição de conceder tutela de urgência a determinado pedido da ação caso estivessem configurados dois pressupostos: o perigo do perecimento do direito pela demora na prestação jurisdicional (*periculum in mora*) e a verossimilhança da alegação (*fumus boni iuris*).

A inclusão do Processo Cautelar no livro III do CPC foi uma inovação no Ordenamento Jurídico Brasileiro, sendo sua teoria recepcionada de modo único em relação a institutos semelhantes no Direito Comparado. O objetivo do Processo Cautelar consiste em assegurar o direito da parte, considerando que a tutela judicial poderia perder sua utilidade tendo em vista uma situação de risco iminente ao direito. Assim, verificados o perigo do perecimento do direito pela demora na prestação jurisdicional (*periculum in mora*) e a

⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 13.

verossimilhança da alegação (*fumus boni iuris*), deve ser deferida a Tutela Cautelar de modo a assegurar o direito.

Pode-se considerar que a grande revolução no estudo do Acesso à Justiça no Brasil se deu a partir de da década de 80. A democratização nacional e o advento da Constituição de 1988 criaram ambiente propício à discussão de novos direitos, notadamente de natureza transindividual, assim como sobre as garantias de sua efetivação⁴¹. Foram várias as garantias previstas na Constituição de 1988, sendo analisadas somente as mais relevantes para o presente estudo.

A positivação constitucional das funções e prerrogativas do Ministério Público ampliou as possibilidades de tutela aos direitos sociais. A instituição a partir de então assumiu o caráter de defensora dos interesses da sociedade, tendo posição de destaque no ordenamento jurídico com a promulgação da Constituição de 1988, que em seu art. 127 se refere ao órgão como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. A atuação do Ministério Público desde então tem sido essencial para a defesa de direitos coletivos e difusos, devido aos custos da ação e a desigualdade forense que um sujeito teria que enfrentar caso decidisse por buscar a tutela de tais direitos por si próprio⁴².

A Constituição de 1988 também garantiu o princípio da inafastabilidade da jurisdição, constando em seu art. 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Evidentemente, apenas resguardar o direito de ação não é o suficiente, afinal há várias barreiras que precisam ser transpostas até que se chegue à propositura de uma ação judicial, exigindo que o Estado saia de seu estado de inércia e tenha papel ativo na realização da Justiça. Contudo, a relevância de tal dispositivo se afirma por garantir que nenhum sujeito deixará de ter a sua disposição a tutela judicial para a proteção ou reparação do dano de qualquer direito⁴³. Além disso, a interpretação do

⁴¹ CABRAL; Vanna Coelho. *Direito de Acesso à Justiça: conceituação, tutela normativa e obstáculos políticos de sua efetivação*. Dissertação (Mestrado). Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Fortaleza, 2005, p. 56.

⁴² *Ibidem*, p.55.

⁴³ DONADELLO, Daniel Franzotti. A (de)formação humanística como óbice de Acesso à Justiça. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Vitória, 2006, p. 42.

dispositivo constitucional não deve ser limitada pelo texto literal. Do mesmo modo como é garantido ao sujeito buscar amparo judicial em caso de lesão ou ameaça a direito, aquele que está sendo demandado também tem a possibilidade de utilizar-se de todos os meios legais disponíveis para sua defesa, não podendo ser condenado sem o devido processo legal.

Por fim, certamente a legislação recente de maior impacto foi a Lei n. 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais. Entre as previsões mais relevantes estão a repaginação do procedimento sumaríssimo, que simplificou e conferiu maior agilidade aos atos processuais, a ausência de custas ou honorários de sucumbência e a capacidade postulatória pelo próprio interessado. De modo geral, o diploma normativo contribuiu para o avanço do Acesso à Justiça no Brasil. Contudo, a sua aplicação não vem se mostrando eficiente para a efetivação de direitos. O problema está no desacompanhamento da Lei 9.099/95 por outros diplomas legais e políticas públicas que garantam a efetivação (a) do amplo acesso aos Juizados Especiais, (b) da agilidade na tramitação e julgamento das ações e (c) da isonomia entre litigantes.

2.3 Os custos de transação para a tutela jurídica

Toda norma costuma trazer consigo algum impacto financeiro, seja para o poder público, para o setor empresarial ou para o cidadão. A receita pública é limitada e não dá conta de atender aos anseios da população, muitas vezes não bastando para assegurar sequer seus direitos mais básicos. Assim, tais recursos precisam ser alocados de forma planejada, tendo em vista a otimização de sua destinação social.

O estudo sobre os *transaction costs*, ou *custos de transação* na tradução para o vernáculo, foi influenciado por Ronald Coase enquanto membro da *London School of Economics*, no artigo intitulado *The nature of the firm*, publicado em 1937. O economista inglês posteriormente aprofundou a pesquisa sobre o tema e foi um dos responsáveis pelo surgimento do movimento *Law and Economics* com a publicação do artigo *The problem of Social Cost*, datado de 1960, nesse momento como Professor da *University of Virginia*. Nessa obra, Ronald Coase defendeu que quando os *custos de transação* são próximos de zero,

tanto faz para quem é adjudicado o direito, de modo que o resultado eficiente seria obtido pela negociação das partes sobre a internalização das externalidades de dada situação⁴⁴. Tal premissa ficou conhecida como *Teorema de Coase*, sendo popularizada a partir da obra de George Joseph Stigler⁴⁵.

Os *custos de transação* englobam toda e qualquer forma de custos envolvidos em um determinado processo de troca econômica⁴⁶. Por exemplo, quando uma empresa decide contratar outra para o fornecimento de determinados bens ou serviços, também está considerando os gastos que teve desde a pré-negociação. Primeiramente, há custos tais como a pesquisa para a escolha do melhor fornecedor, o pagamento dos empregados envolvidos e o tempo empregado no processo, que poderia ter sido utilizado de forma mais lucrativa. Há também os gastos com a transação em si, como o tempo empreendido para se chegar ao acordo comum e a consultoria jurídica e contábil para o estabelecimento de suas cláusulas. Por fim, há custos pós-negociais, que dizem respeito ao possível descumprimento do contrato, como as custas judiciais e honorários advocatícios a serem gastos para uma ação de execução e, principalmente, o prejuízo decorrente do inadimplemento para a atividade empresarial.

Do mesmo modo que uma empresa arca com os *custos de transação* para a concretização de uma negociação, o sujeito assume o ônus de diversos *custos de transação* envolvidos para a tutela de seus direitos. Nesse caso, agindo racionalmente, o indivíduo somente submeterá sua demanda ao sistema de Justiça caso a expectativa de satisfação de seus interesses seja maior do que os *custos de transação* a serem arcados durante esse processo.

De início, para superar o caráter restrito da concepção de Acesso à Justiça no Ordenamento Jurídico Brasileiro, devem ser levados em consideração os gastos financeiros do sujeito com despesas indiretamente relacionadas à ação. Nesse sentido, pode existir a necessidade de solicitar documentos ou informações a órgãos públicos ou privados,

⁴⁴ COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. The Journal of Law and Economics. Vol. 3. Charlottesville: University Of Virginia School of Law, outubro de 1960, p. 10-13.

⁴⁵ STIGLER, George Joseph. *The Theory of Price*. 4ª ed. New York: McMillan Publishing Co, 1987.

⁴⁶ COASE, Ronald. *The Nature of the Firm*. Economica. Vol. 4. Oxford: Blackwell Publishing, novembro de 1937, p. 393-395.

do deslocamento para o comparecimento em audiências, de serviços cartoriais, entre outros atos extrajudiciais. Esses gastos integram os *custos de transação* e podem fazer com que o sujeito opte por abdicar da busca pela tutela de um direito.

Mesmo um sujeito provido de uma condição financeira favorável encontra empecilhos para o Acesso à Justiça. Nesse caso, possivelmente o maior obstáculo a ser enfrentado seja o tempo - problema esse que não se resume à morosidade judiciária. O custo do tempo se contabiliza desde os preparativos da ação e seguem até a satisfação da execução, se for o caso de uma ação condenatória. Por exemplo, se o interessado for beneficiário da assistência judiciária gratuita, deverá dirigir-se até um escritório-modelo, Defensoria Pública ou serviço de defensoria dativa, sendo que nesse último caso precisará ainda deslocar-se até o endereço profissional do Advogado nomeado. Caso o interessado não seja hipossuficiente, gastará tempo para encontrar um Advogado especialista para defender seus direitos, devendo ainda deslocar-se até seu endereço profissional para consultar a viabilidade da ação. Contudo, o gasto de tempo não se encerra por aqui em ambos os casos. É preciso reunir a documentação necessária, possivelmente solicitar documentos junto a órgãos públicos e privados de modo a constituir indícios de prova do direito pleiteado e comparecer a atos processuais, inclusive em prejuízo da atividade profissional do sujeito. Esse gasto de tempo, aparentemente pouco significativo, pode ter grande interferência no cotidiano da parte, fazendo com que possivelmente tenha que se ausentar de seu emprego para tais atividades. Caso seja um profissional autônomo, terá ainda que arcar com o custo de oportunidade, consistindo na consequência da renúncia aos proveitos de sua atividade econômica. O ideal seria que os atos processuais pudessem ser realizados também aos finais de semana e em horários noturnos, de modo a minimizar os *custos de transação* decorrentes da abdicção pela parte de suas atividades regulares.

Por fim, com a tramitação da ação, a parte há que enfrentar o maior gasto de tempo em todo esse sistema - a morosidade do Poder Judiciário. Enquanto que os fatores apresentados anteriormente tinham reflexos diretos para a diminuição de tempo disponível pela parte, a morosidade também implica no gasto de tempo, mas seu reflexo para a parte dá-se pela via transversa.

A morosidade, por sua vez, não afeta somente a disponibilidade de tempo da parte, mas acarreta consequências tão ou mais custosas quanto. Por exemplo,

considerando todo o custo financeiro direto e indireto investido até a propositura de determinada ação somado à incerteza da decisão judicial, por si só já pode causar desestímulo ao sujeito em buscar a tutela judicial. Quando nessa conta entra em jogo também a morosidade processual, o quadro se torna ainda oneroso para a parte. Por exemplo, o sujeito pode deixar de buscar judicialmente a tutela de seus direitos pela expectativa de demora até o trânsito em julgado da ação. Além disso, a decisão pode ainda não ser a seu favor, mas, mesmo que seja, precisará enfrentar a morosidade do processo de execução ou do cumprimento de sentença para então verificar se o executado realmente tem fundos para saldar o título executivo.

A morosidade também pode levar o sujeito a decidir por poupar o tempo que empregaria com preparativos da ação e atos processuais, utilizando-o em benefício próprio para outras atividades, por exemplo, para o lazer ou para o trabalho.

Desse modo, os custos financeiros diretos e indiretos relacionados à ação judicial somados à morosidade processual podem resultar numa situação de emprego ineficiente de recursos. Ao optar por buscar a tutela de seus direitos, o sujeito arca com o *custo de oportunidade*, assim entendida a renúncia a outras opções de alocação dos recursos que serão empreendidos naquela atividade. Nesse caso, o dinheiro investido em prol de uma ação judicial poderia ser utilizado pelo indivíduo para outra destinação, de modo a maximizar a riqueza. Assim, seria possível haver atividades econômicas e opções de investimento nas quais o sujeito poderia obter um lucro maior do que aquele que conseguiria com uma decisão judicial a seu favor, inclusive com menor risco.

Conforme demonstrado neste tópico, é preciso ter em mente que a mera isenção de custas judiciárias e a advocacia gratuita não bastam para a efetivação do Acesso à Justiça. Tais gastos constituem apenas os custos financeiros diretos para a propositura e tramitação de uma ação judicial, desconsiderando os demais *custos de transação* enfrentados pelo sujeito. A concretização do Acesso à Justiça precisa ser planejada levando em consideração a totalidade dos custos arcados pelo indivíduo para a busca da tutela de um direito. O debate sobre o Acesso à Justiça precisa ainda considerar questões como a falta de credibilidade do Poder Judiciário, a morosidade, o desconhecimento ou a compreensão distorcida de direitos individuais e coletivos, a complexidade dos procedimentos judiciais, a

tutela jurisdicional inadequada ao caso concreto e a distância das unidades judiciárias como problemas a serem sanados para assegurar o amplo acesso ao sistema de Justiça.

3. JUIZADOS ESPECIAIS

A efetivação de políticas públicas e normas relacionadas ao Acesso à Justiça é necessária para garantir a existência e o bom funcionamento dos meios para a resolução de conflitos decorrentes da convivência humana - é a partir desse ponto que se toma a discussão do Acesso à Justiça. O sujeito, incapaz de solucionar o conflito por si, ou desejando não fazê-lo, busca então um terceiro para dirimir a questão. Uma das instituições incumbidas dessa função é o Poder Judiciário, que nesse contexto tem a função de decidir sobre esses conflitos, preferencialmente solucionando-os e restaurando a pacificação social. A função do processo passa a ser instrumental, garantindo às partes igualdade de condições para a defesa de seu ponto de vista diante da controvérsia estabelecida. Assim, por meio de procedimentos e regras pré-definidas, o processo seria instruído com o fim de elucidar a quem pertence o direito em questão. Numa abordagem mais ousada, poder-se-ia cogitar objetivos maiores que a já difícil adjudicação do direito - a solução do conflito e a restauração do convívio social entre as partes.

Contudo, se o Poder Judiciário está com dificuldades simplesmente para decidir uma ação judicial sem morosidade, está muito aquém vislumbrar o direito no caso concreto, ou, ainda, restabelecer a pacificação social. Em parte, esse panorama decorre de falhas estruturais do Poder Judiciário, que vão desde a escassez de servidores até a falta de espaço físico. Somando-se a esse contexto um Direito Processual Civil pautado pela ótica individualista e repleto de procedimentos protelatórios, ter-se-á o estado atual de caos no Poder Judiciário.

Assim, na impossibilidade de cumprir as suas próprias funções, o Poder Judiciário tem incentivado, ou melhor, praticamente delegado a terceiros as suas atribuições básicas: decidir, identificar o direito e resolver o conflito. Já de início há um equívoco na concepção de Acesso à Justiça - há grandes obstáculos internos que são desconsiderados em nome de uma visão caolha que acredita que o indivíduo seja o responsável pela falha na realização da Justiça.

Nos Juizados Especiais, obriga-se o indivíduo a participar da audiência de conciliação previamente à análise de seu direito, considerando-o quase como um

inconveniente ao Poder Judiciário. A conciliação é uma possibilidade de solução de conflitos e de pacificação social muito exitosa, mas deve ser realizada por agentes qualificados e de modo a evitar o constrangimento entre as partes e o agravamento da controvérsia - premissas ignoradas tanto pelas normas do procedimento sumaríssimo como pela prática forense. A conciliação atualmente é defendida de modo geral pelo Poder Judiciário não pelos benefícios que possa trazer às partes em relação ao procedimento convencional, mas por reduzir o congestionamento das varas.

Ainda no âmbito do procedimento sumaríssimo, além da obrigatoriedade da audiência de conciliação, a delegação da jurisdição também é representada pelos juízes leigos. As audiências de instrução são realizadas por tais aspirantes a julgadores, de modo que o magistrado não precise comparecer em atos tão insignificantes [sic]. Do mesmo modo, as Turmas de Recursos, compostas por magistrados de 1º grau e a impossibilidade de recurso aos Tribunais de Justiça e ao Superior Tribunal de Justiça confirmam os Juizados Especiais como uma Justiça de segunda categoria.

Complementando os procedimentos processuais inadequados, a mera isenção de custas e honorários de sucumbência no âmbito dos Juizados Especiais não é o suficiente para garantir o amplo Acesso à Justiça, pois deixam de serem considerados demais *custos de transação* atinentes à tutela jurídica, principalmente os obstáculos para a propositura da ação, a morosidade processual e a desigualdade entre as partes. É o que será analisado neste capítulo.

3.1 Obstáculos de acesso para além do custo financeiro

O primeiro passo para a consolidação do Acesso à Justiça é a declaração dos direitos a ela atinentes no âmbito constitucional e legal. Num segundo momento, é preciso a regulamentação por normas complementares que definam as atribuições de órgãos e autoridades envolvidas na efetivação desses direitos. Contudo, não basta somente que os órgãos e autoridades tenham a atribuição de fazê-lo, é preciso que as suas funções sejam cumpridas. De outro lado, o cumprimento de suas atribuições não é o suficiente para

a efetivação do Acesso à Justiça, sendo necessário assegurar que os *custos de transação* do sistema de Justiça não sejam óbices para a tutela de direitos.

Uma interpretação da vertente tradicional da AED poderia levar à defesa da limitação do Acesso à Justiça de acordo com o valor pecuniário, líquido ou estimado, do direito ameaçado ou violado, fazendo com que a parte sucumbente arcasse com os custos da atividade estatal ou até mesmo negando a tutela ao direito. Sabe-se que o custo de um processo pode ser muito superior ao direito nele discutido. Existem propostas que, se levadas a cabo, limitariam o Acesso à Justiça. Na prática, é o que ocorreria caso fosse eliminada a gratuidade de custas e honorários sucumbenciais nos Juizados Especiais. Contudo, as críticas contra a pretensão de limitar o direito de ação são contundentes o suficiente para refutar os argumentos a ela favoráveis.

Primeiramente, a negativa de tutela estatal é inadmissível por expressa disposição constitucional do art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito”. Sendo assim, seria um disparate jurídico pugnar tal tese num Estado Democrático de Direito, pelo que se acredita que não haveria defensor dessa interpretação forçosa. Sendo infrutífero dispensar maiores argumentações a esse respeito, deve-se partir para o debate das situações mais controversas. Deve-se discutir então se haveria compatibilidade com o Ordenamento Jurídico Brasileiro uma norma que obrigasse a parte sucumbente a arcar com a totalidade do custo financeiro do Estado com a tutela do direito.

O Acesso à Justiça não se traduz apenas pela facilitação dos meios, necessários ou possíveis, para a judicialização de uma demanda. São precisos outros caminhos para a resolução dos conflitos além da jurisdição. O que aqui se pretende não é afastar da apreciação judicial lesão ou ameaça a direito, afinal essa é além de tudo uma garantia constitucional. Contudo, deve existir um sistema multiportas que permita ao indivíduo escolher qual é o meio mais adequado para a solução de uma controvérsia. Assim, é preciso que o Poder Judiciário, Polícias, Ministério Público, Procon e demais órgãos públicos estejam preparados para receber as demandas da população, enquanto que ao indivíduo deve ser assegurada a liberdade de escolha, de acordo com a competência de cada instituição.

Entretanto, nem sempre o indivíduo opta por um órgão de resolução de conflitos unicamente pela conveniência. Há instituições que são menos procuradas que outras em decorrência da ineficiência da prestação de seus serviços à comunidade, tanto no acesso como na tramitação de uma demanda.

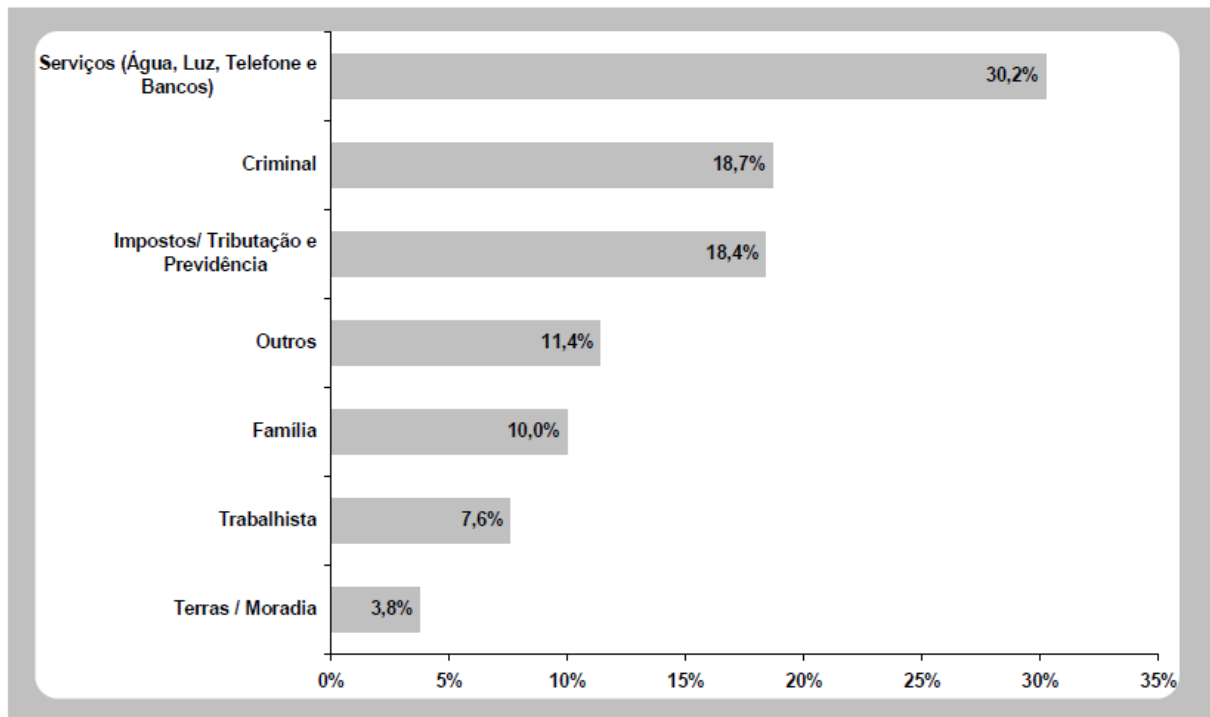
Primeiramente, seja qual for o a demanda do indivíduo, esse precisará ter de antemão conhecimento jurídico mínimo, afinal, existindo qualquer reivindicação, é necessário que a pessoa ao menos desconfie que teve um de seus direitos lesados, presumindo-se que não esteja de má-fé. Esse por si só é o maior dos obstáculos do Acesso à Justiça - a falta de conhecimento pelo indivíduo de seus direitos. Dependendo do caso, esse empecilho resolve-se pelo senso comum, por exemplo, um consumidor que teve um valor cobrado em excesso, um cidadão que foi preso sem ter cometido infração penal, ou ainda um trabalhador que tenha recebido pagamento aquém do pactuado. Contudo, é preciso observar que o senso comum serve apenas para vislumbrar claras violações a direito, e tão somente serve para esse fim. Quando se trata de encaminhar a demanda à instituição competente, o senso comum já não se mostra mais tão útil.

É preciso frisar que o senso comum também pode provocar distorções de realidade, iludindo o indivíduo sobre a violação de seu direito tanto para mais como para menos. Toma-se, por exemplo, o caso da inscrição nos órgãos de proteção ao crédito de um indivíduo que realmente estava inadimplente e que teve realizada sua inclusão regularmente. O indivíduo talvez considere que sejam cabíveis danos morais pela inclusão de seu nome em tal registro porque foi levado a crer nesse sentido, seja por familiares e amigos ou por um equívoco interpretativo de alguma notícia. Assim, conclui-se que o indivíduo não deve ficar submetido ao senso comum em qualquer hipótese, seja da mais leve à mais grave violação de seus direitos. Esse é o primeiro passo a ser trilhado para a garantia do Acesso à Justiça - o conhecimento dos sistemas de resolução de conflitos.

Nesse sentido, analisar-se-á o gráfico de uma pesquisa que teve como objetivo quantificar percentualmente as demandas não levadas à apreciação do Poder

Judiciário de acordo com a área do Direito à qual pertencem, bem como a importância de cada um desses direitos para a vida do indivíduo em sociedade⁴⁷:

1 - Porcentagem de pessoas que vivenciaram conflito entre 2004 e 2009 e declararam não ter procurado a Justiça porque não sabiam que podiam utilizá-la, segundo a área da situação de conflito⁴⁸



Fonte: IBGE/2009

Percebe-se que todas as áreas acima listadas fazem parte do cotidiano do cidadão comum. As demandas que mais frequentemente deixaram de ser submetidas ao Poder Judiciário por falta de conhecimento do indivíduo foram aquelas referentes às relações de consumo em suas principais áreas - água, luz, telefone e bancos. Salienta-se que nesses casos o cidadão lesado não só teve prejuízo financeiro, mas também pode ter sido usurpado o direito de desfrutar de serviços essenciais à subsistência humana - luz e, principalmente, água. Assim, as relações consumeristas merecem destaque em políticas públicas de Acesso à Justiça, não somente porque foram as mais representativas das

⁴⁷ Para maiores informações e levantamento completo Cf. IBGE. *Características da vitimização e do Acesso à Justiça no Brasil*. Rio de Janeiro, 2010.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 30.

demandas que deixaram de ser submetidas ao Poder Judiciário por falta de conhecimento do indivíduo no levantamento, mas porque podem mostrar-se tão essenciais como outros direitos que serão vistos a seguir.

O segundo maior número de demandas elencadas que deixaram de ser submetidas ao Poder Judiciário por falta de conhecimento da parte ofendida foi na área criminal. Se a violação aos direitos do consumidor já podem afetar direitos básicos para a subsistência humana, a prática de um crime contra outrem pode ser ainda mais atentatória à vida humana. Considerando que se está tratando de Acesso à Justiça, todas essas demandas deixaram de ser levadas ao conhecimento das autoridades competentes em decorrência do desconhecimento das vítimas. Assim, muitos direitos foram potencialmente violados, sem que houvesse a devida apuração.

Em terceiro lugar estiveram as demandas relacionadas a tributos e previdência social. Igualmente grave é a não apreciação dessas causas. Embora matérias relacionadas a Direito Tributário sejam geralmente complexas para o entendimento do cidadão comum e não tenham caráter de primeira ordem, a ausência de tutela jurisdicional para demandas de Direito Previdenciário podem prejudicar um indivíduo por décadas. Basta se imaginar o caso de um pensionista que receba valor inferior ao que teria direito, durante anos lhe pode ter sido tolhido o direito a um padrão de vida melhor ao que efetivamente teve, incluindo alimentação, saúde, segurança etc.

Em quarto lugar estiveram as demandas menos listadas, sendo condensadas sob a denominação “outros”. A generalização impede a realização de uma aprofundada análise a respeito, mas é possível inferir que o título reúne pelo menos três demandas, considerando que seu percentual é de 11,4% e que o percentual da última demanda é de 3,8%. Assim, havendo no mínimo nove áreas listadas, conclui-se que o indivíduo tem o conhecimento das demandas pertinentes aos diversos ramos do Direito, mas não consegue vislumbrar a atuação do Poder Judiciário para sua tutela.

O quinto lugar desta relação de demandas que deixaram de ser submetidas ao Poder Judiciário por falta de conhecimento do interessado foi ocupado pelo Direito de Família. Além de dissolução de vínculo matrimonial e divisão de bens, questões mais relevantes como a guarda de menores e alimentos deixaram de ser apreciadas judicialmente, afetando direitos não somente dos entrevistados, mas também de terceiros

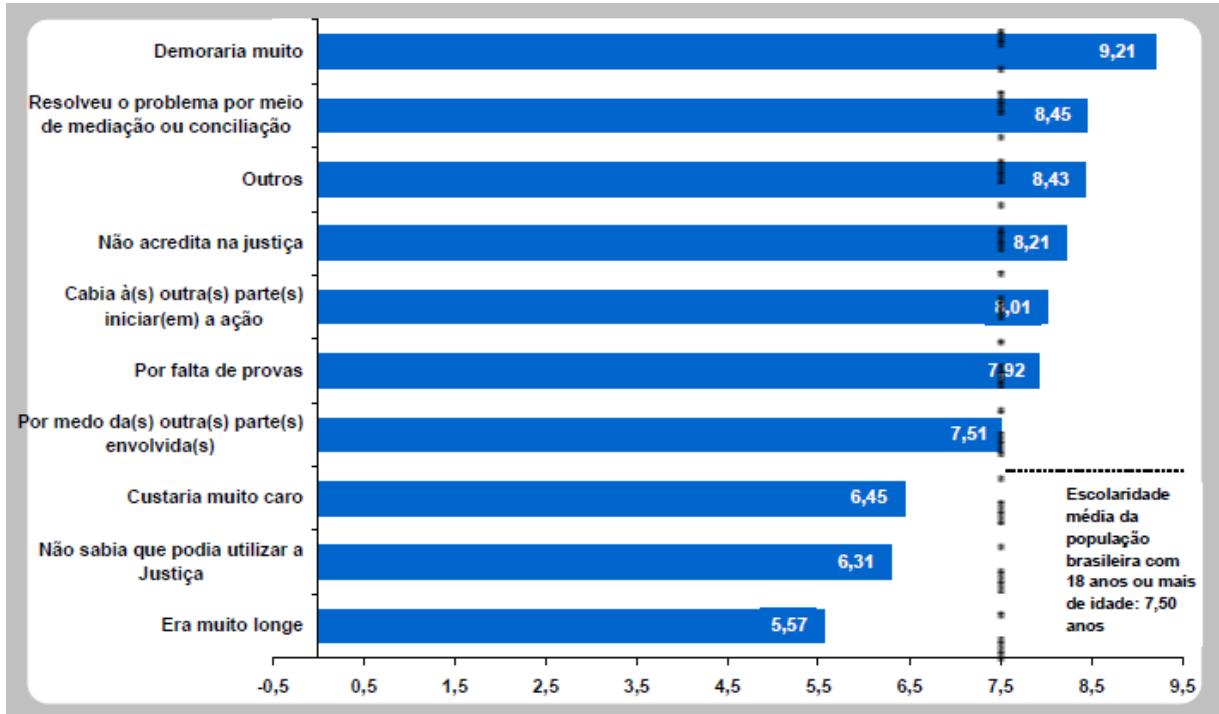
representados - os filhos menores. Nota-se que a obrigação alimentar, um dos direitos mais tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio, possivelmente deixou de ser prestada a crianças e adolescentes, por simples desconhecimento de seus responsáveis legais. Muito embora a tutela jurídica seja excepcional, essa de nada adianta se não houver o conhecimento de como utilizá-la.

Em sexto lugar estiveram as demandas relacionadas a Direito do Trabalho. Trata-se de uma realidade cotidiana do cidadão, sendo esperado, pela natureza e complexidade da relação trabalhista, que dessa surjam conflitos. Os débitos trabalhistas são dotados de tutela privilegiada pelo ordenamento jurídico, assim como visto no parágrafo anterior com os alimentos. O tempo que o empregado passa em seu trabalho poderia estar sendo em outras atividades, seja no cuidado da sua família ou no lazer, por exemplo. É inadmissível que esse tempo de vida empregado em favor do lucro de outrem não seja recompensado conforme os ditames da legislação trabalhista.

Por fim, a sétima e última categoria listada foi ocupada pelos conflitos referentes a terras e moradia. Trata-se de direito fundamental ao indivíduo ter um local digno para morar. Reconhece-se que a efetivação desse direito é difícil no país, dotado de grandes bolsões de pobreza e periferias nas quais o poder público sequer se faz presente. Nessas demandas, podemos listar sobretudo o usucapião, ação de notório conhecimento pela população. Contudo, o conhecimento de sua existência não necessariamente corresponde à sua propositura por aqueles que se consideram no direito de fazê-lo, em decorrência de diversos fatores. Nesse caso, o indivíduo conhece o seu direito, mas “opta” por não exercê-lo.

Uma vez analisados os tipos de demandas que deixaram de ser submetidas ao Poder Judiciário, resta investigar o porquê dessa “escolha”. Um cenário em que o Acesso à Justiça fosse amplamente assegurado, com órgãos estatais e normas que garantissem a toda a população a tutela de seus direitos sem obstáculos burocráticos ou financeiros pode parecer utópico. Contudo, mesmo diante de tal panorama, seria possível que o efetivo Acesso à Justiça não se concretizasse para determinados sujeitos por empecilhos externos. O gráfico abaixo mostra quais foram as justificativas para não judicializar determinada causa, sendo cada motivo ordenado de acordo com o tempo médio de escolaridade dos entrevistados que o alegaram:

2 - Escolaridade média das pessoas que vivenciaram conflito entre 2004 e 2009, segundo o motivo para não terem procurado a Justiça, Brasil, 2009⁴⁹



Fonte: IBGE/2009

A morosidade foi o fator mais alegado pelo estrato social com a maior média de escolaridade como a causa para não submeter uma demanda ao judiciário. Nota-se que o impedimento na propositura da ação não foi financeiro, e tão pouco esse era o motivo preponderante para a procura da tutela jurisdicional. Simplesmente, no tempo em que houvesse o trânsito em julgado do processo não haveria mais interesse do indivíduo na tutela, ou então essa seria demasiadamente dispendiosa em decorrência de superiores *custos de transação* não financeiros, tais como o tempo empregado na preparação de provas e na realização de atos processuais. Nesse caso, o interessado conhecia seu direito e dispunha de recursos financeiros para o litígio, mas acabou por não propor a ação por conveniência. A morosidade se apresenta como um grave empecilho ao Acesso à Justiça, sendo possivelmente a característica mais associada ao Poder Judiciário, resultante de uma série de falhas estruturais das esferas judiciárias, sobretudo a insuficiência de agentes

⁴⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Panorama do Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009*. Brasília, 2011, p. 33.

públicos, sejam esses juízes ou servidores. Contudo, há outros fatores mais relevantes a serem enfrentados para a efetivação do Acesso à Justiça, sendo a morosidade talvez de menor importância em comparação com os demais que serão investigados. Enfim, a morosidade foi a causa listada pelas pessoas que na média possuíam o mais alto grau de escolaridade da pesquisa - 9,21 anos, equivalendo à 2ª série incompleta do Ensino Médio, considerando o Ensino Fundamental de 8 anos.

A causa que preponderou na decisão de não judicializar as demandas dos indivíduos que na pesquisa tinham o segundo maior tempo de escolaridade foi a resolução do conflito pela conciliação ou mediação. A pesquisa não identifica se esses institutos foram considerados somente extrajudicialmente ou se também foram assim entendidos os acordos firmados nas audiências de conciliação dos Juizados Especiais. Como a audiência de conciliação nos Juizados Especiais geralmente depende de prévia propositura da ação, considerar-se-á que esses acordos não estejam contabilizados no gráfico acima, afinal o indivíduo precisou judicializar sua demanda previamente à audiência de conciliação. Entende-se nessa categoria por mediação e conciliação os acordos extrajudiciais, formais ou verbais, com o objetivo de prevenir uma ação judicial ou de pacificar determinado conflito. Atenta-se que essa foi a opção declarada pelo grupo que teve a segunda maior média de escolaridade, podendo a conciliação e a mediação estarem afastadas do indivíduo menos instruído. Apesar da função social da conciliação, esse instituto por vezes é utilizado para evitar os superiores *custos de transação* de uma ação judicial, sejam eles financeiros ou não.

Em terceiro lugar se encontra a categoria “outros”. Nela estão contidos alguns motivos, no número mínimo de dois, informados pelos indivíduos que optaram por não buscar a tutela judicial. A análise fica prejudicada pela falta de especificação de quais foram as justificativas, mas de plano é possível inferir que o cidadão está cercado de empecilhos para fazer valer seu direito de Acesso à Justiça, sendo que essa categoria aglutinadora representa o terceiro motivo na ordem decrescente de escolaridade média dos entrevistados.

Em quarto lugar figurou uma preocupação moral da sociedade - a falta de confiança na Justiça. Salienta-se que Justiça nesse ponto deve ser entendida como sinônimo de Poder Judiciário. Essa impressão pode ser fruto de experiências próprias ou próximas do indivíduo que possam o ter influenciado a desacreditar a atuação jurisdicional. Impossível

saber até que ponto essa concepção é resultado de uma interpretação parcial do sujeito em que parte realmente poderia ser verificada de fato, mas certo é que o cidadão não se sente acolhido pelo Poder Judiciário. De um lado estão a toga e o mármore, elementos afastados da realidade do cidadão comum, que por sua vez identifica o magistrado quase como uma entidade sobre-humana. De outro, pode parecer haver no Poder Judiciário práticas de corporativismo, entre os membros da própria magistratura, de servilismo, entendido como a submissão às instâncias superiores, de clientelismo, verificado na relação com caciques econômicos ou políticos, ou mesmo de indiferença⁵⁰. Esses são alguns dos fatores que fundamentam a desconfiança do sujeito no trato com o Poder Judiciário.

Em quinta posição na ordem decrescente da média de escolaridade dos entrevistados esteve a alegação de que caberia à outra parte propor a ação. Em primeira vista, poder-se-ia parecer que os sujeitos nesse caso têm o conhecimento de seu direito lesado e que sabem como agir, apenas não o fazendo por impossibilidade jurídica. Contudo, a realidade é que ao menos uma dessas afirmações não procede, talvez até mesmo as duas. Se o indivíduo tem a ciência de um conflito, entendido como a violação de um direito ou sua negativa, ele não depende da iniciativa de terceiros para pleitear a reparação ou a garantia - pode fazê-lo de plano, por ditame constitucional. Nessa justificativa fica evidenciado o papel do senso comum no trato do cidadão com o Poder Judiciário, tendo sua visão de Justiça interferida por livres interpretações pessoais ou de amigos e parentes, podendo gerar uma visão distorcida da tutela jurisdicional. Dessa forma, na falta de informações sobre o funcionamento do Judiciário e dos trâmites processuais, o indivíduo acaba preenchendo esse espaço com o que tem a seu alcance.

A sexta justificativa pela ordem decrescente da média de escolaridade dos participantes da pesquisa consistiu no juízo de que não existiam provas suficientes para a

⁵⁰ “O fundamental, neste contexto, é a aplicação das lições de Gramsci, a saber, era preciso cooptar os atores judiciais e a melhor maneira de assim proceder é pagando bem. [...] de um momento para o outro, sem alarde, a classe dos juizes, então pertencente ao que se denominava de média, ganhou um upgrade; passou a fazer parte da (Tropa de) Elite que consome e, então, passa a defender seus privilégios, os quais acabam se confundindo com os demais, ou seja, todos são, agora, farinha do mesmo saco. O lanche (subsídio), pois, não foi de graça. Pagou-se com o fim da Independência e da Democracia. [...] Por aí se pode entender, quem sabe, porque as posturas reacionárias, de indiferença, voltaram com todo o vigor. Pode ser que agora os juizes brasileiros estejam mais interessados nas viagens das próximas férias, em trocar de carro, em comprar as roupas da moda, porque, enfim, na contabilidade do capital, este foi o preço que se pagou.”, in: MORAIS DA ROSA, Alexandre. *O Juiz veste Prada?* Disponível em: <<http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br/2009/01/o-juiz-veste-prada.html>>. Acesso em: 24 de maio de 2013.

propositura da ação. Esse motivo, ao contrário dos anteriores, não decorre de uma falha estrutural do Poder Judiciário, trata-se de característica inerente à ação - quem alega o direito, geralmente, tem o dever de comprová-lo juridicamente e factualmente. Contudo, é preciso verificar se tal afirmativa não decorreu da percepção opaca dos indivíduos entrevistados, levados pelo senso comum. A análise da suficiência do conjunto probatório para viabilizar a judicialização da demanda é uma função assaz técnica e parece que dificilmente um indivíduo sem formação jurídica conseguiria fazê-la com propriedade.

Em sétimo lugar na ordem decrescente da média de escolaridade dos entrevistados esteve a alegação que a demanda não foi judicializada por medo da outra parte envolvida. Necessário ressaltar que o tempo médio de escolaridade dos entrevistados que informaram esta justificativa foi de 7,51 anos, muito próximo ao índice nacional, que é de 7,5 anos. Para abordar esse motivo, é preciso ter em mente que ele decorre de uma combinação entre a insegurança nacional generalizada e a desconfiança perante o Poder Judiciário. No primeiro caso, há um receio de que réu possa perpetrar atos atentatórios contra o autor como meio de retaliação. No segundo fator, há uma desconfiança na atuação jurisdicional específica, imagina-se por vezes que o juízo não tenha meios para resguardar os direitos do autor adequadamente, ou então que simplesmente entenda por não fazê-lo. Acredita-se que ambas as linhas de pensamento procedem, mas parcialmente. As instituições de segurança pública precisam se aperfeiçoar no tratamento da criminalidade, assim como é preciso uma atuação estatal de forma a prevenir o delito ao garantir melhor condição de vida ao sujeito hipossuficiente. De outro lado, é necessário que haja uma visão social maior por parte dos magistrados e servidores, de modo que os direitos individuais sejam tutelados da melhor forma possível. Contudo, o receio das atitudes que a outra parte possa tomar não deve inibir a propositura de novas ações, afinal tal suspeita costuma ser supervalorizada.

A oitava alegação de acordo com a ordem decrescente de escolaridade dos pesquisados foi que custaria muito caro submeter a demanda ao Judiciário. Precisa-se fazer uma ressalva previamente à análise desse ponto - essa é a primeira das justificativas vistas até o momento cujos entrevistados que a informaram estão abaixo da média de escolaridade nacional. Enquanto que a média de anos de estudo considerados na pesquisa como a média brasileira foi de 7,5 anos, a média de escolaridade dos indivíduos que

alegaram esse motivo foi de 6,45 anos, uma queda de mais de um ano em relação à média de escolaridade da justificativa anterior, que foi o medo da outra parte envolvida. Tal média corresponderia ao Ensino Fundamental incompleto interrompido na 7ª série. Percebe-se que, apesar de quase todas as políticas de Acesso à Justiça serem direcionadas no sentido de eliminar custos financeiros diretos do processo, seja universalmente ou para estratos menos favorecidos, essas parecem não atenderem suficientemente aos cidadãos menos instruídos e, provavelmente, hipossuficientes, afinal o grau de escolaridade costuma acompanhar a distribuição de renda. Contudo, também deve ser considerada a falta de informação do sujeito sobre o funcionamento do Judiciário - problema recorrentemente citado neste tópico. De nada adiantaria disponibilizar todos os meios necessários para incentivar o sujeito a buscar a tutela jurisdicional se essa informação não estiver a seu alcance. Muitas pessoas desconhecem que os Juizados Especiais são isentos de custas e honorários de sucumbência, assim como a não obrigatoriedade de representação por Advogado ou a desnecessidade de conhecimento jurídico para a propositura da ação e para a realização de atos processuais. Do mesmo modo, a Defensoria Pública é instituição desconhecida por muitos, apesar de sua relevante função social de representação da população menos favorecida. Novamente, a formação cidadã se faz necessária, tanto para que o sujeito conheça seus direitos como para que saiba como agir caso eles sejam violados ou não cumpridos.

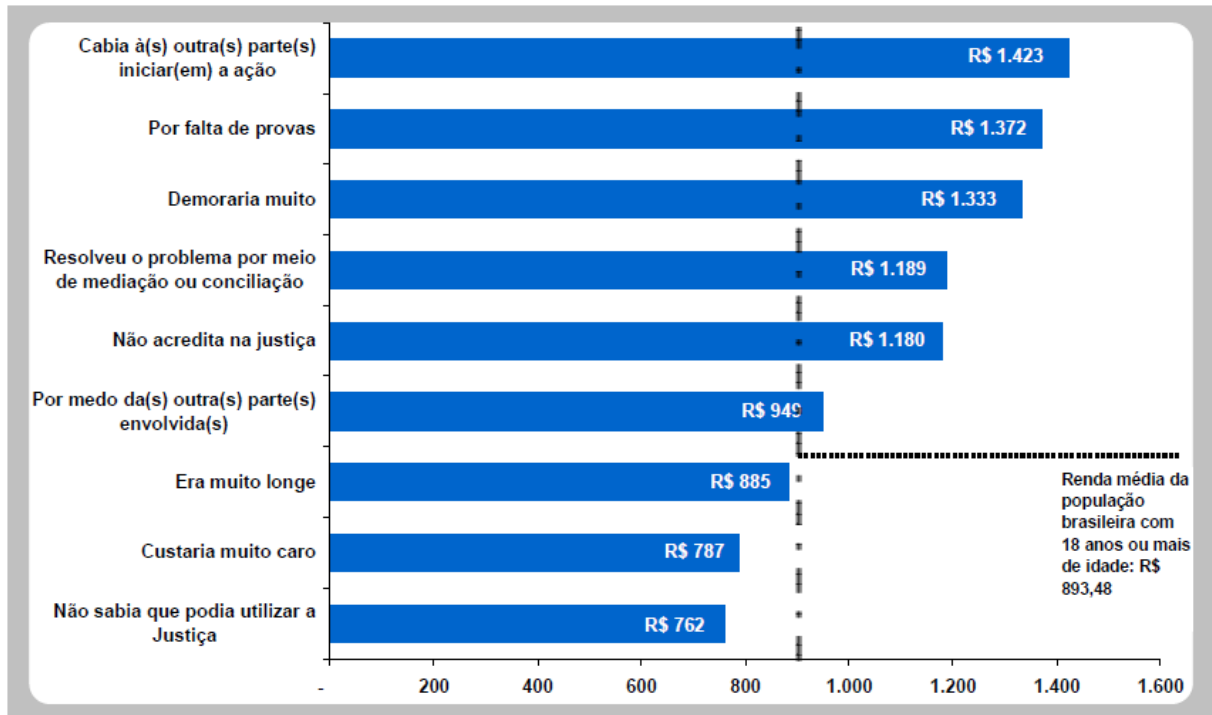
A nona justificativa na ordem decrescente da média de escolaridade dos indivíduos pesquisados foi o desconhecimento de que seria possível buscar a tutela jurisdicional para a resolução de determinado conflito. Nesse ponto se faz ainda mais evidente que a falta de informação do sujeito é quiçá o maior obstáculo a ser superado para a efetivação do Acesso à Justiça. Esse é o caso do desconhecimento pela população dos meios de Acesso à Justiça. De nada adiantaria estarem à disposição órgãos estatais e serem aplicadas políticas públicas se a população não soubesse como usá-las, ou até mesmo se desconhecêssem sua existência. Nesse sentido, o indivíduo proporia a demanda, superando todos os demais obstáculos já listados, mas assim não o faz porque desconhece (a) que teve um direito violado ou não cumprido ou (b) a possibilidade de atuação judicial para dirimir aquele conflito.

Por fim, a décima justificativa listada e a última colocada na ordem da média de escolaridade dos entrevistados que a alegaram foi o fato de o Poder Judiciário

estar muito distante - literalmente. Foi aduzido no momento da análise do quarto motivo, consistindo na falta de confiança na Justiça, que o Poder Judiciário está distante do cidadão, seja pela formalidade dos atos processuais, pelo não atendimento pela tutela jurisdicional das especificidades do caso concreto e até mesmo pela pompa de algumas instalações judiciárias. Contudo, o afastamento tratado na ocasião foi entendido no sentido conotativo, evidentemente. Aqui está se tratando de um distanciamento real e literal da Justiça. Salvo raras exceções, todas as instalações judiciárias estão situadas em centros urbanos, dificultando o acesso da população hipossuficiente, que em geral se encontram em regiões geograficamente afastadas, lugares talvez não atendidos pelo transporte público. É também preciso considerar os *custos de transação* para que um sujeito nessa condição possa comparecer a uma unidade judiciária. Mesmo que haja transporte público, esse talvez seja muito oneroso para o sujeito, constituindo-se como um custo de transação financeiro indireto. Além disso, o funcionamento regular do Poder Judiciário unicamente no horário comercial, e geralmente somente em parte desse, dificulta o comparecimento de um cidadão trabalhador, seja autônomo ou empregado. Assim, fica nítido que somente a gratuidade dos custos diretos da Justiça não é o suficiente para garantir que o indivíduo hipossuficiente tenha seus direitos assegurados.

As justificativas alegadas pelos indivíduos que não buscaram a tutela judicial para a resolução de sua respectiva demanda correspondem de certo modo ao seu nível médio de escolaridade, o que reforça ainda mais a necessidade uma conscientização cidadã como pressuposto básico para o Acesso à Justiça. Visto isso, resta analisar se as mesmas justificativas também correspondem à média de rendimentos dos mesmos indivíduos que fizeram as alegações anteriormente:

3 - Rendimento médio das pessoas que vivenciaram conflito entre 2004 e 2009 segundo o motivo para não terem procurado a Justiça⁵¹



Fonte: IBGE/2009

A organização das justificativas de acordo com o rendimento médio dos entrevistados teve resultado semelhante em relação à classificação de acordo com a média de escolaridade do mesmo grupo. Os motivos guiados predominantemente pela conveniência do interessado estão no topo, mais especificamente nas cinco primeiras posições, enquanto que as justificativas de cunho predominantemente impeditivo estão na parte inferior, situadas nas quatro últimas colocações. Aliás, esses últimos motivos foram alegados por indivíduos que na média ficaram na faixa da renda média da população brasileira, R\$ 893,48, ou abaixo dela. Resta então comparar as posições que cada justificativa ocupou em cada um dos gráficos, seja na ordenação pela média de escolaridade ou pela média de rendimento daqueles que a alegaram:

⁵¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Panorama do Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009*. Brasília, 2011, p. 31.

4 - Comparação da classificação dos motivos que levaram as pessoas a não terem procurado a Justiça para solucionar situações de conflito entre 2004 e 2009 de acordo com a ordem decrescente da média de escolaridade e da média de rendimentos dos entrevistados

	Classificação por escolaridade média	Classificação por rendimento médio
Demoraria muito	1º	3º
Resolveu o problema por meio de conciliação ou mediação	2º	4º
Não acredita na justiça	3º	5º
Cabia à outra parte iniciar a ação	4º	1º
Por falta de provas	5º	2º
Por medo da outra parte envolvida	6º	6º
Custaria muito caro	7º	8º
Não sabia que podia utilizar a justiça	8º	9º
Era muito longe	9º	7º

Fonte: IBGE/2009

Comparando as posições das nove justificativas tanto na classificação por média de escolaridade como na ordenação pela média de rendimentos, observa-se que os motivos elencados mantêm um posicionamento próximo nas duas classificações, verificando-se no máximo uma alternância de três colocações, mesmo assim verificada em apenas em duas justificativas.

Pode-se perceber que a educação é fator diretamente relacionado à judicialização dos conflitos. Enquanto a população mais instruída em geral não buscou a tutela jurídica por motivos de conveniência, a camada de menor escolaridade alegou causas que implicam em altos *custos de transação*, ou, até mesmo, o desconhecimento de que suas demandas poderiam ser apreciadas judicialmente e a falta de credibilidade do Poder Judiciário.

Assim, pode-se inferir pelos dados estudados que a educação, além de ser o fator preponderante para condicionar o rendimento do indivíduo, tem caráter fundamental para a efetivação do Acesso à Justiça. Inclusive, a posição das justificativas alegadas pelos indivíduos sobre o porquê de não terem procurado o Poder Judiciário para o julgamento de suas demandas foi semelhante tanto na classificação pela ordem decrescente da média de escolaridade como pela ordenação da média de rendimentos dos entrevistados. Notou-se pelas análises realizadas que a gratuidade de custas judiciárias, de honorários de sucumbência, da representação judiciária e de outros custos financeiros diretos para a propositura de uma ação judicial são medidas relevantes para motivar o cidadão a buscar o Poder Judiciário, mas não bastam. Por exemplo, o custo financeiro direto com a ação foi apenas uma das nove justificativas listadas pelos entrevistados como razão por não ter sido buscada a tutela jurisdicional. É preciso diversificar e tornar efetivas as políticas públicas de Acesso à Justiça, de modo a amenizar os *custos de transação* não financeiros que hoje são arcados pelo sujeito que busca nos Juizados Especiais a tutela de seus direitos.

3.2 A recepção da morosidade da Justiça comum

O *Relatório Justiça em Números* é um documento elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tendo sua oitava edição publicada em outubro de 2012. O relatório é elaborado com base nos dados do ano anterior, consistindo num conjunto de estatísticas do funcionamento do Poder Judiciário interpretado de acordo com as áreas consideradas prioritárias para seu aprimoramento. O que se pretende a seguir é utilizar parte desse referencial estatístico para oferecer uma análise da morosidade dos Juizados Especiais estaduais. Para tanto, serão investigados dados referentes ao Estado de Santa Catarina, comparando-os com os mesmos indicadores verificados no Estado do Paraná e também com os da média nacional. Foram quatro os critérios para a escolha comparativa. O primeiro foi o local onde a presente Monografia foi idealizada, criada e defendida, no Estado de Santa Catarina. O segundo foi a proximidade geográfica e cultural, assim decidiu-se que seria outro Estado da região Sul. O

terceiro foi a similitude da dimensão da estrutura judiciária, sendo que, enquanto o TJSC e o TJPR são considerados Tribunais de médio porte, o TJRS é considerado de grande porte⁵².

A análise temporal da morosidade processual se mostra inviável em decorrência da ausência de dados que permitiriam tal pesquisa. Primeiramente, não há informações suficientes em qualquer das instâncias e procedimentos sobre a duração média dos processos judiciais, compreendendo-se o período desde o momento em que a ação é proposta até seu arquivamento. O CNJ desde 2009 estabelece metas a serem perseguidas por cada juízo competente, contudo, até este ano, nenhuma delas foi voltada especificamente para os Juizados Especiais estaduais. Em segundo lugar, tal análise teria que ser pormenorizada, desconsiderando na contagem temporal ações de grande complexidade e aquelas arquivadas sem julgamento de mérito, informações também indisponíveis.

Desse modo, resta reunir os dados mais relevantes para indicar o potencial de morosidade de cada procedimento para após estabelecer o cruzamento outras informações e realizar uma análise conclusiva. Para tanto, a fonte principal de pesquisa será as taxas de congestionamento das instâncias e procedimentos, informações disponibilizadas no *Relatório Justiça em Números*, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A taxa de congestionamento é representada pelo percentual de processos não baixados durante ano do levantamento, sejam ações propostas naquele período ou pendentes de anos anteriores. A partir dessa taxa serão realizadas as comparações que permitirão mensurar a morosidade dos Juizados Especiais estaduais.





















Assim, resta tratar a morosidade dos Juizados Especiais por comparação. Primeiramente, serão confrontadas as taxas de congestionamento desses com as da Justiça comum no âmbito do Estado de Santa Catarina. Após, será feita a comparação com o Estado do Paraná e, finalmente, com a média brasileira.

No gráfico abaixo constam diversas informações sobre a tramitação de processos no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. No momento, o foco será a taxa de congestionamento:

⁵² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. Brasília, 2012, p. 14.

5 - Dados sobre o congestionamento do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina no ano de 2011⁵³

Indicadores de Produtividade

										
Tribunal	70,9% (Média: 74%)	↓ ptos perc. Δ -1,59		15º	97,4% (Média: 98%)	↑ ptos perc. Δ 5,56		12º	63,0% (Média: 65%)	1.306.261 (47%) (Média: 46%)
2º Grau	40,2% (Média: 49%)	↓ ptos perc. Δ -4,20		9º	101,2% (Média: 94%)	↑ ptos perc. Δ 6,24		21º	não se aplica	
1º Grau	74,8% (Média: 80%)	↓ ptos perc. Δ -1,82		15º	101,6% (Média: 97%)	↑ ptos perc. Δ 10,29		12º	64,5% (Média: 70%)	1.255.318 (56%) (Média: 54%)
Turmas Recursais	50,8% (Média: 45%)	↑ ptos perc. Δ 24,79		20º	62,2% (Média: 87%)	↓ ptos perc. Δ -39,36		7º	não se aplica	
Juizados Especiais	60,8% (Média: 48%)	↑ ptos perc. Δ 1,44		21º	82,6% (Média: 104%)	↓ ptos perc. Δ -8,89		5º	57,6% (Média: 47%)	50.943 (16%) (Média: 13%)

Fonte: CNJ/2011

A comparação mais relevante para o presente tópico consiste na proporção da *taxa de congestionamento* da primeira instância dos Juizados Especiais em Santa Catarina em relação ao Paraná. Os Juizados Especiais são a opção mais viável para um procedimento judicial no Brasil em decorrência das facilidades de sua primeira instância da jurisdição, que, entre outras características, é isento por lei de custas e honorários de sucumbência e não exige postulação por intermédio de Advogado. Contudo, essas benesses não estão presentes nas Turmas de Recursos. Portanto, é preciso deter maior atenção na análise da *taxa de congestionamento* da primeira instância do procedimento sumaríssimo.

A *taxa de congestionamento*, cuja função é a de representar o percentual de processos não baixados durante ano é de 60,8% na primeira instância Juizados Especiais de Santa Catarina; em contrapartida, no mesmo Estado a taxa na Justiça comum é de 74,8%. Dividindo a segunda taxa pela primeira, tem-se o índice de 1,23. Portanto, um processo convencional tende a ser julgado no primeiro grau em tempo 23% superior ao estimado para um processo nos Juizados Especiais. Pondo em termos práticos, um processo julgado em 1 ano na primeira instância do Juizado Especial tenderia a ser julgado em aproximadamente 1 anos e 3 meses no primeiro grau da jurisdição convencional; ou ainda, se demorasse 4 anos no primeiro, tenderia a tardar aproximadamente 4 anos e 11 meses no segundo. Percebe-se, objetivamente, que uma ação submetida a um Juizado Especial em Santa Catarina tende a

⁵³ *Ibidem*, p. 73.

ser julgada em primeira instância num tempo aproximado ao que seria se a causa fosse submetida ao primeiro grau da jurisdição convencional.

Sabe-se que ambas as alçadas, Juizados Especiais e Justiça comum, têm competência absoluta para determinadas ações, já outras são passíveis de renúncia de foro. Nesse último caso, não há dados disponíveis para a análise individualizada, nem por área e nem por tipo da ação. Contudo, a comparação em termos absolutos é válida nos termos em que permite a análise global do tempo de julgamento de todos os tipos da ação, demonstrando a efetiva morosidade de uma alçada em relação à outra.

Conclui-se que a diferença do tempo de julgamento de uma ação indeterminada submetida a um Juizado Especial em Santa Catarina em relação ao primeiro grau da jurisdição convencional é desprezível a pequeno e médio prazo, fazendo com que se mostrem atraentes as possibilidades recursais e de produção probatória da jurisdição convencional. Partindo-se desse pressuposto, observa-se que na primeira instância fica evidente que não há celeridade nos Juizados Especiais, um de seus princípios orientadores ditados pela Lei n. 9.099/95, em relação à jurisdição comum, por ser ínfima a diferença de tempo de julgamento absoluta entre as duas alçadas, podendo ser desprezada em primazia das possibilidades recursais e de produção probatória da jurisdição comum.

Conforme demonstrado, a morosidade não somente está presente nos Juizados Especiais como também é comparável à da justiça comum, sendo que se forem consideradas as possibilidades recursais e de produção de prova dessa alçada, a justiça comum poderia até mesmo tornar-se uma alternativa mais vantajosa. A morosidade, que no julgamento singular já é similar entre as duas alçadas, agrava-se na comparação da segunda instância com as Turmas de Recursos.

A *taxa de congestionamento*, lembrando, que tem a função de representar o percentual de processos não baixados durante ano, é ainda mais surpreendente nas Turmas de Recursos de Santa Catarina, atingindo 50,8%. Em comparação, a taxa de morosidade no segundo grau do Tribunal de Justiça do mesmo Estado é de 40,2%. Assim, a morosidade das Turmas de Recursos é aproximadamente 26,4% superior à da segunda instância do Tribunal de Justiça.

Todos os percentuais listados até o momento tratam da taxa de congestionamento, não se referindo diretamente à morosidade de qualquer procedimento. Na ausência de uma base de dados significativa para estabelecer uma comparação da morosidade de ambas as alçadas, pode-se utilizar a taxa de congestionamento para mensurar a tendência da morosidade que uma ação teria em cada procedimento na totalidade de suas duas instâncias, inclusive comparando-as.

Caso se desejasse a taxa média de congestionamento das alçadas, dever-se-ia somar o total de processos ativos durante o ano de uma delas, em suas duas instâncias, e dividir pelo total de processos baixados dessa. Contudo, esse não é o objetivo deste estudo. Embora reconhecida a utilidade dessa análise, tal cálculo seria mais útil para uma verificação geral de quanto tempo uma ação demoraria a ser baixada se tramitasse naquele procedimento, seja em qualquer das suas instâncias, de forma a uniformizar o tempo de resposta do Judiciário no juízo singular e no colegiado.

O que interessa para o momento é a comparação da morosidade do julgamento de uma ação nos Juizados Especiais e na Justiça comum. A “proporção %” nada mais é que a proporção percentual do Estado com a maior taxa de morosidade sobre o de menor morosidade:

6 - Percentual de processos não baixados no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina no ano de 2011

	Juizados Especiais	Justiça comum	proporção %
1ª instância (taxa de congestionamento)	60,8%	74,8%	23,1% maior na JC
Tribunal de Justiça (taxa de congestionamento)	50,8%	40,2%	26,4% maior nos JE

Fonte: CNJ/2011

Se o princípio da celeridade nos Juizados Especiais, elevado a cânone orientador pela Lei n. 9.099/95, já é posto em xeque se comparado o congestionamento nos seus juízos singulares com os da jurisdição comum, sua efetiva derrocada dá-se com o paralelo na segunda instância. O congestionamento maior nas Turmas de Recursos do que

no Tribunal de Justiça demonstra a falência do procedimento sumaríssimo quanto à celeridade, que juntamente à simplicidade seria o aspecto mais atrativo dos Juizados Especiais. Mesmo levando em consideração as duas instâncias de cada alçada, a diferença da morosidade de uma em relação à outra é ínfima, podendo inclusive fazer tender para o favorecimento da Justiça comum em decorrência das possibilidades recursais e probatórias.

Tendo sido analisada a morosidade dos Juizados Especiais em Santa Catarina pela comparação com a jurisdição convencional do mesmo Estado, faz-se necessária a sua confrontação com dados de outras unidades da federação. Conforme já mencionado, pela proximidade geográfica e pela dimensão semelhante, parte-se para a análise dos mesmos dados no âmbito do TJPR, para depois confrontar as conclusões individuais de cada Estado. Abaixo está um gráfico com os mesmos critérios apresentados anteriormente, mas dessa vez referentes ao Estado do Paraná:

7 - Dados sobre o congestionamento do Poder Judiciário do Estado do Paraná no ano de 2011⁵⁴

Indicadores de Produtividade

	Taxa Congest.	Δ (+/-)	2009/2011	Ranking	Baixados / Cn	Δ (+/-)	2009/2011	Ranking	Conhecimento	Em Execução
Tribunal	71,2% (Média: 74%)	Δ -3,45 ↓ ptos perc.		16°	118,6% (Média: 98%)	Δ 17,06 ↑ ptos perc.		25°	63,8% (Média: 65%)	1.680.457 (40%) (Média: 46%)
2º Grau	52,0% (Média: 49%)	Δ 1,12 ↑ ptos perc.		16°	86,8% (Média: 94%)	Δ -10,79 ↓ ptos perc.		14°	não se aplica	não se aplica
1º Grau	77,2% (Média: 80%)	Δ -3,39 ↓ ptos perc.		18°	127,0% (Média: 97%)	Δ 25,38 ↑ ptos perc.		23°	68,3% (Média: 70%)	1.605.891 (48%) (Média: 54%)
Turmas Recursais	42,3% (Média: 45%)	Δ 3,91 ↑ ptos perc.		14°	75,2% (Média: 87%)	Δ -8,24 ↓ ptos perc.		10°	não se aplica	não se aplica
Juizados Especiais	49,2% (Média: 48%)	Δ -5,88 ↓ ptos perc.		12°	121,1% (Média: 104%)	Δ 16,82 ↑ ptos perc.		23°	49,7% (Média: 47%)	74.566 (12%) (Média: 13%)

Fonte: CNJ/2011

Conforme o gráfico, a taxa de congestionamento, ou seja, a quantidade de processos não baixados durante o ano no juízo singular dos Juizados Especiais do Paraná é de 49,2%, enquanto que esse índice na primeira instância da jurisdição convencional é de 77,2%. Ao contrário do que se observa em Santa Catarina, há uma significativa diferença entre a taxa de congestionamento de cada uma dessas alçadas no Estado do Paraná: a

⁵⁴ *Ibidem*, p. 61.

Justiça convencional apresenta taxa de congestionamento 56,9% superior a dos Juizados Especiais na primeira instância, ou seja, uma ação proposta na Justiça comum do Paraná tenderia a levar mais que o dobro do tempo para ser baixada do que uma ação proposta nos Juizados, enquanto que a mesma proporção em Santa Catarina seria de 23,1%. Esse resultado não significa que os Juizados Especiais do Paraná são significativamente mais céleres do que os de Santa Catarina. Primeiramente porque a taxa de congestionamento não se expressa em unidade temporal, em vez disso, refere-se aos processos baixados em relação ao total daqueles em tramitação no ano. Em segundo lugar, no momento a comparação trata do congestionamento entre Justiça comum e Juizados Especiais do mesmo Estado, sem estabelecer um paralelo dos Juizados Especiais entre si. Por fim, o que muito colabora para a disparidade entre o congestionamento das alçadas no Paraná é a taxa de congestionamento levemente menor dos Juizados Especiais e levemente maior na Justiça comum, maximizando-se o índice quando se estabelece um paralelo entre elas.

No segundo grau de jurisdição do Paraná, a taxa de congestionamento das Turmas de Recursos é de 42,3%, enquanto que a do Tribunal de Justiça é de 52%, resultando numa morosidade 22,9% superior dessa última alçada em relação à primeira:

8 - Percentual de processos não baixados no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Paraná no ano de 2011

	Juizados Especiais	Justiça comum	proporção %
1ª instância (taxa de congestionamento)	49,2%	77,2%	56,9% maior na JC
Tribunal de Justiça (taxa de congestionamento)	42,3%	52,0%	22,9% maior na JC

Fonte: CNJ/2011

Conforme já explanado, por falta de dados de temporalidade dos processos, não é possível estabelecer uma taxa de morosidade em unidade de tempo. Em virtude dessa limitação, já foram analisadas e comparadas as *taxas de congestionamento* dos Juizados Especiais com as da Justiça comum. Assim, buscando-se uma análise mais aprofundada, parte-se então para o confronto comparativo dessas taxas, inicialmente

comparando a morosidade das duas instâncias dos Juizados Especiais de Santa Catarina em relação ao Paraná:

9 - Comparação da taxa de congestionamento e da taxa de morosidade dos Juizados Especiais entre os Estados de Santa Catarina e do Paraná no ano de 2011

	Santa Catarina	Paraná	proporção %
Juizados Especiais (taxa de congestionamento)	60,8%	49,2%	23,6% maior em SC
Turmas de Recursos (taxa de congestionamento)	50,8%	42,3%	20,1% maior em SC

Fonte: CNJ/2011

Em suma, as *taxas de congestionamento* dos Juizados Especiais e das Turmas de Recursos em Santa Catarina excedem em pelo menos 1/5 as mesmas taxas verificadas no Estado do Paraná. Inclusive, a proporção da *taxa de congestionamento* do juízo singular da Justiça comum de Santa Catarina em relação aos Juizados Especiais é quase a mesma que a proporção da *taxa de congestionamento* dos Juizados Especiais em Santa Catarina em relação aos Juizados Especiais do Estado do Paraná.

Parte-se então para a comparação das *taxas de congestionamento* da Justiça comum entre os Estados de Santa Catarina e do Paraná:

10 - Comparação da taxa de congestionamento e da taxa de morosidade da Justiça comum entre os Estados de Santa Catarina e do Paraná no ano de 2011

	Santa Catarina	Paraná	proporção %
1ª instância	74,8%	77,2%	3,2% maior no PR
Tribunal de Justiça	40,2%	52%	29,3% maior no PR

Fonte: CNJ/2011

A *taxa de congestionamento* da primeira instância da Justiça comum é praticamente a mesma em cada Estado, variando apenas 3,2% a mais no Paraná. A maior

disparidade está no Tribunal de Justiça desse Estado, que apresenta congestionamento 29,3% superior em relação a Santa Catarina.

Conclui-se então que a taxa de congestionamento dos Juizados Especiais em Santa Catarina, seja em primeira ou segunda instância, é pelo menos 1/5 superior em relação ao Estado do Paraná, sendo 23,6% superior no juízo singular e 20,1% superior nas Turmas de Recursos. Contudo, a mesma proporção não se observa quando se compara a Justiça comum dos dois Estados. Nesse aspecto, o Judiciário paranaense de primeiro grau apresenta uma taxa de congestionamento proporcional levemente superior em relação à Santa Catarina (3,2%). Contudo, uma grande disparidade se observa no Tribunal de Justiça, tendo o Estado do Paraná uma taxa de congestionamento 29,3% maior. Por fim, resta analisar a taxa de congestionamento globalmente, ou seja, o percentual de processos baixados em proporção àqueles que estavam pendentes de tramitação no ano, envolvendo todas as instâncias e procedimentos do Judiciário de cada Estado:

11 - Comparação da taxa de congestionamento entre o Estado de Santa Catarina e o Estado do Paraná no ano de 2011

	Santa Catarina	Paraná	proporção %
taxa total de congestionamento	70,9%	71,2%	0,4% maior no PR

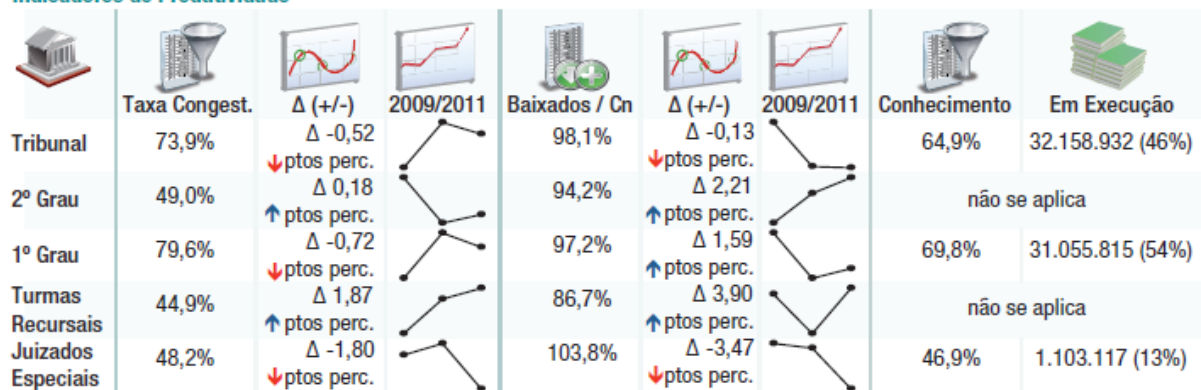
Fonte: CNJ/2011

Nota-se que a *taxa de congestionamento* total do Poder Judiciário de Santa Catarina e do Paraná, envolvendo todas as instâncias e procedimentos estaduais, é praticamente a mesma, sendo apenas superior proporcionalmente em 0,4% no Paraná. Isso evidencia que ambos os Estados apresentam taxa praticamente idêntica de congestionamento e que qualquer diferença de um para outro em relação a instâncias ou procedimentos decorre da política de organização judiciária de cada Estado. Assim, se os Juizados Especiais são mais congestionados em Santa Catarina do que Paraná em pelo menos 1/5, em ambas as instâncias, isso demonstra o descaso da administração judiciária estadual em relação à função social do procedimento sumaríssimo e dos ditames da Lei 9.099/1995.

Realizada a análise do congestionamento dos Juizados Especiais localmente, comparando-se com a Justiça comum no Estado de Santa Catarina, e regionalmente, confrontado com estatísticas do Estado do Paraná, parte-se então para o plano nacional, pareando os índices do Judiciário catarinense com os da média nacional. Abaixo estão os dados globais verificados no país:

12 - Dados sobre o congestionamento do Poder Judiciário brasileiro no ano de 2011⁵⁵

Indicadores de Produtividade



Fonte: CNJ/2011

Analisar-se-á então o percentual de processos não baixados no ano-base de 2011, levando em consideração todos os Tribunais de Justiça no âmbito dos Juizados Especiais e da Justiça comum, em primeira e segunda instância:

13 - Taxa média de congestionamento do Poder Judiciário brasileiro no ano de 2011

	Juizados Especiais	Justiça comum	proporção %
1ª instância (taxa de congestionamento)	48,2%	79,6%	65,1% maior na JC
Tribunal de Justiça (taxa de congestionamento)	44,9%	49%	9,1% maior na JC

Fonte: CNJ/2011

⁵⁵ *Ibidem*, p. 81.

A proporção nacional da *taxa de congestionamento* do procedimento comum em relação ao sumaríssimo se mantém dentro do esperado, sendo que a primeira instância da Justiça comum apresenta taxa de congestionamento 65,1% superior em relação aos Juizados Especiais. No segundo grau de jurisdição as taxas estão próximas, tendo o Tribunal de Justiça taxa apenas 9,1% superior que aquela verificada nas Turmas de Recursos. Parte-se então para o pareamento da *taxa de congestionamento* entre o Estado de Santa Catarina e a média brasileira:

14 - Comparação da taxa de congestionamento dos Juizados Especiais no Estado de Santa Catarina com a média nacional no ano de 2011

	Santa Catarina	Brasil	proporção %
Juizados Especiais (taxa de congestionamento)	60,8%	48,2%	26,1% maior em SC
Turmas de Recursos (taxa de congestionamento)	50,8%	44,9%	13,1% maior em SC

Fonte: CNJ/2011

Conforme já salientado na comparação com o Estado do Paraná, Santa Catarina apresenta uma *taxa de congestionamento* nos Juizados Especiais 26,1% superior à taxa nacional. Além disso, a *taxa de congestionamento* das Turmas de Recursos catarinenses supera aquela verificada na média dos Tribunais de Justiça de todo o país em 13,1%. Analisados os Juizados Especiais, passa-se para comparação da proporção de processos não baixados no ano-base de 2011 na Justiça comum catarinense e no conjunto da brasileira:

15 - Comparação da taxa de congestionamento da Justiça comum entre o Estado de Santa Catarina e a média nacional no ano de 2011

	Santa Catarina	Brasil	proporção %
1ª instância	74,8%	79,6%	6,4% maior no Brasil
Tribunal de Justiça	40,2%	49%	21,9% maior no Brasil

Fonte: CNJ/2011

Em Santa Catarina se verifica uma *taxa de congestionamento* menor na Justiça comum em ambas as instâncias do que aquela tomada nacionalmente. Enquanto o índice na primeira instância é próximo, sendo 6,4% maior na média nacional, na comparação do Tribunal de Justiça Santa Catarina se mostra significativamente mais célere, com a média da *taxa de congestionamento* brasileira sendo 21,9% superior em relação à catarinense.

Resta investigar por que os Juizados Especiais em Santa Catarina apresentam elevada morosidade. Nota-se que há uma política de prioridade da Justiça comum e, sobretudo, do Tribunal de Justiça em relação aos Juizados Especiais e Turmas de Recursos em Santa Catarina. Primeiramente, o procedimento sumaríssimo em Santa Catarina conta com *taxas de congestionamento* superiores aos índices regional e nacional, na primeira e segunda instâncias, apresentando-se por vezes com taxas superiores às da Justiça comum. Sabendo-se da morosidade, resta investigar qual é sua razão de existir. Para tanto, parte-se para a análise da quantidade de processos por magistrado em Santa Catarina:

16 - Carga de trabalho por magistrado no Estado de Santa Catarina no ano de 2011⁵⁶

Indicadores por Magistrado

	Carga de Trab.	Δ (+/-)	2009/2011	Ranking	Proc. Julgados	Δ (+/-)	2009/2011	Ranking	Proc. Baixados	Δ (+/-)	2009/2011	Ranking	
Tribunal	6.035 (Média: 6.086)	Δ -158 ↓ (-2,6%)		6°	1.451 (Média: 1.392)	Δ -99 ↓ (-6,4%)		4°	1.688 (Média: 1.549)	Δ 32 ↑ (1,9%)		5°	
2º Grau	1.723 (Média: 2.410)	Δ -441 ↓ (-20,4%)		12°	958 (Média: 1.227)	Δ -89 ↓ (-8,5%)		10°	858 (Média: 1.061)	Δ -176 ↓ (-17,0%)		8°	
1º Grau	6.976 (Média: 6.543)	Δ 441 ↑ (6,7%)		6°	1.332 (Média: 1.099)	Δ -37 ↓ (-2,7%)		4°	1.705 (Média: 1.313)	Δ 210 ↑ (14,0%)		3°	
Turmas	745 (Média: 493)	Δ 115 ↑ (18,2%)		12°	349 (Média: 223)	Δ -73 ↓ (-17,2%)		13°	349 (Média: 248)	Δ -73 ↓ (-17,2%)		12°	
Recursais	1.850 (Média: 3.297)	Δ -162 ↓ (-8,0%)		24°	693 (Média: 1.621)	Δ -72 ↓ (-9,4%)		25°	699 (Média: 1.693)	Δ -97 ↓ (-12,2%)		26°	
Juizados Especiais													

Fonte: CNJ/2011

Pela análise da tabela, constata-se que quantidade de processos por magistrado na primeira instância dos Juizados Especiais em Santa Catarina é uma das menores do país, estando na 24ª colocação entre as 27 unidades da federação. Contudo ao

⁵⁶ *Ibidem*, p. 73.

mesmo tempo se observa que a quantidade de processos por magistrado na primeira instância da Justiça comum catarinense é uma das mais altas no Brasil, estando na 6ª posição nacional. Resta saber qual a origem da disparidade na carga de trabalho dos magistrados entre os procedimentos. Muito se deve ao fato de que quase todos os magistrados catarinenses responsáveis por uma vara do Juizado Especial acumulam também a pasta de outra vara da Justiça comum e, às vezes, também fazem parte de uma Turma de Recursos. Tendo sido feita a comparação com a média nacional, verificar-se-á se o mesmo panorama se observa regionalmente, no Estado do Paraná:

17 - Carga de trabalho por magistrado no Estado do Paraná no ano de 2011⁵⁷

Indicadores por Magistrado

	Carga de Trab.	Δ (+/-)	2009/2011	Ranking	Proc. Julgados	Δ (+/-)	2009/2011	Ranking	Proc. Baixados	Δ (+/-)	2009/2011	Ranking
Tribunal	5.738 (Média: 6.086)	Δ 429 ↑ (8,1%)		7º	1.232 (Média: 1.392)	Δ 45 ↑ (3,8%)		7º	1.593 (Média: 1.549)	Δ 292 ↑ (22,4%)		6º
2º Grau	1.575 (Média: 2.410)	Δ 184 ↑ (13,2%)		14º	626 (Média: 1.227)	Δ 70 ↑ (12,6%)		19º	648 (Média: 1.061)	Δ 56 ↑ (9,5%)		16º
1º Grau	6.581 (Média: 6.543)	Δ 450 ↑ (7,3%)		7º	1.025 (Média: 1.099)	Δ -51 ↓ (-4,8%)		9º	1.457 (Média: 1.313)	Δ 300 ↑ (26,0%)		6º
Turmas Recursais	5.302 (Média: 493)	Δ 2.628 ↑ (98,3%)		1º	2.861 (Média: 223)	Δ 1.855 ↑ (832,3%)		2º	2.761 (Média: 248)	Δ 1.280 ↑ (86,3%)		2º
Juizados Especiais	4.212 (Média: 3.297)	Δ -114 ↓ (-2,6%)		11º	nd			nd	2.099 (Média: 1.693)	Δ 181 ↑ (9,4%)		12º

Fonte: CNJ/2011

Nota-se que a carga de trabalho por magistrado no Estado do Paraná se mostra equilibrada entre Juizados Especiais e Justiça comum na primeira instância: enquanto que no primeiro grau do procedimento sumaríssimo a distribuição é a 11ª maior no Brasil, o procedimento convencional está na 7ª colocação. A maior proximidade na quantidade de distribuição decorre do fato de que os magistrados paranaenses incumbidos da competência de um Juizado Especial não costumam acumular funções com outra vara da Justiça comum com a frequência com que isso se verifica em Santa Catarina, sendo que naquele Estado 40,9% dos magistrados providos nos Juizados Especiais têm dedicação exclusiva a seu respectivo juízo. Em Santa Catarina a mesma proporção é de apenas 12,5%⁵⁸. Importante frisar que Santa Catarina possui o 4º maior número de magistrados com funções no primeiro

⁵⁷ *Ibidem*, p. 61.

⁵⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. Brasília, 2011, p. 67.

grau dos Juizados Especiais, atrás apenas de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, enquanto que o Paraná vem na 5ª colocação. Contudo, o elevado número de magistrados catarinenses nos Juizados Especiais é compensado (a) pela cumulação com as atribuições de outra vara, (b) pelo baixo número de processos por magistrado e (c) pelo congestionamento apresentado nos Juizados Especiais em Santa Catarina. Esse panorama demonstra que os Juizados Especiais parecem ser encarados com maior importância no Estado do Paraná do que ocorre em Santa Catarina, onde o procedimento sumaríssimo poderia ser considerado como uma alçada de segunda categoria.

Entretanto, um ponto a fazer-se ressalva à distribuição da carga de trabalho por magistrado no Estado do Paraná consiste no excessivo número de processos por julgador nas Turmas de Recursos paranaenses, sendo essa proporção a maior do país, excedendo em mais de dez vezes a média nacional. Além disso, mesmo com a elevada carga de trabalho, a sua taxa de congestionamento é a 14ª maior. Ao contrário do que se verifica na primeira instância dos Juizados Especiais, nas Turmas de Recursos a maioria dos magistrados cumulam suas atribuições com as de alguma outra vara, seja da Justiça comum ou do primeiro grau do procedimento sumaríssimo. A isso se agrava o fato de que há somente duas Turmas de Recursos para todo o Estado, totalizando nove magistrados encarregados de suas funções. É fato notório que os magistrados brasileiros têm uma carga de trabalho que excederia mesmo a capacidade do juiz Hércules, idealizado por Ronald Dworkin⁵⁹. O panorama do Estado do Paraná seria aceitável somente caso se assumisse que o Poder Judiciário tem a função de julgamento em massa, tal como uma linha de montagem de decisões judiciais, o que é inadmissível no Estado Democrático de Direito. Esse é um dos motivos pelos quais se utiliza neste trabalho o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES), não simplesmente o conceito de eficiência da clássica teoria econômica. Apesar de estar sendo analisada neste tópico a celeridade/morosidade da Justiça, de nada adiantaria ter-se um julgamento célere, mas desatento. Assim, é preciso que os magistrados tenham uma carga de trabalho razoável para vislumbrar a Justiça no caso concreto. Urge ao TJPR criar mais Turmas de Recursos de forma a corrigir esse panorama insensato.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 377-99.

Com vistas a reduzir o congestionamento do Poder Judiciário e a garantir uma duração (morosidade) razoável dos processos judiciais, a partir de 2009 passaram a ser estabelecidas metas de nivelamento do Poder Judiciário. O objetivo mais arrojado na primeira edição foi a “Meta 2”, que determinou aos tribunais que identificassem e julgassem os processos judiciais distribuídos até 2005. Apesar da iniciativa, essa meta de julgamento de processos de conhecimento distribuídos em todas as instâncias e jurisdições não avançou em termos absolutos desde a primeira vez em que as metas foram estipuladas. A famigerada “Meta 2”, que consistia em julgar todos os processos de conhecimento distribuídos no quarto ano anterior, nesse caso até 2005, em todas as instâncias e jurisdições, foi mantida nas metas de 2010 em relação ao ano-base de 2006. Contudo, na ocasião da estipulação das metas de 2011 a meta de julgamento de processos de conhecimento foi suspensa em virtude do não cumprimento das metas dos anos anteriores.

A suspensão da “Meta 2” demonstrou a dificuldade em se alcançar uma prestação jurisdicional célere no Brasil. A meta de julgar todos os processos de conhecimento distribuídos até o quarto ano anterior, ou seja, ações judiciais há no mínimo quatro anos propostas, objetivo que já estaria além do aceitável para a prestação jurisdicional em um Estado Democrático de Direito, sequer pode ser cumprida. Em termos práticos, se o autor da presente monografia tivesse proposto uma ação judicial em 2008, no início de sua graduação em Direito, provavelmente essa não teria sido julgada até a sua colação de grau, prevista para 2013.

Estabelecida em 2009, a “Meta 2” estipulou aos tribunais que identificassem e julgassem os processos judiciais distribuídos até 2005, tendo sido alcançada na Justiça comum estadual por somente três Estados: Acre, Rio de Janeiro e Rondônia⁶⁰. Já a “Meta 2” para o ano de 2010, que consistia no julgamento os processos judiciais distribuídos até 2006, teve resultados ainda mais frustrantes: nenhuma unidade federativa conseguiu cumpri-lo no âmbito da Justiça comum estadual⁶¹.

As estatísticas apresentadas acima sobre o congestionamento dos Juizados Especiais puderam ser estudadas somente até 2011, pois o último *Relatório Justiça em*

⁶⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Metas nacionais do Poder Judiciário 2009-2012*. Brasília, 2013, p. 26.

⁶¹ *Ibidem*, p. 18.

Números disponível, datado de outubro de 2012, refere-se aos dados do ano de 2011. Até esse ano, não havia metas específicas para reduzir a morosidade nos Juizados Especiais e nas Turmas de Recursos, seja em nível estadual ou federal. Somente em 2012, após um ano de suspensão, a meta de julgamento de processos de conhecimento distribuídos retornou, mas de forma menos ousada, estabelecendo diferentes percentuais e anualidades de distribuição de acordo com a instância e o procedimento. Contudo, a Justiça comum de 1º grau e os Juizados Especiais estaduais foram excluídos da “Meta 2”, instâncias que são a porta de entrada da Justiça. Pelo menos, em 2012 foi estipulada meta específica para o julgamento de (a) ao menos 50% dos processos distribuídos em de 2007 a 2009 nos Juizados Especiais federais e Turmas de Recursos federais e também de (b) 90% dos processos distribuídos nas Turmas de Recursos estaduais em 2007. Resta aguardar os próximos relatórios anuais para avaliar o impacto dessas metas nas taxas de congestionamentos do Poder Judiciário, mas certamente os Juizados Especiais estaduais, que são alvo de taxas de congestionamento comparáveis às da Justiça comum, serão ainda mais prejudicados com a morosidade, visto que não foram contemplados na “Meta 2” do CNJ, tanto em 2012 como em 2013.

3.3 A desigualdade entre as partes: um estudo de caso da relação de consumo

O direito à igualdade, que pode ser entendido sinteticamente como o tratamento jurídico uniforme dos indivíduos perante o Estado, não basta para a efetivação de direitos sociais, afinal, numa concepção clássica, visa apenas a assegurar a igualdade formal entre os sujeitos. Contudo, verifica-se que frequentemente um se encontra em situação materialmente desigual frente a outro. Para corrigir essa disparidade, a Constituição de 1988 no *caput* do artigo 5º consagra o princípio da isonomia, pugnando pela igualdade tanto de fato como de direito entre os indivíduos.

O Direito Processual Civil brasileiro garante prerrogativas a determinados grupos, presumindo a situação de desvantagem material desses litigantes frente a outros. Por exemplo, pode-se mencionar a prioridade na tramitação de processos em que figure como interessado idoso ou portador de doença grave. Outro exemplo é a inversão do ônus da prova em

favor do consumidor. Há também a preferência na constrição de bens em decorrência de créditos alimentares sobre os demais. Apesar de constituírem grande avanço para o Acesso à Justiça, todas as normas citadas são gerais, sendo indiferentes ao caso concreto, de modo que mesmo com tais prerrogativas os seus beneficiários possam encontrar-se em situação de *vulnerabilidade processual* ao pleitear judicialmente a tutela de seus direitos⁶².

Nos Juizados Especiais a vulnerabilidade processual se acentua. Os litigantes habituais, que podem ser físicas ou jurídicas, têm vantagens materiais sobre litigantes eventuais. Primeiramente, costumam dispor de maior capacidade financeira, o que permite a representação por profissionais mais qualificados e a preparação de provas mais contundentes, além de poderem arcar com custas judiciárias sem grandes prejuízos. Do outro lado, o litigante eventual pode não se enquadrar nos critérios da gratuidade da justiça e ao mesmo tempo não dispor de recursos para custear um procurador sem prejuízo ao próprio sustento. Nesse caso, terá que propor a ação em próprio nome, embora desconhecendo a técnica jurídica e os procedimentos processuais, restando o destino do seu direito relegado à sorte. Não significa que na Justiça comum a mesma situação não ocorra, mas é nos Juizados Especiais que ela se potencializa e fica mais evidente.

O primeiro ato processual realizado quando se recebe uma demanda no Juizado Especial é intimar as partes para uma audiência de conciliação. Na realização de tal procedimento, o litigante eventual pode sentir-se intimidado pelo preposto e, possivelmente, pelo procurador do litigante habitual, assim como por uma extensa e prolixa contestação, o que pode forçá-lo a realizar um acordo contra seus interesses. É possível que o litigante eventual sequer saiba da gratuidade de custas judiciais e de honorários de sucumbência, causando o receio de arcar com esses ônus em caso de improcedência da ação. Desse modo, é preciso que existam conciliadores capacitados para identificar e orientar o litigante eventual nesse tipo de situação.

⁶² “Conceitua-se a vulnerabilidade processual como a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar atos processuais em razão de limitação pessoal involuntária ensejada por fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório”. In: TARTUCE SILVA, Fernanda. *Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil*. Tese (Doutorado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 16.

Atualmente há uma grande promoção da conciliação pelo Poder Judiciário. Embora a propaganda oficial seja a pacificação social, o seu principal e mais desejado efeito é a redução de processos em estoque.

Verifica-se um crescente interesse de litigantes habituais na conciliação de ações relativas ao Direito do Consumidor. Dentre os motivos alegados estão a política de *compliance*, o bom relacionamento com o consumidor e, mais honestamente, a economia com os custos de uma ação judicial.

Primeiramente, a política de *compliance*, em tese, já estaria soterrada quando a demanda foi submetida ao Poder Judiciário, pois as normas legais ou corporativas já teriam sido descumpridas. É preciso lembrar que costumeiramente as ações relativas a Direito do Consumidor tramitam perante os Juizados Especiais, em que sequer existe possibilidade de sucumbência. Em qualquer um dos cenários, a empresa tenderá ao prejuízo ou, ao menos, não obter sequer a compensação com os *custos de transação* ao defender-se da demanda. Assim, no caso concreto, o resultado tenderá a ser sempre negativo para a empresa. A relação com o consumidor a essa altura já está demasiadamente desgastada, considerando que a judicialização da demanda é a *ultima ratio*.

Constata-se que a motivação dos litigantes habituais para a conciliação é estritamente econômica. Constatando no caso concreto que os *custos de transação* de uma ação judicial não seriam compensados mesmo que o pleito do autor fosse julgado totalmente improcedente, o litigante habitual buscará a conciliação.

Há diversos *custos de transação* envolvidos para a propositura, tramitação e execução de uma ação judicial, podendo desestimular o litigante eventual a buscar a tutela de seus direitos. Tendo conhecimento desse fato, o litigante habitual poderia deliberadamente violar direitos de terceiros, contando com esses óbices para o Acesso à Justiça. Essa situação se mostra evidente nas relações de consumo.

O consumidor não é somente hipossuficiente pelos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor ou pela interpretação jurisprudencial: ele é hipossuficiente de fato. Quando uma empresa viola direitos do consumidor, há uma boa chance que o indivíduo lesado não tenha sequer conhecimento da ilegalidade praticada contra ele e, mesmo que o tenha, é provável que não tenha conhecimento jurídico mínimo de como

proceder, sequer para constituir um procurador gratuitamente em caso de carência financeira. É evidente que há exceções à hipossuficiência do consumidor, existem indivíduos muito bem informados de seus direitos e que não hesitariam em submeter uma demanda à análise judicial, mas, conforme dito, casos como esse são a exceção. O problema se agrava com a atitude de empresas que lesionam intencionalmente direitos do consumidor, aproveitando-se da conhecida hipossuficiência para dela extrair lucro, sabendo a provável proporção de clientes que buscarão a reparação judicial do dano. Assim, faz-se o cálculo de que o proveito financeiro oriundo da prática ilegal será superior aos *custos de transação* empregados em ações judiciais de consumidores insurgentes.

A prática de violar propositalmente direitos do consumidor muitas vezes está institucionalizada nas empresas sob a égide de um termo chamado *gestão de risco*. Importante frisar que essa é uma denominação “guarda-chuva”, podendo englobar, além de atividades direta e indiretamente relacionadas com a atividade empresarial, a avaliação de projetos, o controle de desastres naturais, a segurança da tecnologia de informação e o gerenciamento de recursos naturais. Assim, pode abranger desde a segurança de uma usina nuclear até a sinalização de uma superfície escorregadia.

A *gestão de risco* envolve cálculos e pesquisas que determinam quais são os melhores procedimentos a serem adotados para a consecução do resultado eficiente. Nenhuma empresa toma decisões por filantropia, o fim almejado no desempenho de suas atividades é sempre a maximização de seu valor de mercado, mesmo que em longo prazo, criando o lucro. Quando uma empresa se engaja em causas sociais ou adota procedimentos ambientalmente sustentáveis, fá-lo com o objetivo de promover sua imagem, seja para consumidores, empregados, veículos midiáticos ou no mundo corporativo. Caso uma empresa desejasse o bem-estar social da população, essa alteraria seu objeto social e passaria a ser uma organização não governamental, o que na prática, evidentemente, não se verifica. Tendo em vista que todas as decisões de uma empresa têm por fim maximizar seu valor de mercado, o mesmo se verifica nas relações com o consumidor. Então, não é surpresa que os direitos do consumidor sejam propositalmente violados quando os *custos de transação* com a reparação buscada por esses clientes, seja judicial ou administrativamente, for inferior ao lucro obtido com a prática ilícita.

Imagine-se um consumidor que tenha um de seus direitos flagrantemente violado pela empresa com a qual efetuou o negócio jurídico. É possível que ele não busque a reparação do dano, por diversos fatores, tais como (a) o baixo valor pecuniário do direito violado, (b) o alto custo de oportunidade da atividade, (c) o alto custo de transação envolvido, (d) o desconhecimento que tal prática abusiva constitua violação legal e (e) o desconhecimento dos meios de resolução. Vencidos esses obstáculos, o consumidor estaria diante de um sistema multiportas para tentar a reparação, consistindo em submeter tal questão (a) aos canais internos da própria empresa, (b) ao Procon de sua localidade ou (c) ao Poder Judiciário. Diante do sistema de soluções multiportas, os óbices apresentados anteriormente se manifestam nas seguintes circunstâncias: embora o desconhecimento da violação esteja descartado, o valor pecuniário do direito violado, o custo de oportunidade, o custo de transação e o conhecimento dos meios de resolução determinarão qual dessas alternativas o consumidor estará disposto a buscar para a reparação (corporativo, administrativo ou judicial).

As paixões do indivíduo também influenciam no processo de tomada de decisão da reparação do direito violado. Por exemplo, o sujeito pode fazer a opção de não tomar medida alguma para remediar a situação, mesmo que pudessem ser superados os *custos de transação*, de modo a preservar o seu bem-estar psicológico. Do mesmo modo, mas em oposta direção, é o que ocorre quando o indivíduo enfrenta um ou mais óbices do rol acima apresentado e mesmo assim decide por perseguir a reparação, de modo a prevenir que sejam praticados novos atos ilícitos, seja por sentimento de dever social ou simplesmente por revanchismo. É o que se chama de *comportamento irracional*⁶³.

O problema a ser analisado consiste nos casos em que uma pessoa, física ou jurídica, faz a opção deliberada por praticar atos ilícitos idênticos contra diversos indivíduos, esperando que os proventos da prática ilegal sejam superiores à quantia despendida com os sujeitos que buscarão a reparação, seja no âmbito administrativo ou judicial.

⁶³ PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. *The Law and Economics of Irrational Behavior*. California: Stanford University Press, 2005.

Imagine-se agora que uma empresa faça uma *gestão de risco* do relacionamento com o consumidor, estabelecendo procedimentos de modo a solucionar as suas reclamações, tendo em vista que, caso fossem judicializadas, certamente resultariam em prejuízo. Assim, seriam aprimorados os canais de atendimento, o tempo de resposta, e a solução mais adequada para o caso concreto. Assim como a opção conciliação no caso concreto tendo em vista os *custos de transação* para a empresa, não há críticas a serem feitas a esse modelo de gestão, pois, aliás, tende a prevenir o conflito.

De modo a ilustrar o tema, toma-se como exemplo uma passagem do filme *Clube da Luta*⁶⁴, lançado em 1999, obra de ficção fruto do roteiro adaptado de um romance homônimo que retrata um clube de luta criado por uma dupla de cidadãos comuns insatisfeitos com seus cotidianos. O coprotagonista, até então inominado, representado pelo ator Edward Norton, está a bordo de um avião, conversando com a passageira ao lado sobre uma experiência profissional que teve na empresa em que trabalha:

PERSONAGEM: Ao longo do tempo, a taxa de sobrevivência de todo mundo cai para zero. Eu era Coordenador de Recalls. Meu trabalho era aplicar a fórmula. Um carro novo construído pela minha empresa sai da pista a 90 km/h. O diferencial traseiro trava. O carro bate e incinera todos que estão dentro. Então, devemos dar início a um recall? Some os carros no mercado, A. Multiplique pela taxa provável de quebras, B. Multiplique o resultado pela média dos acordos extrajudiciais, C. A vezes B vezes C é igual a X. Se X for menor que o custo da devolução, não fazemos o recall.

PASSAGEIRA: Há muitos desses acidentes?

PERSONAGEM: Você nem acreditaria.

PASSAGEIRA: Para que companhia você trabalha?

PERSONAGEM: Uma das grandes.

No trecho, o personagem inominado relata por que se dá início a um processo de recall na companhia automobilística para a qual trabalha. Em vez da motivação pela transparência na gestão empresarial e pela primazia da segurança dos consumidores, é revelado que a razão que determinava um recall na sua empresa seria um cálculo puramente financeiro e de poucas variáveis. Nesse caso, multiplicar-se-ia o total de veículos defeituosos em circulação, “A”; a taxa de probabilidade de evento danoso, “B”; e a média pecuniária dos acordos extrajudiciais referentes ao caso, “C”. “X” seria o resultado da

⁶⁴ CLUBE DA LUTA (*Fight Club*). Direção: David Fincher. Century City: 20th Century Fox, 1999 (139 min.).

multiplicação dessas três variáveis, representando a estimativa do custo total dos acordos extrajudiciais em caso de negligência. Embora o personagem não atribua uma identificação à variável referente ao custo total do recall, chamá-lo-emos de “Y”. Essa seria a fórmula:

R = custo de *recall* coletivo

A = veículos defeituosos

B = probabilidade de um evento danoso

C = custo médio de um acordo

$$X = A \cdot B \cdot C$$

se $X > R$, o *recall* seria realizado

Assim, “A” multiplicado por “B” e por “C” é igual a “X”, que seria o estimado custo de negligência; enquanto que “Y” seria o custo do reparo. Então, pela fórmula acima descrita, se “X” fosse menor que “Y” o recall não seria feito, pois em tese seria menos custoso enfrentar as consequências da negligência do que corrigir o problema. Contudo, se “X” fosse maior ou igual a “Y”, então se realizaria o *recall*. Aqui não há relevância em analisar qual seria a conclusão caso os dois lados da equação tivessem o mesmo resultado, seja pela dificuldade técnica em se alcançar um cálculo tão preciso ou porque o custo da realização do *recall* seria o mesmo que as consequências de não fazê-lo.

Evidentemente, o trecho do filme aqui apresentado é apenas uma ilustração. Há outras variáveis essenciais que foram desconsideradas para o cálculo de negligência do *recall*. A principal delas são os danos para a imagem da marca ao não reparar o defeito de fabricação, certamente reduzindo suas vendas para o futuro e pondo seus produtos em descrédito - custo de transação a ser adicionado a “X”. Além disso, o *recall* poderia ser determinado judicialmente, fazendo com que a fórmula fosse impossível, pois o resultado independeria da vontade da empresa.

Embora o custo de negligência de um *recall* para a imagem de uma marca seja alto, o custo de sua realização também o é, mas em menor proporção. Imagine-se que o custo de determinado recall fosse extremamente elevado (“Y”); que a taxa de probabilidade do evento danoso fosse extremamente baixa (“B”); e que o valor pecuniário médio dos acordos extrajudiciais fosse alto (“C”). Nesse caso, desconsiderando valores éticos e normas jurídicas, estar-se-ia diante de um dilema: a segurança ou o risco (lembrando que esse risco seria um evento positivo). *Alea jacta est*. Caso se fizesse a opção pela negligência, seria possível que, em decorrência de acordos extrajudiciais bem sucedidos, o caso não fosse

submetido ao Poder Judiciário e nem tomasse notoriedade pública. Contudo, mesmo adotando uma visão utilitarista, seria compreensível a realização do *recall* nessa situação, de forma a garantir a segurança jurídica da empresa em longo prazo.

A fórmula apresentada em *Clube da Luta* é inspirada no *cálculo de negligência*, fórmula cunhada pelo magistrado norte-americano Learned Hand, sendo também conhecido por fórmula de Hand, em homenagem a seu mentor intelectual. O cálculo foi descrito pela primeira vez em 1947 no julgamento de *United States v. Carroll Towing Co.*, caso em que se julgou a responsabilidade civil do proprietário do rebocador *Carroll* por atracar displicentemente uma terceira embarcação no píer, que acabou por desprender-se e chocar-se contra outra embarcação, causando um rompimento de sua estrutura que a levou a afundar após muitas horas. A discussão em questão era decidir se o proprietário da embarcação afundada, o governo dos Estados Unidos, deveria ter mantido um tripulante a bordo que, mesmo se não pudesse evitar o choque, poderia ter impedido que a embarcação afundasse. Caso assim fosse considerado, a responsabilidade entre o proprietário do rebocador *Carroll* e o governo dos Estados Unidos seria compartilhada ou até mesmo ficaria totalmente a cargo do último. Na ausência de um precedente aplicável ou de uma regulamentação específica, o juiz Learned Hand lançou mão do *calculus of negligence*, fórmula concebida com o escopo de avaliar até que ponto seria possível exigir uma precaução por parte de um sujeito de modo a mitigar a probabilidade de um evento danoso.

Comparar-se-á então as variáveis da fórmula de *recall* em *Clube da Luta* com aquelas do *cálculo de negligência* de Hand, bem como suas respectivas equações, de modo a verificar suas semelhanças e diferenças:

19 - Comparação da fórmula de *recall* em *Clube da Luta* com o *cálculo de negligência* de Learned Hand

	Clube da Luta	Fórmula de Hand
Custo da precaução	custo de <i>recall</i> ("R")	B
Probabilidade do evento	A . B	P
Gravidade do dano	C	L

se $R < B \cdot (A \cdot C)$, *recall* seria realizado

se $B < P \cdot L$, a precaução deveria ter sido adotada

Percebe-se que ambas as equações utilizam-se das mesmas variáveis, estando apenas representadas por letras diversas. Não há relevância em analisar qual seria a conclusão caso os dois lados da equação tivessem o mesmo resultado, seja pela dificuldade técnica em se alcançar um cálculo tão preciso ou porque o custo da precaução seria o mesmo que as consequências de não realizá-la. A única diferença teórica entre as duas equações consiste na probabilidade do evento, que na fórmula de *recall* em *Clube da Luta* é mensurada individualmente (“B”), devendo então ser multiplicada pela quantidade de veículos em circulação (“A”). Também seria possível excluir a variável “A” e considerar o custo de *recall* por unidade em vez de coletivamente, o resultado econômico seria o mesmo, pois a redução seria proporcional nos dois lados da equação. Contudo, a representação do custo por unidade individual de *recall* causa maior comoção, visto que aparentemente consiste num valor ínfimo a ser gasto para preservar a vida de muitas pessoas, demonstrando a sordidez da companhia. Apesar da semelhança nas equações, a fórmula de *recall* em *Clube da Luta* difere muito do *cálculo de negligência* de Hand, não em termos econômicos, mas jurídicos e éticos.

Especula-se que a cena do filme seja inspirada no famigerado caso do automóvel Ford Pinto, compacto fabricado nos Estados Unidos de 1971 a 1980. O modelo era dotado de graves falhas estruturais que facilitariam a perfuração do tanque de combustível em caso de colisão traseira no automóvel, fazendo com que o combustível vazasse e expusesse os passageiros do veículo ao risco de incêndio. Até hoje é esperado que se identifiquem defeitos de fabricação em veículos automotores, sendo consequência natural da produção automobilística em larga escala e da impossibilidade de testar todas as situações possíveis às quais o produto será submetido. A peculiaridade do caso Ford Pinto consiste no fato de que, apesar conhecimento por parte da *Ford Motor Company* de que a estrutura do modelo oferecia risco aos passageiros, a empresa concluiu que seria mais caro realizar um *recall* do que arcar com as consequências de sua negligência.

Em 1972, houve um acidente automobilístico no Estado da Califórnia em que um Ford Galaxy colidiu na traseira de um Ford Pinto, levando esse veículo a incendiar. Carmen Gray, que dirigia o modelo Ford Pinto 1971/1972, morreu dias após o ocorrido, enquanto que o passageiro Richard Grimshaw, na época com 13 anos, ficou com sequelas permanentes e teve que passar por diversas cirurgias. Richard Grimshaw e o espólio de Carmen Gray buscaram reparação judicial, originando o caso *Grimshaw v. Ford Motor Company*. O resultado foi a condenação da companhia em US\$ 2.500.000,00 por danos compensatórios e em US\$ 3.000.000,00 por danos punitivos, sendo que essa última quantia se deve exclusivamente ao fato de a empresa ter o conhecimento do defeito e do risco que ele poderia trazer ao consumidor, sem, contudo, tomar quaisquer providências para reparar a falha.

Em 1974, o órgão responsável pela análise de segurança de automóveis, o National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA), considerou que não havia motivo para determinar um *recall* do Ford Pinto. Apesar de até então terem sido atribuídas 27 mortes ao defeito em questão, o automóvel atendia ao o padrão aceitável de vazamento de combustível em caso de colisão traseira na velocidade de 30 milhas/h (48 km/h).

Em 1977, a revista *Mother Jones* publicou um artigo intitulado *Pinto Madness*, de autoria de Mark Dowie, retratando a periculosidade do Ford Pinto. No texto, o autor acusou a *Ford Motor Company* de deliberadamente recusar-se a realizar um *recall* do modelo por motivo exclusivamente econômico, apesar de conhecer o risco de incêndio em caso de colisão traseira, sendo mais barato enfrentar as consequências da negligência. Comprovando as alegações, foi apresentado um documento que ficou conhecido como *Ford Pinto Memo*, intitulado *Fatalities Associated with Roll-Over-Induced Fuel Leakage and Fires*, datado de 1973, o qual tratava da análise custo-benefício feita pela companhia sobre um possível *recall* de veículos suscetíveis a vazamento de combustível em caso de acidente, concluindo que os US\$ 11,00 necessários para solucionar a fragilidade de cada unidade que se esperava ser vendida, ao todo 12,5 milhões de veículos, seriam mais custosos que o valor total dos acordos a serem firmados por ocasião de mortes ou ferimentos decorrentes do incêndio provocado pela falha. Nota-se claramente a semelhança com a fórmula de *recall* de *Clube da Luta*, estando presente as mesmas variáveis - de um lado da equação o custo total

de *recall*; de outro, a probabilidade do evento danoso para os próximos anos e o valor pecuniário médio dos acordos extrajudiciais a serem firmados.

Embora o posicionamento adotado pela companhia de não corrigir o problema, a repercussão do artigo *Pinto Madness* levou a *National Highway Traffic Safety Administration* (NHTSA) a realizar novos testes com o *Ford Pinto* em 1978. A conclusão foi que o *recall* era realmente devido, em decorrência de o modelo não atender ao novo padrão mínimo de segurança em caso de colisão traseira. Apesar de não haver caráter coercitivo, a *Ford Motor Company* acatou a conclusão da NHTSA e anunciou em 10 de junho de 1978 que realizaria voluntariamente o *recall* das unidades fabricadas entre 1971 e 1976, pois após esse ano o defeito de fabricação no modelo foi corrigido. Ao todo, 1,5 milhões de veículos Ford Pinto foram habilitados para o *recall*⁶⁵.

No caso Ford Pinto estavam em jogo muitas vidas que poderiam ser salvas por um *recall*. O direito à vida não pode ser relativizado a menos que haja um outro direito que *in casu* se sobreponha em parte contra ele, o que certamente não era o caso de um *recall* de US\$ 11 dólares por veículo.

Já o *cálculo de negligência* de Hand foi apresentado em um julgamento de responsabilidade civil para averiguar a violação de um *dever de cuidado* numa relação comercial. Nesse caso, não havia direitos fundamentais envolvidos que se sobreponham ao contrato estabelecido entre as partes, a lide se limitava a termos estritamente financeiros.

Então se apresentam dois extremos - de um lado está o Direito Comercial, em que a fórmula de Hand parece poder ser aplicada incondicionalmente, e de outro o Direito Constitucional, que garante o direito à vida como direito fundamental, dificultando a aplicação da fórmula em casos que a vida ou a integridade física do indivíduo possam ser afetadas.

No caso Ford Pinto, um *recall* que poderia evitar muitos ferimentos e mortes por acidentes relacionados ao defeito de fabricação não foi efetivado devido ao custo superior que teria em relação aos acordos extrajudiciais a serem firmados com as futuras vítimas. Assume-se nesta pesquisa que tal posicionamento é ilegal porque viola o

⁶⁵ NEW YORK TIMES. *Ford orders recall of 1.5 million Pintos for safety changes: inquiry begun last fall*. R. Stuart (autor). New York, 10 de junho de 1978.

direito à vida e à integridade física, direitos que só podem ser relativizados por outros que sejam merecedores de maior tutela *in casu*.

No caso do *recall*, os afetados diretos seriam os consumidores que compraram o automóvel de determinada companhia, mas a mesma fórmula poderia ser aplicada a quaisquer atos ilícitos praticados por uma pessoa física ou jurídica de modo proposital e sistemático, de modo que tragam algum retorno financeiro direto ou indireto.

Conforme demonstrado, é possível que uma empresa, desprezando princípios éticos e o ordenamento jurídico, cometa atos ilegais de forma planejada e proposital, tendo em vista uma vantagem econômica. Para a prática ser lucrativa, basta que o número de indivíduos afetados que procurem a tutela judicial seja baixo e que os *custos de transação* empreendidos nesses processos e nos eventuais acordos sejam inferiores aos rendimentos obtidos com o ato ilícito. Pode-se expressar as variáveis pela seguinte fórmula:

A = número de consumidores afetados
 B = rendimento médio com o ato ilícito
 C = número de ações judiciais propostas
 D = custo médio de uma ação judicial

Se $A \cdot B > C \cdot D$, a prática ilegal é lucrativa

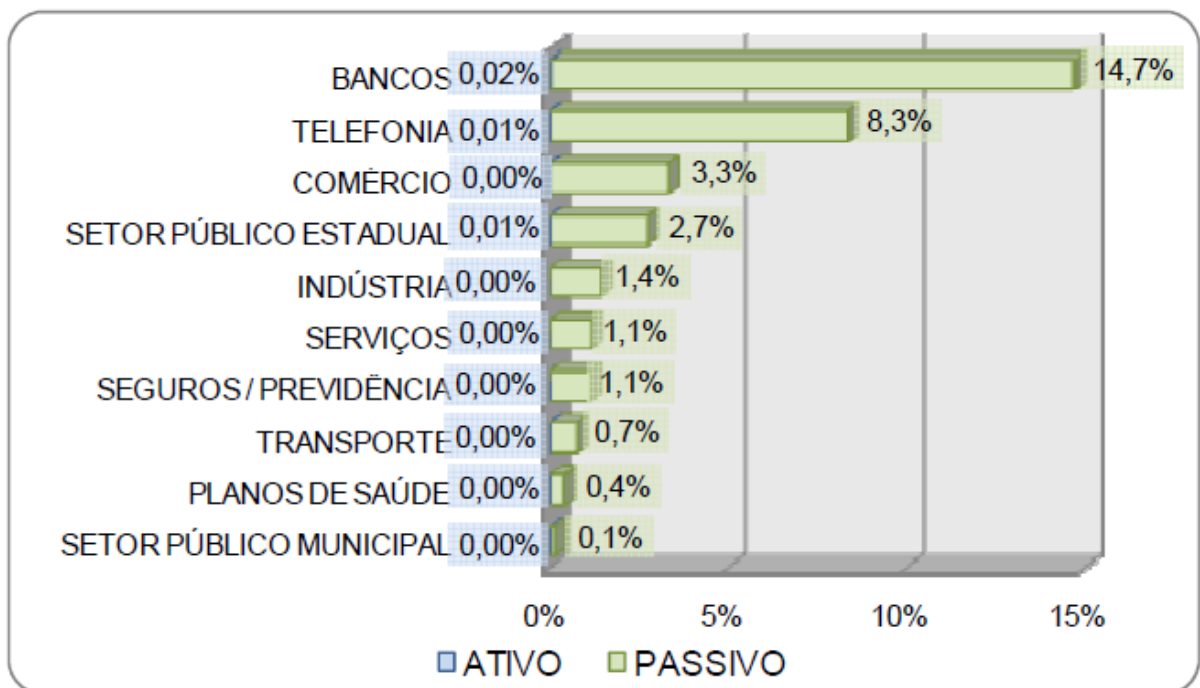
Não basta condenar em ações individuais um litigante que pratique propositalmente atos ilícitos, pois ainda assim a companhia poderia obter lucro. A imposição de *punitive damages*⁶⁶ é necessária para impedir novas ocorrências ilegais, seja no mesmo caso ou em qualquer outro. É preciso ainda considerar o prejuízo difuso de tais práticas para o Acesso à Justiça. Com tais atos ilícitos, a empresa não está apenas prejudicando seus consumidores, mas também está fazendo com que sejam gastos recursos públicos para a tramitação das ações propostas, além de acentuar a morosidade para todos os demais processos.

No Brasil, verifica-se que os 11 maiores litigantes dos Juizados Especiais Cíveis estaduais em todo o país são bancos ou companhias telefônicas, empresas que

⁶⁶ BELLI, Marcel Damato. *Uma análise da compatibilidade do instituto dos punitive damages da common law no ordenamento brasileiro à luz do Direito do Consumidor*. Bacharelado em Direito da UFSC. Florianópolis, 2011, p. 77.

constam no polo passivo de 15,56% do total de ações⁶⁷. Além disso, as empresas do setor de telefonia figuram no polo passivo de 8,3% de todas as ações propostas nos Juizados Especiais Cíveis estaduais, enquanto que os bancos respondem por 14,7% do total⁶⁸. Somados os setores, constata-se que alguma empresa telefônica ou bancária consta no polo passivo de 23%, ou seja, mais de uma em cada cinco ações propostas:

20 - Percentual de processos dos 10 maiores setores referentes aos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual subdivididos em polo passivo e ativo nos Juizados Especiais em relação ao total de processos ingressados no período⁶⁹



Fonte: CNJ/2012

Aproveitando-se da ausência de custas judiciais e honorários de sucumbência, os litigantes repetitivos são os grandes beneficiários dos Juizados Especiais. Nessa jurisdição, os litigantes habituais podem explorar a vulnerabilidade processual dos litigantes eventuais, seja ao deliberadamente violar seus direitos ou na realização de atos processuais prolixos e protelatórios, situação que se verifica sobretudo nas relações de

⁶⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 100 maiores litigantes. Brasília: CNJ, 2012, p. 10.

⁶⁸ *Ibidem*, p.11.

⁶⁹ *Ibidem*.

consumo, o que se observa pela alto grau de demandas contra companhias telefônicas e instituições financeiras. Os Juizados Especiais, que deveriam remediar a hipossuficiência do consumidor nas relações de consumo e coibir o comportamento ilícito das empresas, acabam reproduzindo no âmbito judicial a mesma relação nociva presente no cotidiano dessas partes, materialmente desiguais tanto no aspecto financeiro como na possibilidade de busca da tutela jurídica.

CONCLUSÃO

Todo ordenamento jurídico se estabelece em torno da orientação de Justiça que emana das pessoas, normas e instituições sociais das quais mantém relação, sendo que, ao mesmo tempo em que se perpetua, com a mesma certeza se modifica. A Justiça se apresenta como se fosse o astro que estivesse no centro de um sistema solar, dependendo o ordenamento jurídico, tal como se fosse um planeta, da contínua energia dele emanada e de sua expectativa de conservação para o futuro. Tal como o Sol, não é possível vislumbrar a Justiça diretamente, pois a intensidade de seus raios é demasiadamente ofuscante para a observação a olho nu. Entretanto, pode-se vislumbrá-la através de filtros, sendo um desses a Economia.

Mais que uma completa inovação, a AED representa uma aproximação do diálogo entre Direito e Economia que antes estava restrito a poucas áreas da ciência jurídica. O desenvolvimento de pesquisas relacionadas ao movimento a partir dos anos 70 levou à percepção de que a utilização do instrumental econômico poderia ser aplicada às mais diversas áreas do Direito, constatação que despertou a atenção não somente de juristas estadunidenses, mas também de operadores jurídicos de outros países que contribuíram para a internacionalização do movimento. Nesse sentido, a relação entre a ciência jurídica e a ciência econômica que antes da década de 60 estava limitada ao Direito de Concorrência e, em menor grau, ao Direito Tributário e ao Direito Econômico, passou a considerar como campos de estudo possíveis disciplinas como o Direito das Coisas, o Direito de Família, o Direito Penal, o Direito Processual, o Direito Ambiental, a Responsabilidade Civil, entre outros.

O diálogo entre Direito e Economia varia conforme a corrente teórica da Análise Econômica do Direito, mas pode considerar-se que todas elas envolvem a alocação eficiente de recursos. Apesar das diversas correntes interpretativas, todas elas fazem parte do mesmo movimento. A diferença entre essas escolas de pensamento consiste no modo de aplicação dos princípios econômicos ao estudo do Direito, sobretudo levando em consideração o conceito de eficiência adotado por cada teoria, que pode ser entendido da otimização da riqueza à maximização da felicidade.

Considerando que o objetivo de toda norma jurídica seja estimular ou reprimir dado comportamento, é preciso avaliar se o seu texto e a sua aplicação se coadunam ao fim pretendido. Assim, pela ausência de um critério de aferição de resultado por parte da ciência jurídica, a AED surge como um instrumento auxiliar do intérprete do Direito, seja ele legislador ou magistrado, de forma que cada um no seu âmbito de atuação tenha à disposição um critério racional para a tomada de decisão. Nesse sentido, todas as escolas de pensamento da Análise Econômica do Direito se baseiam pela eficiência na alocação de recursos, levando em consideração a influência recíproca entre Direito e Economia e o papel dos fatores e agentes econômicos nas instituições jurídicas.

Uma crítica constantemente oposta à aplicação da Análise Econômica do Direito, sobretudo quando se trata de direito de propriedade, é a submissão da ordem jurídica, que nos países da *Civil Law* se encontra predominantemente alicerçada sob as codificações, ao mando do mercado, estabelecendo um estado de insegurança jurídica no qual as concepções clássicas de direito de propriedade e de responsabilidade civil poderiam ser ignorados caso houvesse um agente econômico que pudesse maximizar os lucros caso os recursos fossem empregados de outro modo além da reparação, em detrimento do direito do proprietário originário ou do indivíduo que sofreu o ilícito, ressalvado o direito de indenização. A crítica é pertinente, mas está em sua maior parte superada por dois motivos. O primeiro consiste na constatação de que a maximização incondicional da riqueza já não é mais o corolário da AED. O segundo motivo para a superação dessa crítica consiste no fato que a relação entre Direito e Economia transcendeu a muito tempo o Direito de Propriedade, a Responsabilidade Civil e o Direito de Concorrência. A aplicação adequada da Análise Econômica do Direito não tem como finalidade subjugar o Direito aos ditames individualistas do mercado. Pelo contrário, é o Ordenamento Jurídico Brasileiro atual que está sedimentado numa base essencialmente individualista, podendo os critérios objetivos e racionais da ciência econômica serem aplicados em prol da defesa dos direitos individuais e coletivos, com vastas possibilidades de ganho social, na medida em que se passariam a inibir comportamentos socialmente ineficientes.

Contudo, corrobora-se a crítica no sentido de que o conceito universal de Justiça não deve ser definido por uma teoria econômica, visto que o alcance do conceito transcende seu âmbito. Sob a ótica econômica, pode-se considerar que injusto é o

desperdício e que justo é a alocação de recursos em conformidade ao critério de eficiência estabelecido. Qualquer tentativa de estender esse conceito em seu conteúdo literal às demais ciências sociais é imprópria se não forem considerados os fundamentos teóricos de suas disciplinas. Não compete à Análise Econômica do Direito estabelecer um conceito terminativo de Justiça, seja pela inadequação da tarefa com os seus objetos de estudo ou mesmo pela impossibilidade metodológica de realizá-la. A subordinação do Direito a um conceito econômico de Justiça é inadequada, a não ser em caráter complementar. A Análise Econômica do Direito tem o propósito de apresentar critérios racionais para a interpretação realizada pelo operador jurídico, não objetivando o esvaziamento da ciência jurídica.

Sendo criticada a utilização da Análise Econômica do Direito como critério auxiliar para a interpretação do operador jurídico, sua aplicação é menos controversa quando se trata de assegurar eficiência na gestão pública. O emprego da receita pública precisa ser realizado racionalmente, tomando por consideração a alocação eficiente de recursos. Uma vez estabelecida uma determinada orientação política a ser seguida, a Análise Econômica do Direito serve para garantir que os recursos disponíveis sejam alocados da melhor maneira possível. Não se trata de interferir nas diretrizes traçadas pelos Três Poderes que tange ao Acesso à Justiça, mas de evitar o desperdício de recursos na sua concretização. Caso contrário, menos sujeitos terão condições de buscar a solução de controvérsias perante os órgãos administrativos e jurisdicionais do sistema de Justiça, ou então a tutela desses será prestada de forma inadequada, estando configurada, em ambos os casos, a injustiça - entendida nesta pesquisa como a ineficiência na aplicação e gestão da receita pública para a tutela de direitos.

Pode-se afirmar que todas as correntes teóricas da Análise Econômica do Direito prezam pela racionalização da ciência jurídica, contudo, cada qual a sua maneira. A Economia não imprime ao Direito uma nova conceituação de seus institutos, tão pouco se pretende colocá-lo sob as rédeas do mercado. Há orientações teóricas no âmbito da Análise Econômica do Direito que comportam perfeitamente a supremacia do bem-estar social sobre a acumulação individual de capital, como é o caso do Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES).

O equilíbrio entre Direito e Economia além de necessário pode proporcionar o resultado mais eficaz para ambos os lados. Por exemplo, a distribuição

critérioria da riqueza pode fazer com que os indivíduos produzam capitais e tenham ascensão em seu padrão de vida, fazendo com que o Estado não precise atuar tão incisivamente com políticas assistenciais. Assim, pela visão jurídica estaria sendo cumprida a função social da propriedade e a efetivação de direitos individuais e sociais, enquanto que pela ótica econômica, em médio e longo prazo, essa poderia ser a escolha eficiente, em virtude da produção de capital pelos sujeitos beneficiados e da redução de gastos públicos.

Desse modo, é possível mensurar a eficiência do Acesso à Justiça pela avaliação da quantidade e da alocação dos recursos empregados no sistema de Justiça, no sentido de garantir o acesso do maior número possível de sujeitos aos meios de resolução de conflitos, priorizando aqueles que se encontram em situação de hipossuficiência. Do mesmo modo, pode-se verificar a qualidade do funcionamento dos órgãos atinentes ao sistema de Justiça pelo estudo de seus indicadores estatísticos. Em ambos os casos, verificada a ineficiência, deve-se partir para sua correção imediata, tendo em vista a natureza jurídica de Direito Humano do Acesso à Justiça. Independentemente da classificação dos direitos, a garantia de cada um deles depende de uma política pública de Acesso à Justiça que forneça os meios adequados e as condições necessárias para sua efetivação.

A Lei n. 1.060/50 teve grande importância para o Acesso à Justiça no Brasil, garantindo a assistência judiciária gratuita e a isenção de custas judiciais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Contudo, pode-se considerar que a grande revolução no estudo do Acesso à justiça no Brasil se deu a partir de da década de 80. A democratização nacional e o advento da Constituição de 1988 criaram ambiente propício à discussão de novos direitos, notadamente de natureza transindividual, assim como sobre as garantias de sua efetivação.

Certamente a legislação recente de maior impacto foi a Lei n. 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais. Entre as previsões mais relevantes estão a repaginação do procedimento sumaríssimo, que simplificou e conferiu maior agilidade aos atos processuais, a ausência de custas ou honorários de sucumbência e a capacidade postulatória pelo próprio interessado. De modo geral, o diploma normativo contribuiu para o avanço do Acesso à Justiça no Brasil. Contudo, a sua aplicação não vem se mostrando eficiente para a efetivação de direitos. O problema está no desacompanhamento da Lei 9.099/95 por outros diplomas legais e políticas públicas que garantam a efetivação (a) do amplo acesso aos

Juizados Especiais, (b) da agilidade na tramitação e julgamento das ações e (c) da isonomia entre litigantes.

Os *custos de transação* englobam toda e qualquer forma de custos envolvidos em um determinado processo de troca econômica. Do mesmo modo que uma empresa arca com os custos de transação para a concretização de uma negociação, o sujeito assume o ônus de diversos custos de transação envolvidos para a tutela de seus direitos. Nesse caso, agindo racionalmente, o indivíduo somente submeterá sua demanda ao sistema de Justiça caso a expectativa de satisfação de seus interesses seja maior do que os custos de transação a serem arcados durante esse processo.

Mesmo um sujeito provido de uma condição financeira favorável encontra empecilhos para o Acesso à Justiça. Nesse caso, possivelmente o maior obstáculo a ser enfrentado seja o tempo - problema esse que não se resume à morosidade judiciária. O custo do tempo se contabiliza desde os preparativos da ação e seguem até a satisfação da execução, se for o caso de uma ação condenatória.

A morosidade também pode levar o sujeito a decidir por poupar o tempo que empregaria com preparativos da ação e atos processuais, utilizando-o em benefício próprio para outras atividades, por exemplo, para o lazer ou para o trabalho. Além disso, os custos financeiros diretos e indiretos relacionados à ação judicial somados à morosidade processual podem resultar numa situação de emprego ineficiente de recursos. Ao optar por buscar a tutela de seus direitos, o sujeito arca com o *custo de oportunidade*, assim entendida a renúncia a outras opções de alocação dos recursos que serão empreendidos naquela atividade. Nesse caso, o dinheiro investido em prol de uma ação judicial poderia ser utilizado pelo indivíduo para outra destinação, de modo a maximizar a riqueza. Assim, seria possível haver atividades econômicas e opções de investimento nas quais o sujeito poderia obter um lucro maior do que aquele que conseguiria com uma decisão judicial a seu favor, inclusive com menor risco.

A educação é fator diretamente relacionado à judicialização dos conflitos. Enquanto a população mais instruída em geral não buscou a tutela jurídica por motivos de conveniência, a camada de menor escolaridade alegou causas que implicam em altos custos de transação, ou, até mesmo, o desconhecimento de que suas demandas poderiam ser apreciadas judicialmente e a falta de credibilidade do Poder Judiciário. As justificativas

alegadas pelos indivíduos que não buscaram a tutela judicial para a resolução de sua respectiva demanda correspondem de certo modo ao seu nível médio de escolaridade, o que reforça ainda mais a necessidade uma conscientização cidadã como pressuposto básico para o Acesso à Justiça.

Assim, pode-se inferir pelos dados estudados que a educação, além de ser o fator preponderante para condicionar o rendimento do indivíduo, tem caráter fundamental para a efetivação do Acesso à Justiça. Inclusive, a posição das justificativas alegadas pelos indivíduos sobre o porquê de não terem procurado o Poder Judiciário para o julgamento de suas demandas foi semelhante tanto na classificação pela ordem decrescente da média de escolaridade como pela ordenação da média de rendimentos dos entrevistados. Notou-se pelas análises realizadas que a gratuidade de custas judiciárias, de honorários de sucumbência, da representação judiciária e de outros custos financeiros diretos para a propositura de uma ação judicial são medidas relevantes para motivar o cidadão a buscar o Poder Judiciário, mas não bastam. É preciso diversificar e tornar efetivas as políticas públicas de Acesso à Justiça, de modo a amenizar os custos de transação não financeiros que hoje são arcados pelo sujeito que busca nos Juizados Especiais a tutela de seus direitos.

Conforme demonstrado, a morosidade não somente está presente nos Juizados Especiais como também é comparável à da justiça comum, sendo que se forem consideradas as possibilidades recursais e de produção de prova dessa alçada, a justiça comum poderia até mesmo tornar-se uma alternativa mais vantajosa. A morosidade, que no julgamento singular já é similar entre as duas alçadas, agrava-se na comparação dos Tribunais de Justiça com as Turmas de Recursos. Conclui-se que a diferença do tempo de julgamento de uma ação submetida a um Juizado Especial em Santa Catarina em relação ao primeiro grau da jurisdição convencional é desprezível a pequeno e médio prazo, fazendo com que se mostrem atraentes as possibilidades recursais e de produção probatória da jurisdição convencional. Partindo-se desse pressuposto, observa-se que na primeira instância fica evidente que não há celeridade nos Juizados Especiais, um de seus princípios orientadores ditados pela Lei n. 9.099/95.

Analisando a morosidade dos Juizados Especiais em Santa Catarina, observa-se que há uma política de prioridade da Justiça comum e, sobretudo, do Tribunal de Justiça em relação aos Juizados Especiais e Turmas de Recursos em Santa Catarina.

Primeiramente, o procedimento sumaríssimo em Santa Catarina conta com *taxas de congestionamento* superiores aos índices regional e nacional, na primeira e segunda instâncias, apresentando-se por vezes com taxas superiores às da Justiça comum. A razão dessa morosidade muito se deve ao fato de que quase todos os magistrados catarinenses responsáveis por uma vara do Juizado Especial cumulam também a pasta de outra vara da Justiça comum e, às vezes, também fazem parte de uma Turma de Recursos, sendo que a quantidade de processos por magistrado na primeira instância da Justiça comum catarinense é uma das mais altas no Brasil.

Outro obstáculo do Acesso à Justiça por meio dos Juizados Especiais é a desigualdade entre as partes. Os litigantes habituais têm diversas vantagens práticas sobre litigantes eventuais. Primeiramente, aqueles costumam dispor de maior capacidade financeira, o que permite a representação por profissionais mais qualificados e a preparação de provas mais contundentes, além de poderem arcar com custas judiciais sem grandes prejuízos. Do outro lado, o litigante eventual pode não se enquadrar nos critérios da gratuidade da justiça e ao mesmo tempo não dispor de recursos para custear um procurador sem prejuízo ao próprio sustento. Nesse caso, terá que propor a ação em próprio nome, embora desconhecendo a técnica jurídica e os procedimentos processuais, restando o destino do seu direito relegado à sorte. Não significa que na Justiça comum a mesma situação não ocorra, mas é nos Juizados Especiais que ela se potencializa e fica mais evidente.

A prática de violar propositalmente direitos do consumidor muitas vezes está institucionalizada nas empresas sob a égide da *gestão de risco*, que envolve cálculos e pesquisas que determinam quais são os melhores procedimentos a serem adotados para a consecução do resultado eficiente. Tendo em vista que todas as decisões de uma empresa têm por fim maximizar seu valor de mercado, o mesmo se verifica nas relações com o consumidor. Então, não é surpresa que os direitos do consumidor sejam propositalmente violados quando os custos de transação com a reparação buscada por esses clientes, seja judicial ou administrativamente, for inferior ao lucro obtido com a prática ilícita. Há diversos *custos de transação* envolvidos para a propositura, tramitação e execução de uma ação judicial, podendo desestimular o litigante eventual a buscar a tutela de seus direitos. Tendo conhecimento desse fato, o litigante habitual poderia deliberadamente violar direitos de

terceiros, contando com esses óbices para o Acesso à Justiça. Essa situação se mostra evidente nas relações de consumo. Um consumidor que tenha um de seus direitos flagrantemente violado pela empresa com a qual efetuou o negócio jurídico pode não buscar a reparação do dano, por diversos fatores, tais como (a) o baixo valor pecuniário do direito violado, (b) o alto custo de oportunidade da atividade, (c) o alto custo de transação envolvido, (d) o desconhecimento que tal prática abusiva constitua violação legal e (e) o desconhecimento dos meios de resolução. Com tais atos ilícitos, a empresa não está apenas prejudicando seus consumidores, mas também está fazendo com que sejam gastos recursos públicos para a tramitação das ações propostas, além de acentuar a morosidade para todos os demais processos.

Sem dúvida, os litigantes repetitivos são os grandes beneficiários dos Juizados Especiais, aproveitando-se da ausência de custas judiciais e honorários de sucumbência como incentivo para a prática de ilícitos, situação que se verifica sobretudo nas relações de consumo. Assim, os litigantes habituais exploram a vulnerabilidade processual dos litigantes eventuais, seja extrajudicialmente, ao deliberadamente violar direitos de outrem, ou judicialmente, na realização de atos processuais prolixos e protelatórios.

As políticas públicas e normas atinentes ao Acesso à Justiça são hoje pautadas pela gratuidade dos custos financeiros diretos que seriam arcados pelas partes com a propositura, tramitação e trânsito em julgado da ação judicial. Contudo, há vários gastos envolvidos na busca da tutela jurídica, inclusive não financeiros, sendo entendidos na sua globalidade como *custos de transação*. A Lei, desconsiderando os custos de transação para além de custas judiciais e honorários, pode estar incentivando a lesão aos interesses da parte hipossuficiente e, portanto, atribuindo a essa maiores riscos de perdas. Esse é um dos motivos pelo qual a concepção comum de Acesso à Justiça no Brasil é anacrônica, pois considera que o sujeito não procura o Poder Judiciário para a defesa dos seus direitos devido unicamente ao alto custo financeiro despendido com o processo, entendidos sobretudo pelos honorários advocatícios, custas processuais e honorários de sucumbência. Tão somente essa tríplice é atendida hoje pelo poder público. As diversas custas tangentes e indiretas à ação judicial são completamente ignoradas, cabendo ao sujeito arcar com a totalidade do seu ônus.

Além disso, somente a gratuidade dos custos financeiros não basta para a efetivação do Acesso à justiça, sobretudo por duas razões. A primeira delas é que essa política transfere ao indivíduo função de identificar por si próprio o seu direito e de conhecer os meios de acesso aos serviços de assistência judiciária. Essa concepção desconsidera fatores sociais que possam impedir o sujeito de procurar a devida tutela para o direito, sentindo-se ele intimidado tanto pelas barreiras geográficas como culturais que separam ricos e pobres na sociedade, que acabam por refletir no funcionamento do Poder Judiciário.

Mesmo que os Juizados Especiais tenham sido concebidos com boas intenções por meio da Lei n. 9.099/95, é preciso avaliar qual é seu panorama atual e se os seus objetivos estão sendo atendidos. Os seus princípios orientadores estão sendo cumpridos? A população conhece suas funções? Os custos envolvidos podem ser arcados pelos sujeitos hipossuficientes? Um litigante eventual desassistido tem condições de participar de uma relação processual? Há igualdade de armas entre partes materialmente desiguais? O processo é célere? Os magistrados reconhecem a sua importância? Há planejamento de ações específicas para o seu aprimoramento? A pacificação social e a resolução de conflitos têm prioridade sobre o cumprimento de metas de arquivamento processual? A esta altura, o posicionamento do autor frente a essas indagações é evidente. Há muitas possibilidades de pesquisa relacionadas aos Juizados Especiais, esta obra foi uma delas. Há muitas perguntas a serem respondidas e tantas outras a serem feitas. Espera-se que a presente pesquisa sirva como uma possibilidade de repensar as funções dos Juizados Especiais de modo que o procedimento sumaríssimo no futuro seja um instrumento eficiente para o Acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS

ABNT. *NBR 14.724:2011*. Rio de Janeiro, 2011.

ANNONI, Danielle. *O direito humano de Acesso à Justiça em um prazo razoável*. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Florianópolis, 2006.

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin*. 2011. Dissertação. Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BELLI, Marcel Damato. *Uma análise da compatibilidade do instituto dos punitive damages da common law no ordenamento brasileiro à luz do Direito do Consumidor*. Bacharelado em Direito da UFSC. Florianópolis, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CABRAL; Vanna Coelho. *Direito de Acesso à Justiça: conceituação, tutela normativa e obstáculos políticos de sua efetivação*. Dissertação (Mestrado). Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Fortaleza, 2005.

CALABRESI, Guido. *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*. Yale Law Journal, Vol. 70. New Haven: Yale Law School, 1961.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CLUBE DA LUTA (*Fight Club*). Direção: David Fincher. Century City: 20th Century Fox, 1999 (139 min.).

COASE, Ronald. *The Nature of the Firm*. *Economica*. Vol. 4. Oxford: Blackwell Publishing, novembro de 1937.

COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. *The Journal of Law and Economics*. Vol. 3. Charlottesville: University Of Virginia School of Law, outubro de 1960.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 100 maiores litigantes. Brasília: CNJ, 2012.

_____. *Justiça em números*. Brasília, 2012.

_____. *Metas nacionais do Poder Judiciário de 2009-2012*. Brasília, 2013.

_____. *Panorama do Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009*. Brasília, 2011.

DONADELLO, Daniel Franzotti. A (de)formação humanística como óbice de Acesso à Justiça. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Vitória, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GONÇALVES, Everton das Neves. *A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988*. (Dissertação). Mestrado em Direito. Florianópolis: UFSC, 1997.

_____; STELZER, Joana. *Eficiência e Direito: pecado ou virtude; uma incursão pela Análise Econômica do Direito*. Revista Jurídica, vol. 1, n. 28, de 2012. Curitiba: Unicuritiba, 2012.

_____. *O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito*. Berkeley: UC Berkeley Program in Law and Economics, 2007. Disponível em: <<http://www.escholarship.org/uc/item/39q6m55k>>. Acesso em: 24 de maio de 2013.

GUIMARÃES, Lucas N. de M. R. *Relações entre direito e economia no pensamento de Max Weber: Pequenas comparações com Rudolph Stammler e a Análise Econômica do Direito*. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza: CONPEDI, 2010.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

IBGE. *Características da vitimização e do Acesso à Justiça no Brasil*. Rio de Janeiro, 2010.

KENNEDY, Duncan. *Law and Economics from the perspective of Critical Legal Studies*. In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. EUA: Macmillan Reference Limited, 1998.

MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. 7ª ed. Londres: Longmans, Green And Co., 1879.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Relatório estatístico-analítico do sistema penitenciário no Brasil*. Brasília, junho de 2011.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *O Juiz veste Prada?* Disponível em: <<http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com.br/2009/01/o-juiz-veste-prada.html>>. Acesso em: 24 de maio de 2013.

_____; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NEW YORK TIMES. *Ford orders recall of 1.5 million Pintos for safety changes: inquiry begun last fall*. R. Stuart (autor). New York, 10 de junho de 1978.

PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. *The Law and Economics of Irrational Behavior*. California: Stanford University Press, 2005.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Curso de Law & Economics*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005.

PORTO, Júlia Pinto Ferreira. *Acesso à Justiça: Projeto Florença e Banco Mundial*. Dissertação (Mestrado). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2009.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1977.

STIGLER, George Joseph. *The Theory of Price*. 4ª ed. New York: McMillan Publishing Co, 1987.

TARTUCE SILVA, Fernanda. *Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil*. Tese (Doutorado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

UNGER, Roberto M. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

VASAK, Karel. *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights*. UNESCO Courier. Paris: UNESCO, novembro de 1977.

