

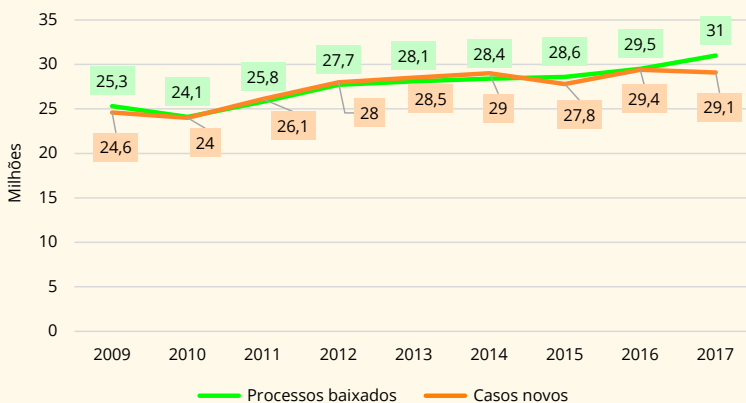
APRESENTAÇÃO

É fato notório que o judiciário brasileiro enfrenta sérios problemas com a quantidade de feitos a ele submetidos, de forma que não consegue atender aos seus jurisdicionados com a eficiência e celeridade previstas no texto constitucional, inseridas, respectivamente, em seu art. 37 e art. 5º, inciso LXXVIII.

Segundo o CNJ, no Relatório “Justiça em números”, somente no ano de 2013, tramitaram, no Judiciário Brasileiro, 95,14 milhões de processos, dos quais cerca de 70% já estavam pendentes desde o início de 2013. Isto é, em todos os ramos do Poder Judiciário, em 2013, foram ajuizadas 28,3 milhões de novas ações¹. O ano de 2014 iniciou com um estoque de 70,8 milhões de processos, sendo que

a tendência, segundo o CNJ, era de que o ano se encerrasse com um estoque ainda maior, de 71,2 milhões de processos, dos quais 28,9 milhões foram ajuizados somente no ano de 2014. Entre 2009 e 2014, o número de casos pendentes subiu de 59,1 milhões para 70,8 milhões, de forma que, a cada ano, o número de ações ajuizadas somente cresce, enquanto que a quantidade de processos baixados é inferior à quantidade de processos novos². Essa tendência sofreu uma modificação nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme abaixo, donde se percebe que a quantidade de processos baixados foi ligeiramente superior à quantidade de processos novos:

Figura 1. Gráfico com a quantidade de casos novos e processos baixados fornecidos pelo Relatório “Justiça em Números”, do Conselho Nacional de Justiça.

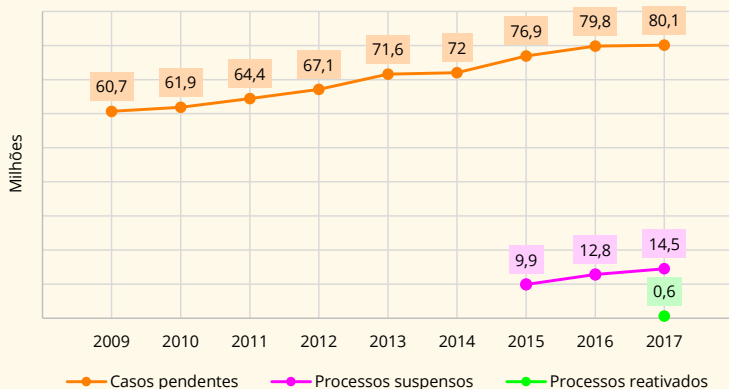


FONTE: Relatório Justiça em Números (2018).

Apesar dessa modificação (um maior número de processos baixados em relação aos casos novos), o mesmo Relatório Justiça em Números destaca que o número de casos pendentes continua com

um crescimento, sendo que em 2017 chegou-se a 80,1 milhões de casos pendentes, conforme se verifica abaixo:

Figura 2. Série histórica de casos pendentes, segundo o relatório justiça em números 2018.



FONTE: Relatório Justiça em Números (2018).

Essa imensa quantidade de processos submetidos ao Judiciário, que congestiona suas prateleiras, a doutrina brasileira alcunhou de “crise numérica do judiciário³” e caracteriza-se quando a resolução dos conflitos já postos perante o judiciário não se mostra mais célere que o surgimento de novas demandas, conforme constatações e dados acima. Portanto, a chamada “crise numérica do judiciário” pode ser definida pela verificação da incapacidade do Poder Judiciário brasileiro em lidar com a quantidade de processos que lhe são submetidos anualmente. Isto é, a cada ano, os processos acumulam-se, gerando um congestionamento⁴ que compromete a eficácia dos direitos substantivos, tornando a justiça cada vez mais lenta e ineficiente.

Neste livro, abordam-se as causas jurídicas, agentes envolvidos e possíveis soluções para essa crise numérica. A fim de situar o tema, todavia, é necessário realizar uma breve contextualização.

É de se vislumbrar que uma das causas dessa crise se dá por conta de o direito ao acesso à justiça, a partir da Constituição de 1988, ter se plasmado como direito fundamental e pétreo do cidadão, sendo o acesso ao judiciário concebido como o único meio legítimo para a solução de conflitos. Essa ideia pode ser explicada, em parte, pela observação do fenômeno da Constitucionalização dos direitos processuais.

Esse fenômeno de Constitucionalização das garantias processuais foi primeiro observado nas Constituições Pós-Guerra da Europa, especialmente dos países que passaram por regimes totalitários e que incluíram, em suas constituições, de forma exauriente, direitos e garantias fundamentais de cunho processual, inclusive o direito ao acesso à justiça⁵. Não foi à toa que os direitos processuais foram previstos no próprio texto Constitucional. A elevação desses direitos à categoria de fundamentais teve um claro e inequívoco motivo.

A grande finalidade da constitucionalização das garantias processuais foi a de se alcançar a justiça, que fora desviada pelo flagelo das garantias fundamentais realizado por potências fascistas, sobretudo na Itália e Alemanha, que utilizaram a fragilidade (e flexibilidade) do sistema processual como porta lateral para tanto. Apesar de alguns dos direitos humanos já estarem previstos nas próprias constituições de países como a Alemanha⁶ e Itália⁷, não havia respaldo para as garantias processuais. Nesses regimes totalitaristas, dadas as fragilidades do sistema processual, que era regulado por legislações

ordinárias facilmente modificáveis, o grupo dominante poderia, pela via processual, aumentar seu domínio ou suprimir os direitos do grupo dominado, de forma que muitos princípios tidos como fundamentais do processo não eram atendidos. Foi exatamente por esse motivo que a constitucionalização de direitos processuais ocorreu na Europa traumatizada pelas atrocidades desses regimes, fenômeno também observado por parte da doutrina que estudou mais especificamente o tema (JUNOY, 1997, p. 17).

Inicialmente, logo nos primeiros anos de pós-guerra, a Constituição Italiana de 27 de dezembro de 1947 previu, em seu art. 24⁸, o direito de acesso à Jurisdição. A Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, logo depois, previu, em seu art. 19.4, o direito de acesso à jurisdição⁹.

Logo após, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, firmada em 1950, previu diversos direitos, dentre os quais se destacam os direitos processuais inerentes ao acesso à justiça, especificamente no artigo 6^o¹⁰.

Na Espanha, a constitucionalização das garantias mínimas processuais não havia sido alcançada plenamente até a Carta Magna de 1978¹¹. Tais garantias também somente foram constitucionalizadas alguns anos depois em outros países do continente europeu, como se vislumbra na Constituição de Andorra de 1993¹², Constituição Alemã de 1993¹³ (que sofreu apenas pequenas modificações no dispositivo que prevê o acesso ao judiciário) e na Federação Russa, também de 1993¹⁴.

Muitos anos após, com o fim das ditaduras existentes nos países latino-americanos, já fora das fronteiras europeias, os direitos

processuais, sobretudo o de acesso à justiça, foram plenamente previstos na Constituição da Nicarágua de 1987¹⁵, Constituição Brasileira de 1988¹⁶, Constituição Colombiana de 1991¹⁷ e Constituição Argentina de 1995¹⁸ (JUNOY, 1997, p. 17). No caso da Constituição brasileira, já em 1946, previu-se o direito de acesso à justiça no art. 141, § 4º do texto constitucional; no entanto, tal garantia foi extirpada do ordenamento jurídico através do Ato Institucional nº 1, em 1964, que acabou com as garantias de juízes e também afastou da apreciação do judiciário a cassação de poderes políticos em “defesa da paz e da honra nacional”. Em 1969, o Ato Institucional nº 06, através do seu art. 4º, excluiu definitivamente da apreciação do poder judiciário praticamente qualquer violação a direito. Assim, apesar de termos esse direito garantido desde 1946, o acesso ao judiciário ficou excluído do ordenamento de 1964 até 1988.

Tendo sido nossa atual Constituição promulgada em 1988, como dito anteriormente, o reconhecimento da aplicabilidade direta da Constituição (inclusive princípios) e a sua prevalência sobre a lei ordinária operaram uma revolução copernicana no Direito Público. Parte da doutrina chega a afirmar que, se todo o direito infraconstitucional, inclusive processual, está diretamente informado pelos princípios fundamentais inseridos na Constituição, havendo, inclusive, a possibilidade de aplicação direta e imediata destes no processo, dever-se-ia reconhecer que todo o direito processual é, em alguma medida, constitucional (MIRANDA, 2011, p. 103). Isso, de certa forma, contribuiu para o entendimento de que o direito de acesso à justiça é absoluto e inafastável, o que mais adiante será veementemente contestado.

E, entre esses deveres de fazer do Estado, restou, esculpido no art. 5º, XXXV, seu dever de apreciar, através do Judiciário, qualquer lesão ou ameaça de lesão ao direito de seu cidadão.

Apesar de essas normas há tantos anos estarem previstas na Constituição, por muito tempo, percebeu-se que eram dotadas de pouca aplicabilidade, pois verificava-se que o acesso ao poder judiciário era restrito a apenas uma parcela da população (TENENBLAT, 2011, p. 34), ainda que estivesse expressamente esculpido na Carta Maior. No extenso Relatório de Florença, que discutia exatamente o acesso à justiça em quase todos os países do mundo, também restou averiguada essa constatação (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 4). Isto é, não bastava que o direito de acesso à justiça estivesse plasmado no texto constitucional; havia a necessidade de que ele se garantisse às pessoas que não tinham meios para acessar o judiciário (seja por barreiras de ordem econômica, seja por de ordem técnica) dispusessem de ferramentas para tanto.

Assim, foram desenvolvidas teorias doutrinárias (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 6-11), que influenciaram a introdução de dispositivos em leis ordinárias e nas Constituições, que facilitassem o acesso ao judiciário para pessoas que tradicionalmente não podiam acessá-lo (principalmente aquelas com escassez de recursos financeiros), a exemplo do que ocorreu nas Constituições Brasileiras de 1934, 1946 e de 1988. Nesta última, previu-se, em seu art. 5º, inciso LXXIV, a gratuidade de justiça. Também foram editadas leis¹⁹ que facilitam e, até mesmo, incentivam o litígio pelas partes que não estavam acostumadas a litigar, por ausência de condições econômicas, técnicas, ou porque havia um desestímulo em relação à eficácia das decisões judiciais.

O melhor exemplo para ilustrar essa constatação é a imensa quantidade de feitos submetidos aos juizados especiais após sua criação. Segundo o CNJ, só em 2013, mais de 6 milhões²⁰ de casos foram aforados nos juizados especiais, o que denota uma grande demanda por serviços judiciais em casos de menor complexidade e impacto financeiro.

Fica claro que o fenômeno da Constitucionalização dos direitos fundamentais ligados ao processo, especificamente o direito de acesso à Justiça, fez com que o Estado tomasse medidas, visando facilitar o acesso de todo e qualquer cidadão ao Poder Judiciário.

Essa noção de que o acesso à justiça é um direito fundamental e absoluto do cidadão, aliada a alguns incentivos à litigância verificados na nossa sociedade²¹, bem como ao desenvolvimento do sistema de produção e distribuição em série de bens, conduziu o Judiciário a uma insuficiência em atender ao número de processos a ele submetidos. Muitos deles reproduzem situações similares, com a tramitação de paralela de milhares de processos idênticos em objeto, demandas essas conhecidas como “demandas de massa” (CUNHA, 2010, p. 291-316).

O problema abordado nesta obra é exatamente esse: como identificar as causas e os agentes responsáveis pelo demandismo judiciário excessivo, que foi influenciado por uma leitura “ufanista e irrealista do acesso à justiça” (MANCUSO, 2001, p. 10-11), por via de consequência da crise numérica do judiciário.

Aqui, mostra-se um dos pontos nodais do livro: a diferenciação entre o direito de acesso à justiça e o direito de acesso ao judiciário. Adotando

a explicação de Tenenblat (2011), temos que acesso à justiça deve se referir ao objetivo de alcançar uma ordem de valores e direitos do ser humano, de maneira que permita o exercício pleno de uma estrutura jurídica harmoniosa e isonômica. Entende-se aqui, ao contrário do que foi defendido por parte da doutrina²², que acredita que essa ordem de valores somente pode ser atingida por meio da mediação judicial dos conflitos, que o judiciário deve, inclusive, prevenir e rechaçar demandas que tenham a manifesta intenção de gerar benefícios a comportamentos ilegais ou abusivos.

Com efeito, o Judiciário não é o único meio de resolução de conflitos; na verdade, deve ser considerado como o último meio (eis que é muito menos célere e econômico), tendo em vista a existência de diversas outras formas de resolução de conflitos. A pesquisa levou-nos a concordar que existe de fato uma “cultura demandista²³”, que prega que o padrão oficial para a resolução de conflitos seja a justiça oficial, ou seja, o poder judiciário.

Estabelecidas essas premissas e circunstâncias, uma primeira hipótese levantada (e constatada) é que o acesso à justiça, especialmente confundido com o acesso ao judiciário, não pode ser tido como um direito absoluto, sobremaneira quando é exercido com abuso, consoante mais adiante demonstrado.

Dessa forma, o estudo questiona se o acesso à justiça não implica necessariamente no acesso ao judiciário, sobretudo diante da possibilidade de resolução extrajudicial e administrativa dos conflitos comumente postos à sua tutela. De igual sorte, se podem ser melhor utilizados (e aprimorados) os mecanismos legais para limitar o abuso do acesso ao judiciário pelas partes consideradas como “litigantes

habituais” e “litigantes inconsequentes”, com o intuito de prevenir que demandas desnecessárias movimentem a máquina estatal.

Sendo assim, estabelecida a existência de uma crise numérica em relação aos feitos submetidos ao Judiciário, demonstra-se que o acesso ao judiciário não se confunde com o direito fundamental de acesso à justiça. Adiante, definiu-se as formas de abuso de direito no Direito Brasileiro, de modo que se pudesse caracterizar e definir se a conduta de determinado litigante se mostra abusiva ou não.

Dentre os litigantes habituais, no Brasil, tendo em vista o critério eminentemente numérico (número de encontros com o judiciário), que serve para categorizar esse tipo de litigante (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9), o Estado, segundo o CNJ²⁴, em todas as suas esferas e ramificações, é o maior litigante do judiciário brasileiro. Além de agir ilegalmente, de forma institucionalizada, as causas em que o Estado é parte, por terem matéria capaz de atingir milhares de cidadãos em situações semelhantes, tem o potencial de causar o chamado “efeito multiplicador” dessas demandas, gerando uma série de ações individuais idênticas a favor ou contra o Estado.

No tópico seguinte, identificou-se quais atores abusam do direito de acesso à Justiça, tendo em vista os dados e pesquisas oficiais realizadas pelos diversos Tribunais brasileiros. É evidenciado, nesse contexto, que, diante dos dados apresentados, podem-se classificar as figuras dos litigantes habituais e dos litigantes eventuais, distinção esta introduzida por Cappelletti e Garth (1988), com o auxílio de Galanter. Os primeiros teriam vantagem sobre os segundos, na medida em que possuem mais experiência em como lidar com o

processo e até conseguem tirar os benefícios de uma demanda judicial mais demorada (CUNHA, 2010, p. 298).

Além dos litigantes habituais, também, no Brasil, em função da banalização da gratuidade de justiça e da facilidade de acesso ao judiciário introduzida pelas Leis dos Juizados Especiais e Juizados Federais, também se observa a existência do litigante inconsequente. Os litigantes inconsequentes são aqueles que litigam perante o judiciário sem correrem qualquer tipo de risco, financeiro ou econômico, pois a isenção de custas e despesas processuais decorrentes da concessão da gratuidade de justiça faz com que a sucumbência resultante de eventual “perda da ação” seja nula.

Com efeito, algumas pesquisas demonstram que a gratuidade de justiça contribui, de algum jeito, para a “litigância inconsequente” (TENENBLAT, 2011, p. 27). Foram realizadas pesquisas (RACHLINSKI, 1996, p. 113-185) (mais detalhadamente citadas adiante) que demonstram que o comportamento das partes processuais é eminentemente racional, havendo, na mais das vezes, uma ponderação do custo-benefício de determinada demanda, que pode, inclusive, servir como parâmetro para a decisão entre ajuizar ou não uma ação judicial.

Essas pesquisas demonstraram que os agentes que são neutros aos riscos financeiros do ajuizamento de determinada ação²⁵ pouco se importam se existe apenas um percentual mínimo de possibilidade de êxito ao final. É lógico que se seu risco for totalmente nulo, não há motivos para pensar duas vezes antes de ajuizar uma demanda, ainda que com chances mínimas de procedência. Parece-nos que essa constatação se aproxima muito de um truísmo.

No que se refere ao Estado, ao lado dos atores responsáveis pela crise numérica do judiciário, é perceptível que alguns governos agem de forma deliberadamente ilegal, com o intuito de aumentar a arrecadação ou mesmo postergar o cumprimento de obrigações. Diante dessa situação, considerando-se que o Estado (incluindo União, Estados e Municípios, suas autarquias e empresas) está entre os maiores litigantes (FALCÃO, 2011, p. 67) em nosso país, é evidente que, além dos custos de uma eventual condenação, é completamente contrário a qualquer noção de eficiência que o Estado arque com todas as despesas atinentes ao processo.

Uma situação corriqueira que bem exemplifica o afirmado é a seguinte: o Estado custeia o defensor público que irá patrocinar causa de um servidor público, ajuizada em face do próprio Estado, perante o Judiciário, custeado pelo mesmo Estado, que se defenderá através de procurador, cujos custos também são de incumbência do Estado.

Com o fito de prevenir-se contra o efeito multiplicador, no âmbito judicial, dever-se-ia definir bem a situação judicial através da elaboração de uma decisão judicial que demonstrasse exatamente qual a situação fática do caso decidido, objetivando prevenir demandas inconsistentes que se utilizam de precedentes em casos não abarcados por identidade em relação ao primeiro precedente. É, também, objeto de discussão neste livro como a instabilidade jurisprudencial pode dificultar ou mesmo inviabilizar a segurança jurídica que permitiria a elaboração de mecanismos para melhor identificar e filtrar as demandas manifestamente inconsistentes.

Esse quadro nos exigiu a tarefa de, no nosso primeiro capítulo, identificar a melhor hermenêutica jurídica do art. 5º, XXXV, da Constituição,

diferenciando o direito de “acesso à Justiça” de “acesso ao Judiciário” e do “direito de petição”, tendo em conta que, no Brasil, tais institutos são comumente confundidos. No mesmo capítulo, mostrou-se necessário demonstrar uma relação entre a crise numérica do judiciário e o abuso do acesso à Justiça, mediante a definição e demonstração de condutas que configuram esse comportamento abusivo. No final do primeiro capítulo, demonstra-se a como as ferramentas de objetivação do processo permitem identificar uma demanda frívola, sendo que a definição desta será feita no mesmo tópico.

No capítulo seguinte, que não poderia ser deduzido sem as definições realizadas no capítulo anterior, estuda-se quais atores abusam do direito de acessar o judiciário. Os dados estatísticos permitem concluir numericamente quem mais acessa o Judiciário, servindo o primeiro subtópico para identificar os litigantes habituais. Nesse primeiro caso, o critério é meramente numérico.

No segundo subtópico, todavia, foi necessário fazer uma análise mais sutil, pois se tratou do abuso do direito quando o litigante é beneficiário da gratuidade de justiça. Nesse caso, utilizaram-se dados específicos, para verificar a taxa de sucesso nas demandas ajuizadas pelos beneficiários da gratuidade na Justiça Federal, comparada com a taxa de sucesso dos que não gozam desse benefício.

Finalizando o capítulo segundo, a pesquisa analisou o uso abusivo do Poder Judiciário pelo Estado, levando-se em consideração duas circunstâncias: a) o efeito multiplicador das ações em que o Estado figura como réu; e b) a obrigação legal de o Estado se utilizar do Judiciário para conseguir alguns objetivos que poderiam ser atingidos sem a movimentação da máquina Judiciária, isto é, a custos

mais baixos. Indaga-se se isto poderia ser considerado uma conduta abusiva, levando-se em consideração a prevalência do princípio da eficiência, previsto no art. 37 da Constituição Federal. De igual sorte, analisou-se como, apesar de estar sujeito ao princípio da legalidade, age de forma deliberadamente ilegal, bem como como a instabilidade jurisprudencial contribui para a identificação de demandas inconsistentes e, por via de consequência, termina por incentivar o litígio.

A identificação desses agentes e de seu comportamento abusivo vinculam-se à terceira parte do livro, na qual se pesquisou uma explicação para o comportamento abusivo (e, portanto, ilegal) desses litigantes. Inicialmente, mostrou-se necessário explicitar que se utilizou da Análise Econômica do Direito (AED) como parâmetro metodológico para entender o comportamento dos litigantes. Diante da necessidade de aprofundamento do tema, especificou-se neste capítulo a análise da ocorrência de enriquecimento ilícito por parte de alguns dos litigantes habituais e a cadeia de incentivos que gera a litigiosidade.

Ali se fez duas abordagens da AED: i) a positiva na qual se tenta diagnosticar a estrutura de incentivos que levam os litigantes habituais a litigarem de forma extensiva; e ii) a normativa na qual se sugerem alternativas legislativas e métodos hermenêuticos para modificar essa estrutura de incentivos e tentar fazer com que os agentes ingressem menos no Judiciário.

A importância desta obra evidencia-se à medida que se suscitam mecanismos atinentes ao direito processual (com a elevação e efetivação da cobrança das despesas processuais daqueles que adotam o comportamento descrito no capítulo segundo). Outros mecanismos

já dizem respeito ao direito material, com a condenação daqueles que abusam do acesso à justiça ao ressarcimento dos gastos tidos com os processos.

Dessa forma, observa-se que, neste livro, além de se propor como possíveis soluções do problema uma hermenêutica processual capaz de filtrar demandas frívolas, pesquisou-se que devem ser adotadas políticas públicas (como a elevação de custas e condenações a litigantes habituais e frívolos), assim como deve-se aperfeiçoar a hermenêutica material nos casos em que se verifica a presença de abuso do direito de acesso à justiça, com condenações mais rígidas, especialmente no âmbito da responsabilidade civil.

Assim, o livro conclui, ao final, a possibilidade de se desestimular economicamente os litigantes habituais e inconstantes, a partir da identificação do abuso do direito de acesso ao judiciário. É tratando os motivos, e não os efeitos colaterais, que se deve tentar solucionar (ou arrefecer) a crise do acesso ao judiciário; é identificando e atacando o motivo (principalmente econômico) do comportamento abusivo desses litigantes que se cogita a solução proposta no presente livro.