

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: ANÁLISE DAS
RELAÇÕES E IMPLICAÇÕES EXISTENTES ENTRE O PROCESSO, O ESTADO E
O INDIVÍDUO**

LUCAS MONTEIRO DE BARROS AVOLIO

**RIO DE JANEIRO
2018 / 2º SEMESTRE**

LUCAS MONTEIRO DE BARROS AVOLIO

**ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: ANÁLISE DAS
RELAÇÕES E IMPLICAÇÕES EXISTENTES ENTRE O PROCESSO, O ESTADO E
O INDIVÍDUO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Fabiano Soares Gomes.

RIO DE JANEIRO

2018 / 2º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

A961a Avolio, Lucas Monteiro de Barros Análise econômica do processo civil brasileiro: análise das relações e implicações existentes entre o processo, o Estado e o indivíduo / Lucas Monteiro de Barros Avolio. -- Rio de Janeiro, 2018.
73 f.

Orientador: Fabiano Soares Gomes.
Trabalho de conclusão de curso (graduação)
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Análise Econômica. 2. Processo Civil. I. Gomes, Fabiano Soares, orient. II. Título.

LUCAS MONTEIRO DE BARROS AVOLIO

**ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: ANÁLISE DAS
RELAÇÕES E IMPLICAÇÕES EXISTENTES ENTRE O PROCESSO, O ESTADO E
O INDIVÍDUO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Fabiano Soares Gomes.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2018 / 2º SEMESTRE

RESUMO

O presente trabalho demonstra, através da análise do processo civil na perspectiva pública e privada, alguns obstáculos necessários de superação para alcançarmos um sistema normativo plenamente inclusivo, justo e eficaz. Além de expor relações muitas vezes não visualizadas por grande parte dos operadores jurídicos, há uma breve tentativa, sem a intenção de saturar nenhuma discussão, de, após delineados os cenários, adoção de novas perspectivas críticas para além dos institutos já adotadas pelo ordenamento pátrio a fim de expurgar de forma mais eficiente todos os obstáculos encontrados. A perspectiva do devido e efetivo acesso à justiça sempre será levado em conta para nortear as discussões dos temas a serem abordados, com destaque para a validade da adoção do conceito de eficiência no ato decisório no que toca às questões estatais e a necessidade de ampliação do efeito deterrence no âmbito privado.

PALAVRAS-CHAVES

Análise econômica; Eficiência; Acesso à justiça; Efeito deterrence; Processo Civil.

ABSTRACT

The present work demonstrates, through the analysis of civil process in the public and private perspective, some necessary obstacles to overcome to achieve a fully inclusive, fair and effective normative system. Besides exposing relationships that aren't often seen by most juridical operators, there is a brief attempt, without the intention of saturating any discussion, after outlining the scenarios, to adopt new critical perspectives beyond the institutes already used by the national legal order to remove all found obstacles more effectively. The perspective of due and effective access to justice will always be taken into account in order to guide the discussions of the topics to be addressed, highlighting the validity of adopting the concept of efficiency in decision-making with regard to state issues and the need of enlargement of the deterrence effect in the private sphere.

KEYWORDS

Economic analysis; Efficiency; Access to justice; Deterrence effect; Civil Procedure.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 7 |
| 1 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PELA PERSPECTIVA DO ESTADO..... | 8 |
| 1.1 Noções iniciais..... | 8 |
| 1.2 A quem cabe a análise da eficiência?..... | 15 |
| 1.3 Análise do caso concreto: prestação de água/energia elétrica..... | 17 |
| 2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PELA PERSPECTIVA INDIVÍDUO..... | 25 |
| 2.1 Noções gerais..... | 25 |
| 2.2 Três cenários importantes do efeito deterrence..... | 33 |
| 2.3 Acordos..... | 42 |
| 2.4 Prestação jurisdicional..... | 51 |
| 3 PROBLEMÁTICAS TANGENTES A AMBAS PERSPECTIVAS..... | 54 |
| 3.1 Problemáticas centrais..... | 54 |
| 3.2 Medidas adotadas e suas respectivas críticas..... | 55 |
| 3.2.1 Defensoria Pública..... | 55 |
| 3.2.2 Capacidade postulatória..... | 59 |
| 3.2.3 Ações coletivas..... | 61 |
| 3.2.4 O repasse de custos no Brasil e a possibilidade de incorporação do modelo inglês..... | 65 |
| CONCLUSÃO..... | 70 |
| REFERÊNCIAS..... | 72 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá explorar os diferentes cenários da análise econômica do direito, tanto a perspectiva pública quanto a perspectiva privada para, então, adentrar aos principais obstáculos inerentes aos modelos, evidenciá-los e traçar um panorama crítico.

No tocante à relação entre o direito processual civil e o Estado, dois autores principais serão utilizados ao decorrer da obra, quais sejam, Flávio Galdino (2005) e Cass Sunstein (1999). A perspectiva a ser demonstrada é a da dificuldade em se alocar direitos na sociedade, levando em considerações as necessárias, porém trágicas, escolhas em um cenário de recursos orçamentários escassos. Para isso, necessário se faz o entendimento do conceito de eficiência, sua aplicabilidade e relação com os três poderes do Estado.

Na seara privada, serão exploradas três fases principais, a fase pré-processual da escolha de se adentrar ao poder judiciário, a fase conciliatória – após iniciado o processo judicial – e, por fim, o julgamento. Nessas três fases, o custo dos direitos envolvidos tem ampla vinculação com as atitudes das partes, influenciando na maioria das decisões. Para elucidar e clarificar os processos ocorridos, serão utilizados os autores Avery Wiener Katz (1998) e Steve Shavell (2004) principalmente. A efetividade da norma jurídica a ser incentivada pelo efeito deterrence assim como o princípio do acesso à justiça serão pontos centrais das discussões.

Por fim, já exploradas e analisados os impactos que os custos têm em ambas as perspectivas, serão exploradas as alternativas institucionais adotadas pela legislação para atravessar os obstáculos públicos e privados, realçando os pontos positivos e negativos dos mesmos. Além disso, serão expostas algumas respostas às problemáticas traçadas pelo autor americano Owen Fiss (2004), no tocante às ações coletivas e do autor Steve Shavell (2004), no que tange à possibilidade de utilização do modelo inglês do “Fee Shifting” no Brasil.

1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PELA PERSPECTIVA DO ESTADO

1.1 Noções iniciais

Para começar a entender a relação econômica presente na relação existente entre o direito e o Estado, é mais que fundamental entender as categorias dos direitos positivos e negativos. Sumariamente, os direitos positivos seriam aqueles que o Estado irá dispende um esforço econômico direto, são direitos eminentemente prestacionais, enquanto que os negativos seriam inações do Estado, não compreendendo, a priori, despesa alguma para a doutrina clássica.

Sunstein (1999) e Galdino (2005) chamam a atenção para a incongruência de tais categorias¹ e provam que, até mesmo em direitos negativos, onde os clássicos entendiam estarem enquadradas as liberdades individuais, o Estado não agia de modo eminentemente negativo, que havia uma dupla face dessas liberdades, fazendo com que haja, da mesma forma, porém talvez de forma indireta, dispêndio de patrimônio público para a realização.

Um grande mito se consagrou em doutrinas mais variadas mundo afora que as liberdades, por serem direitos meramente negativos, deveriam ser concretizadas integralmente, enquanto que outros direitos, como os sociais – os quais naturalmente há necessidade de uma prestação direta por parte do Estado –, não deveriam ser integralmente cobertos pela eficácia.

Assim como no livro do Galdino (2005), se pretende aqui demonstrar, ao começo da discussão, que os direitos implementados por uma sociedade não passam de escolhas institucionais e que estas escolhas nunca estão desconectadas da realidade social, política, econômica e cultural de uma sociedade.

¹ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 205; HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 35 e sgs.

Pela categoria jurídica de direitos positivos e negativos não estar desconectada da realidade presente nos estados à época, realidade a qual a ideologia liberal, e mais tarde neoliberal, estava bastante presente, os direitos individuais obtiveram uma prevalência em relação aos sociais.

A própria ideia de reserva do possível² se relacionou somente com os direitos sociais, excluindo do pensamento jurídico a possibilidade de haver reserva do possível em direitos individuais. O estado liberal alinha-se ideologicamente com a tese de direitos de liberdade serem negativos pois então, não seriam custosos e sua eficácia não dependeria de custos públicos – o que se prova tratar-se de um discurso apensar conveniente à época. Sendo todos custosos, todos são escolhidos, uns em detrimento de outros, a falácia se encontra em sempre escolher os direitos das liberdades por se alinharem ao ideário liberal ao argumento que não são custosos em detrimento dos direitos sociais.

Muito cuidado deve-se ter com a importação de ideias estrangeiras de forma acrítica, algo que não era muito disseminado, mas que Galdino (2005) também chamou bastante atenção. O próprio sistema de gerações de direitos fundamentais não funciona no Brasil por conta disso. A dicotomia público-privado para a análise da sistemática de custos é diferente, o Estado nunca se comportará como um indivíduo.

Ao passo que, no âmbito privado, é possível a existência de obrigações totalmente negativas, para o âmbito público, essas inexistem. Todos os direitos fundamentais, assim como os individuais, integram o rol das trágicas escolhas públicas. As opções sociais ditam qual direito preconizar, antigamente era assistência religiosa em detrimento da assistência médica³, atualmente, a sociedade evoluiu e, via de regra, o direito acompanha tal evolução.

² GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 227.

³ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 212.

Em suma, a ideia de Sunstein (1999) e Galdino (2005) é de demonstrar que em todo direito há um custo vinculado e só a partir dessa ideia, com os custos expostos, as escolhas trágicas estariam menos suscetíveis de interferência, permitindo uma melhor seleção de direitos para a sociedade⁴.

O melhor exemplo é o direito à propriedade. Em uma leitura rasa do direito, há de se pensar que o direito à propriedade seria um exemplo forte de direitos eminentemente negativos pois se trata de um direito assegurado contra as forças estatais, em resposta ao poder ilimitado do monarca, previsto nas primeiras constituições. Um direito que prevê somente a não interferência do Estado nos limites de terra demarcados. Nada mais simples que isso.

Porém, em uma visão mais detida do direito à propriedade, este não é composto somente pela simples inação do Estado, mas também na garantia de sua manutenção e preservação⁵. Todo o aparato policial para evitar que haja violação, o aparato investigativo para responsabilizar em nome do direito à propriedade, a malha cartorária para regular o direito de transferência da propriedade, assim como todos os direitos reais anexos e derivados da propriedade, evitando fraudes a descompensar o direito alheio, o aparato judicial para inibir violações e assegurar a propriedade para quem a tem por direito. A conclusão mais pertinente é a de que para a existência do direito de propriedade não basta somente abstenção da figura pública no universo privado, mas sim a promoção, por parte dessa, dos direitos envolvidos. Os direitos custam, no mínimo, a manutenção da estrutura judiciária para defendê-los⁶.

Muitos dos obstáculos advindos da ideia de ser um direito positivo são resquícios das ideologias de um estado liberal, o qual teme justamente que os direitos individuais, os que mais são preciosos a esse tipo de configuração pública do Estado, venham a ser substituídos por direitos sociais. A partir do momento em que se evidencia os custos inerentes aos próprios

⁴ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 205 e sgs.; HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999, ps. 35 e sgs. e 43.

⁵ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 208.

⁶ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 209.

direitos individuais, ora considerados negativos, quebra-se com a lógica de que estes devem sempre estar presentes em qualquer sociedade, diferentemente dos direitos sociais. Por vezes, um direito individual pode ser mais custoso que um direito social de prestação direta. Por se tratar de prestações indiretas e de mais difícil análise, as prestações dos direitos individuais, por muito tempo, eram tidas como inexistentes e, atualmente, após o trabalho de Sunstein (1999), como menores que os dos direitos sociais.

Uma das formas de se perceber que o direito individual está vinculado economicamente é a existência de uma indenização em função de sua violação. Destarte, demonstra-se principalmente que os direitos individuais são economicamente apreciáveis⁷. Porém, o custo da indenização se distingue do custo de implementação por parte do Estado. O gasto de implementação não necessariamente é igual ao valor do direito a ser indenizado. A Indenização judicial demonstra que o caráter econômico é inerente ao direito, mas não é esse o necessário custo para a implementação e resguardo. A opção para a implementação desse direito não está vinculada a sua natureza, mas sim a uma escolha do Estado/sociedade, diferentemente do que se discursava à época.

O discurso jusnaturalista era forte no que toca aos direitos individuais, justificando sua existência na própria natureza ao passo que eram indiferentes à ação do Estado. No entanto, os custos não podem ser o único referencial, senão se faz um balanceamento decisório puramente econômico⁸ e pragmático da questão, o Estado, muitas vezes, não deve se ater somente a repercussão econômica de tal direito, mas sim em um amplo conjunto de juízos. Assim como previamente explicado, os custos não podem ser fundamento para tutelar integralmente os direitos individuais e parcialmente os sociais pois ambos geram custos ao ente público.

A escolha lúcida da aplicação de um direito em detrimento de outro só é possível com a real noção de custo, sem pretender dizer que direitos individuais sempre são possíveis de serem conferidos por não ter dispêndio orçamentário. A escolha lúcida só é alcançada quando todas

⁷ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 228.

⁸ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 244.

as peças do jogo estão verdadeiramente expostas e detalhadas. Assim como reporta Galdino, o Estado pode escolher preconizar a saúde em detrimento da propriedade privada⁹. A pergunta a ser feita é: para quem serve a segurança pública? Muitas vezes a segurança pública da propriedade privada serve para poucos e é muito custosa, enquanto outros direitos sociais como saúde podem servir a todos e serem menos custosos em termos de implementação.

”O que usualmente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, mas sim a opção política” (Galdino, Flávio, 2004, p. 235.)

Sunstein (1999) considera que os custos não seriam óbices ao direito, mas sim seriam parte integrante do próprio conceito de direito, o conceito pragmático de direito subjetivo fundamental¹⁰. Tal doutrina, apesar de bastante alinhada com a realidade pragmática, desalinha-se com a lógica abstrata e confeccionada do direito. O alcance econômico não pode delimitar conceitualmente o que é ou não direito, quem o faz é o povo, através de escolhas no momento constituinte e legislativo quando exercidas pelos seus representantes. A legitimidade da existência do direito se encontra nas escolhas populares. Caso não seja possível, pragmaticamente, por força de uma impossibilidade econômica, promover o direito por ora escolhido, a reserva do possível é um instituto intuitivamente pensado para tal situação, mas não a inexistência do direito, pois, dessa forma, se estaria negando a existência de um direito de natureza declaratório, coadunando-se com um direito constitutivo a partir do cenário econômico do Estado. Os direitos, quando escolhidos pelo constituinte, pertencem a todos que se amoldam na hipótese jurídica, restando ao Estado somente, via de regra, declarar o que já existe.

Referente as escolhas políticas dos direitos, deixa-se claro a importância da discussão do direito e da moral, da diferença entre o jusnaturalismo – que busca a validade em algo

⁹ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 231.

¹⁰ HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 31; GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, ps. 211 e 235.

extranormativo como a razão –, o positivismo – resposta agressiva ao jusnaturalismo e também errônea – e o atual pós-positivismo abraçado ao neoconstitucionalismo, marcado por uma certa mistura dos dois anteriores, não negando a índole moral do direito, mas alocando a validade internamente, de acordo com o sistema hierárquico das normas de direito interno.

A escolha de um dispositivo jurídico existir é uma escolha moral, assim como a escolha de torná-lo eficaz. A direito é o reflexo assim como o parâmetro de uma sociedade, indissociável. Galdino (2005) utiliza-se de Bentham e seu utilitarismo para apontar a ideia de eficiência na utilização de recursos escassos a fim de ter um melhor aproveitamento, mais felicidade e prazer social. Duas formas são explicitadas: gerar o máximo de bem-estar individual, aumentando até o máximo o bem-estar das pessoas sem diminuir o de ninguém. Para Bentham, uma alocação é considerada eficiente caso não seja possível encontrar outra forma de alocação que seja capaz de elevar o bem-estar social de uma pessoa ou grupo sem diminuir de outra pessoa ou outro grupo. Através de uma segunda forma, a eficiência seria medida pela capacidade que determinada alocação de bens teria de maximizar a riqueza social, entendida esta como a soma das valorizações individuais, sendo a mais eficiente possível quando todos os seus recursos (sociais) e direitos são distribuídos.

O direito é visto, para referidos os autores, como uma engrenagem de alocação de recursos na sociedade, desse modo é entendido que as normas jurídicas, produto de decisões judiciais, devem sempre levar em conta como critério, em momento decisório, a máxima eficiência¹¹. O direito, na sociedade atual, serviria para auxiliar a maximização da eficiência da economia de mercado. A crítica levantada é a existência de uma superioridade da economia perante o direito, tornando este subordinado àquele. No entanto, a eficiência poderia ser entendida um sinônimo de justiça, sendo a decisão mais justa, aquela que estiver com consonância com os critérios de eficiência adotados no sentido de aumentar a riqueza social global, utilizando o segundo método supracitado.

¹¹ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 243.

A ideia torna-se um pouco complicada ao reduzir demandas a números e a operações matemáticas, o ser humano e sua parte existencial interligada a sua dignidade muitas vezes podem ir em contramão da eficiência econômica quando a eficiência é calculada a partir do custo dos direitos, levando em conta o quanto o Estado gasta. Em certa maneira a eficiência parece se aproximar da justiça, porém, algumas situações podem colocá-la diametralmente opostas. Naturalmente, pode-se argumentar que Bentham se refere a eficiência não em relação puramente com os gastos monetários, mas também com a amplificação dá prazer e felicidade de uma sociedade, o que parece ser uma equação um pouco utópica. Quando se tem o denominador comum sendo o custo financeiro, é fácil fazer a conta, por mais que seja injusta, agora, quando não se tem denominadores comuns, ou seja, valores como vida e lazer no mesmo cálculo, o cenário muda.

Em um exemplo simples e ilustrativo, no qual um juiz devesse decidir entre obrigar o Estado a pagar um remédio caríssimo para evitar a morte de um jurisdicionado ou obrigar o Estado a custear a construção de um parque por violação de um suposto contrato administrativo, tais situações demonstram de maneira extremamente simplificada as pesadas escolhas que devem perpassar por uma norma jurídica e, de pronto, não é possível pensar puramente em eficiência. Obviamente, cada um possui um senso de justiça por ser algo extremamente subjetivo e, talvez em um desses infinitos sentidos, a vida de uma pessoa possa ser mais importante que a construção de um parque.

Apesar de não existir nenhuma hierarquia entre direitos fundamentais, certamente existem preferências para a efetivação. Em caso de escolha entre o direito à integridade física e a vida dos presos em uma penitenciária e uma construção de um metrô para integrar parte da população que não tem acesso integral à cidade – naturalmente tendo os dois exemplos o mesmo custo de implantação –, apesar dos custos possivelmente mostrarem-se os mesmos em ambos os casos, a vida e a integridade física, penso, estarem em posição preferencial ao direito de ir e vir de pessoas moradoras da periferia.

Além da crítica que se faz ao cálculo dessa eficiência, a esse modelo também se mostra pertinente a antiga crítica dos sistemas utilitaristas: será que é válido matar um para

proporcionar lazer a 200 mil habitantes mesmo sendo mais eficiente de acordo com o sistema adotado? Será que é possível torturar 1 para salvar 5? Será que é possível matar um para salvar 10?

Galdino (2005) traz suas críticas: a ideia do homem como puramente um maximizador de interesses pessoais pressupõe ações individuais sempre totalmente conscientes, o que não ocorre na realidade. Apesar do direito ser um mecanismo de alocação de recursos na sociedade, não pode ser reduzido à uma análise de eficiência econômica. O método de Pareto¹², sendo o primeiro dos métodos de aferição de eficiência ora citado, funciona somente em números pois, na sociedade brasileira – em que há tanto miseráveis como super ricos – esta seria eficiente, não sendo possível que um miserável seja menos miserável sem diminuir um pouco da condição econômica dos super ricos. Apesar de ser eficiente no critério Pareto, Galdino (2005) reporta que está longe de ser suficiente para a construção de uma sociedade boa e razoável.

1.2 A quem cabe a análise da eficiência?

O juiz está habituado a julgar servindo-se de critérios puramente jurídicos, muitas vezes alienados da realidade e dos resultados alcançados da aplicação da norma. Essa premissa é defendida por ambos os autores para dar margem à aplicação de critérios econômicos voltados ao custo-benefício no ato decisório. Importante ressaltar a necessidade de se valer de outros critérios conjuntamente como o econômico: o social, o filosófico, o antropológico, etc. Apesar de necessários, torna-se deveras complicado transmitir a reponsabilidade dessa análise conjuntural para o juiz, mais fácil aperfeiçoá-la no momento pretérito (legislativo), a qual, em certa medida, já é realizada, a despeito de não ocorrer com a seriedade necessária. O juiz é um dos braços do Estado, principal ator do poder judiciário, não sendo capaz de equalizar todas as forças de poder além da jurídica e ser estritamente justo ao equalizar tudo.

¹² GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, ps. 243 e 247 e sgs.

O juiz deve julgar de acordo com os dispositivos legais que possuem legitimidade democrática, mas também deve pensar em economia? Deve lembrar também da sociologia e a filosofia no tocante à sua decisão? O juiz sendo somente um dos atores do Estado, não é capaz de resolver todos os problemas de um ente público com uma decisão judicial. Apesar do juiz brasileiro não ser totalmente adstrito a letra da lei como ocorre no modelo francês, por uma série de consequências históricas, um juiz deve, naturalmente, centrar suas discussões nos dispositivos legais votados democraticamente, mesmo que talvez não o seja o mais economicamente eficiente ou o mais justo.

Obviamente, o juiz pode e deve interpretar em consonância a outros princípios e regras e flexibilizar a abrangência de determinada norma com o objetivo de alcançar materialmente o melhor cenário possível (diga-se o mais justo). Porém, a crítica que o juiz deve levar a eficiência para dentro da elaboração da norma, sendo completamente descabida a atividade jurisdicional que a desconsidera, é uma visão parcial da importância da economia.

Diversas áreas do saber humano como a sociologia e a filosofia também, certamente, pregam a importância de se levar em consideração o saber sociológico e filosófico para uma decisão mais acertada. Apesar de parecer muito interessante o raciocínio, deve-se lembrar que o Estado é composto por outros dois poderes e colocar todo o peso de equalizar economicamente, socialmente e filosoficamente, além dos demais ramos das ciências, nas costas de um magistrado, outrossim utópico, parece-me descabido. Muito mais interessante seria o juízo de eficiência, sociológico e filosófico, etc. ocorrerem principalmente em sede dos demais poderes, que, a priori, estariam legitimados democraticamente para escolher o que preconizar.

Apesar da discussão filosófica de o poder judiciário também poder ser legitimado pelo teor das decisões de acordo com certa corrente filosófica-jurídica, deve-se atentar ao fato que o juiz não é o paladino que resgatará a paz em um Estado complexo e capilarizado como é o caso do Brasil. O juiz deve decidir com as ferramentas que o poder legislativo chancelou e, diga-se de passagem, o magistrado atualmente só possui a liberdade interpretativa por força dos demais dispositivos que permitem que o faça. Caso a eficiência seja prevista legal ou

constitucionalmente para compor uma decisão judicial, seja um juízo obrigatório, tal deve ser feito pelo juiz, porém, atualmente, o princípio da eficiência, por mais complexo que o seja, prevê como destinatário não toda e qualquer decisão judicial, mas somente a administração pública, no artigo 37¹³ da Constituição. Não há que se falar em não conferir um direito previsto em nome da eficiência. Caso não seja eficiente para o Estado, que não seja previsto o direito na lei ou na constituição, assim como ocorre com a necessidade de prévia alocação orçamentária do artigo 195, § 5^o¹⁴ da Constituição, por exemplo, o qual não coincidentemente é um direito social.

1.3 Análise do caso concreto: prestação de água/energia elétrica

Não seria prioridade um tratamento digno a um eficiente? Para responder à pergunta, é necessário adentrar à análise de cada caso, sendo a resposta provavelmente diferente em cada um deles. Em se tratando de serviços não essenciais para a manutenção da vida, algo desligado do mínimo vital: internet, telefone, tv a cabo e etc., talvez fosse interessante pensar e priorizar eficiência econômica, porém, os males de se pensar em eficiência em casos de prestação de água ou energia elétrica, por exemplo, são gigantescos justamente por tratarem-se de serviços essenciais à vida – sendo a água um bem essencial para o desenvolvimento biológico e fisiológico do ser humano e a energia elétrica a condição *sine qua non* para viver na sociedade contemporânea.

¹³BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) ”

¹⁴ O referido artigo prevê o princípio da necessidade prévia da exposição da fonte de custeio, algo próximo ao juízo de eficiência no caso concreto realizado de forma apriorística. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: § 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. ”

O presente subcapítulo se restringirá aos casos de serviços essenciais prestados pelo Estado, assim como analisado por Galdino (2005), a fim de expor novas perspectivas e contrapor suas ideias.

Nesse cenário hipotético, tanto o consumidor quanto o fornecedor de serviços podem ser lesados mutuamente através de descumprimentos contratuais. A via judicial pode ser necessária e complicada para ambas as partes: para o consumidor, o qual muitas vezes sofre abusos da prestadora de serviços pagando quantias indevidas sob ameaças de ter sua luz ou água cortadas e para a prestadora de serviços, a qual necessita do valor cobrado para continuar e suportar o fornecimento do serviço, pagamento de funcionários, lucro, e etc.

Nesse sentido, caso um consumidor dos serviços de energia elétrica não adimpla com sua obrigação financeira mensal, deveria o Estado (como prestador de serviços) cessar o fornecimento desse serviço? A resposta é fruto de extensos raciocínios e discussões teóricas. O STJ, apesar de possuir jurisprudência atual no sentido da permissão do não fornecimento, em tempos anteriores já referendou a necessidade de continuidade da prestação.

O discurso pragmático adotado atualmente é o de que não cabe ao poder judiciário referendar uma violação contratual e obrigar o prestador a não cessar a prestação de um serviço essencial. O motivo principal é de que se demonstra ineficiente, principalmente para o Estado, prestar um serviço contraprestacional sem o retorno esperado/devido, tornando determinada atividade deficitária com um possível efeito cascata devastador à exploração do serviço.

Não obstante, clareza é necessária, a existência de uma tese referendada pelo STJ ou pela existência de uma jurisprudência favorável ao consumidor nos tribunais, não significa que a realidade a acompanhará. Se um consumidor consegue obter decisão judicial para que sua luz não seja cortada, mesmo quando não se cumpre as prestações pecuniárias devidamente, essa não é a regra. Muitos não conseguem deixar de sofrer abusos constantes e terem seus serviços prestados de forma viciosa ou simplesmente não prestados por força dos grandes obstáculos ao acesso à justiça – a serem tratados no capítulo 2. Apesar das dificuldades estarem cada vez

menores pelo grande auxílio das instituições como a defensoria pública e os demais institutos a serem tratados no capítulo 3, ainda existe um vácuo onde o jurisdicionado não consegue acessar o judiciário e fazer seu direito valer no caso concreto.

Dessa forma, adotar um entendimento, o qual uma parcela pequena dos consumidores consegue compelir uma prestadora de serviços a continuar independente de contraprestação, em nome da dignidade e aparentemente contra a eficiência, não gera repercussões necessariamente negativas ao passo que não se contabiliza quanto o consumidor perde – e a prestadora ganha – com violações corriqueiras dos seus direitos pelas mesmas empresas, tendo seu patrimônio consumido de forma indevida.

O discurso é deveras curioso pois demonstra uma posição, apesar de antigamente adotada pelo STJ, a qual dificilmente os tribunais deixariam de se alinhar com interesses econômicos e pragmáticos. Em uma das poucas decisões que se privilegiaria a dignidade humana, há críticas por não adotar a eficiência como critério decisório.

Caso estivéssemos em uma sociedade onde as práticas as sociais estivessem próximas dos ideais de justiça, onde os fornecedores, sejam pessoas jurídicas privadas ou públicas, respeitassem integralmente o consumidor, principalmente os que detém o monopólio de determinado serviço, discutir eficiência talvez seja mais relevante, apesar de ainda sensível no tocante a um direito a dignidade relativo a serviços essenciais.

Um pouco à frente na discussão, o livro de Galdino (2005) importa um antigo acórdão¹⁵ o qual permite que o consumidor continue a receber a prestação do serviço de energia elétrica à despeito de estar inadimplente com o fornecedor. Tal acórdão se baseia no princípio da continuidade do serviço público para sustentar a tese decisória.

¹⁵ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 285.

Quando se fala de essencialidade e de serviço público, essa essencialidade não parece ser um requisito de todo serviço público, assim como é defendido por Galdino (2005). Não obstante, a impossibilidade da cessação do fornecimento do serviço essencial como água/energia elétrica se dá em função da dignidade da pessoa humana e não do princípio da continuidade do serviço público. A continuidade é um princípio geral, o qual regula o *modus operandi* da administração pública, não um caso específico.

Em se tratando em um serviço público de caráter não essencial e de cunho contraprestativo, caso a parte consumidora do serviço não adimpla sua prestação, não há que se falar em forçar a prestação daquele serviço, haverá uma resolução contratual e o princípio do *pacta sunt servanda* deverá ser respeitado. Nessa situação, não há nenhum bem jurídico vinculado a dignidade da pessoa humana a ser resguardado. A continuidade do serviço público é um princípio que resguarda as funções exercidas pelo Estado de modo geral, em um panorama macro, e, a priori, não específico.

O princípio da continuidade ampara os jurisdicionados para não terem serviços prestados pelo Estado suspensos de forma total ou parcial de modo totalmente arbitrário. Caso haja fundamento legal para não prestar – como é o caso do não adimplemento por parte do jurisdicionado, obviamente não deverá continuar prestando, somente em situações excepcionais, como é o caso de serviços que envolvam a dignidade da pessoa humana, não pela continuidade do serviço público, mas sim pela cessação aviltar a dignidade – como o caso retratado em tela.

Em exemplo de serviço não essencial retratado por Galdino¹⁶(2005), não há que se falar em violação da dignidade, logo, plenamente possível seria a utilização da *exceptio non adimpleti contractus*¹⁷. Dessa forma, não há que se falar em ferir o princípio da continuidade

¹⁶ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, ps. 291/292. Exemplo da compra de cigarros.

¹⁷ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 312.

por força do caráter contraprestacional e, desse modo, fazendo com que a prestadora estivesse acobertada com um justo motivo – o não adimplemento do consumidor – para cortar tal serviço.

O princípio da continuidade diz respeito ao interesse da coletividade e não ao interesse de um determinado consumidor em particular. Apesar disso, duas situações merecem a devida atenção: a inadimplência de um consumidor pode não ser essencialmente individual, é possível encaixá-lo na lógica coletiva, ao menos um direito individual homogêneo, tendo em vista a grande quantidade de consumidores que podem passar pela mesma situação.

O segundo ponto é que não é o princípio da continuidade que faz com que essa prestadora seja compelida a não cessar o fornecimento de um serviço de caráter contraprestativo quando há inadimplência da contraprestação, talvez fosse uma ampliação possível do princípio, mas, classicamente, esse princípio não serve para conter abusos individuais. A grande barreira que impede a prestadora de serviços é a natureza do serviço prestado, o qual, caso seja cessado, violará o mínimo vital. Água e, atualmente, luz são bens inerentes ao desenvolvimento humano.

Um segundo paralelo é feito com a legislação imobiliária, especificamente com a possibilidade de despejo no dia seguinte ao inadimplemento do aluguel. No caso do despejo¹⁸, a lei optou por não priorizar o direito à moradia e a dignidade humana do locatário por outras questões, principalmente por, do outro lado, se tratar de uma relação entre particulares, sendo que a verba do aluguel compõe o patrimônio do locador, o qual não está, a priori, em pé de desigualdade com o locatário. A visão é que é tão importante o dinheiro do aluguel para o locador como é importante a moradia para o locatário.

Agora, em se tratando do Estado ou de uma prestadora de serviço público, a paridade está longe de existir, havendo, como exposto anteriormente, vários subterfúgios como a cobrança indevida, a prestação de má qualidade, condutas ilegais que fazem com que essa pessoa jurídica não esteja em pé de igualdade para com o consumidor. Fatores como esse – além da questão do

¹⁸ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 303.

monopólio – tornam as figuras incomparáveis, não há que se comparar uma relação do Estado ou de uma prestadora do serviço público com um indivíduo e uma relação locatícia. E mesmo que fosse possível, na relação locatícia, o legislador entendeu por melhor assegurar o direito de propriedade em detrimento do direito de moradia de forma expressa.

No final das contas, o que acontece é uma ponderação entre o direito econômico da prestadora e o direito da dignidade humana do consumidor e, no caso concreto, apesar do acórdão exposto por Galdino (2005) não ser claro nesse sentido, tentando apaziguar o conflito através de um princípio (continuidade) que não se adequa ao caso, a corte decide em prol da dignidade.

Utilizar da eficiência como um dos fatores a influenciar determinada atitude da administração pública ou do Judiciário, naturalmente, deve ser visto como relevante para o Estado e para o ordenamento jurídico, no entanto, não deve ser “carta branca” para relativizar todo e qualquer direito fundamental, tornando a eficiência um direito absoluto.

Analisando as normas específicas que permeiam o caso do fornecimento de energia elétrica, o art. 6º, §3º, II da lei 8987¹⁹ é a regra, tornando lícita a descontinuidade de prestação de um serviço público caso haja inadimplemento. Além disso, o art. 17 da lei 9427 de 1996²⁰ prevê a possibilidade de se suspender a energia elétrica até de consumidor que preste serviço público ou essencial. Naturalmente, essas normas privilegiaram o princípio da eficiência em

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 14 de fevereiro de 1995. Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

²⁰ BRASIL. Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 27 de dezembro de 1996. Art. 17. A suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual.

detrimento do mandamento constitucional, por conseguinte, seria plenamente possível uma decisão judicial entender pela falta de constitucionalidade de tais normas no tocante à descontinuidade específica a serviços de caráter essencial. Quando pareada com a dignidade da pessoa humana, o juízo de inconstitucionalidade demonstra-se necessário, porém, mesmo visualizando o antigo posicionamento do STJ, a tese da inconstitucionalidade dessas normas não fora a tese prevalente.

Grandes são os obstáculos ao juízo de eficiência: qual o parâmetro para tal juízo em diferentes demandas? Eficiência e segurança jurídica. Como explicar pender para a eficiência e não conferir um direito fundamental em determinado caso e em outro, com outro direito fundamental, não pender para a eficiência? Eficiência seria a carta mágica para a distorção do sistema jurídico? Justiça se trata de certo e errado, apesar de muitas vezes ser extremamente complexo, mas a justiça é alcançável. Quando o legislador e o constituinte concretizam as ferramentas que serão utilizadas pelo magistrado, essas devem ser utilizadas para se chegar ao cenário correto, onde o justo ocorre. Não há que se pensar que existe uma prescrição normativa ou constitucional para resolver o caso, não obstante não poderá ser aplicada em vista à eficiência.

A eficiência é apenas uma ferramenta para tratar das relações que ocorrem dentro de um Estado, não devendo ser utilizada como um direito absoluto, capaz de flexibilizar qualquer outro. Obviamente os conceitos jurídicos demandam uma conversa com a realidade, porém, muito perigoso é quando a realidade retorce os conceitos jurídicos para se amoldarem a mesma. O conceito jurídico é a aspiração do justo e do certo, a priori, escolhidos baseados na legitimidade de um sistema democrático. O direito não pode ser utópico, porém, também não deve ser deformado sob o argumento da realidade. O direito é, e sempre será, um caminho a ser percorrido para que, algum dia talvez, se alcance a paz, o bem e a justiça, sempre em constante alteração. Deve se enquadrar a realidade sem perder a sua essência, sua *ratio*. Quer amoldá-lo à realidade sob o argumento da eficiência? Estabeleça limites para que não se atinja áreas sensíveis e direitos dos vulneráveis.

Levando em consideração o princípio da razoabilidade, os efeitos negativos não de ser os menores possíveis. A lógica e a razão não devem sucumbir a argumentos pragmáticos e, caso não se tenha outra forma de conduzir a situação, que se escolha da forma menos nociva possível os direitos a serem flexibilizados. Não há de se esquecer que o direito também é pensado como mecanismo de alteração da realidade, não só artifício de mera conformação. A eficiência é apenas um dos critérios a serem conjugados, devendo ser adotada e sopesada conjuntamente aos demais.

É necessário ter a consciência de que as escolhas institucionais, muitas vezes inescapáveis, envolverão custos orçamentários. Qualquer escolha, seja pelos direitos de liberdade, seja por direitos sociais. O importante é ter a clareza que a eficiência econômica é deveras importante para o Estado e conseqüentemente para a sociedade, não obstante, existem outros fatores, muitos previstos no texto constitucional, os quais impossibilitam a aplicação de uma visão puramente econômica e pragmática ao direito para todo e qualquer caso. Como visto anteriormente, a dignidade da pessoa humana é somente um desses critérios que dificultam a aplicação pura e simples da eficiência.

2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PELA PERSPECTIVA INDIVÍDUO

2.1 Noções gerais

Esse capítulo terá como objetivo a análise econômica na perspectiva subjetiva e individual das partes integrantes do processo judicial.

Através de um simples processo lógico e matemático, dadas as condições atuais do direito brasileiro, a tomada de decisão para iniciar um processo judicial é aperfeiçoada, via de regra, de maneira simples e pouco controversa. Cabe ao autor refletir se os benefícios – patrimoniais (financeiros) ou extrapatrimoniais – trazidos pelo processo judicial ao resguardar, assegurar, reparar... direito seu são superiores aos malefícios - tempo, custo (honorários advocatícios contratuais, custas judiciais e custos probatórios), estresse, a mácula para futuros empregadores no caso de justiça trabalhista (por exemplo), etc. - trazidos pelo processo em si. Naturalmente, também se deve levar em consideração a real possibilidade de obter êxito no processo, apesar de não ser tão fácil a tradução da realidade em estatística pois é baseada na jurisprudência e na solidez das provas a serem apresentadas.

Dessa forma, assim como constata Shavell²¹ (2004), quanto maiores os benefícios e a probabilidade de êxito e menores os malefícios, mais provável é a existência de um processo. Ressalte-se que o autor somente utiliza os benefícios e malefícios patrimoniais para tal constatação, descartando os benefícios extrapatrimoniais e os demais malefícios/obstáculos trazidos pelo processo.

Como estresse e demais malefícios sentimentais são subjetivos e não inerentes a todas as pessoas e demandas, assim como incontrolláveis, este não será objetivo de estrita análise, somente a sua existência será exposta para melhor acompanhar a realidade. O tempo da

²¹ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004 p. 390.

resolução da controvérsia também só será levado em consideração para fins persuasivos pois é outro fator que não há solução imediata ou de curto prazo. O problema relacionado ao tempo é derivado de uma ineficiência estatal acompanhada com um abarrotamento das cortes judiciais, problema esse que será levado em consideração, apesar de não ser o foco do presente trabalho, se relaciona com o tema no que tange à problemática do acesso à justiça e dos gastos que o Estado possui para prover o direito da sociedade.

Algumas máculas trazidas pelo processo também influenciam no juízo de mover uma ação judicial ou não: futuras contratações como empregado, por exemplo, pode ser algo relevante a ser levado em consideração na tomada de decisão de se ajuizar uma reclamação trabalhista, não obstante, como o empregador não está vinculado e como é difícil para o direito adentrar a esfera subjetiva do empregador, até mesmo na seara probatória, para se constatar que o ajuizamento de determinada reclamação trabalhista impossibilitou futura contratação, tal quesito também só será levado em consideração para fins de análise da realidade e das probabilidades envolvidas no ajuizamento assim como em possíveis acordos judiciais ou extrajudiciais.

Os custos derivados de um processo, esses sim serão tratados com a devida atenção pois, de acordo com o raciocínio a ser exposto, esse seria o único fator passível de alteração capaz de promover uma repercussão positiva e de curto prazo no acesso à justiça.

Para uma melhor visualização de uma das problemáticas, um exemplo faz-se necessário: João descobre um defeito em seu celular e aciona Samsung para consertá-lo, tendo em vista que ainda se encontra no prazo de garantia contratual e legal. Seu celular tem o valor de R\$500,00 e o conserto custaria a metade de seu valor. Samsung recusa-se a consertar. Somente levando em consideração os honorários advocatícios contratuais – pois a maioria dos demais custos podem ser repassados para a parte sucumbente –, João provavelmente não ajuizará uma ação de reparação tendo em vista que os ganhos resultantes do processo (a reparação do celular quebrado no valor de R\$250,00). Os custos com os honorários advocatícios contratuais dificilmente seriam inferiores a R\$250,00.

Caso entenda que deva entrar com uma ação de reparação mesmo assim, supondo que gaste R\$600,00 na contratação do advogado e obtenha êxito, sairá com R\$450,00 de prejuízo por uma situação a qual não deu causa e de inteira e exclusiva responsabilidade da Samsung. Seu direito à reparação avaliado em R\$250,00 no caso concreto, na realidade, vale R\$450,00 negativos. Em suma, o direito, apesar de existir, somente será eficaz caso se gaste um valor superior ao mesmo, tornando o valor real do direito, um custo de R\$450,00. Sua eficácia estaria condicionada a um valor econômico, provocando um abalo no princípio do acesso à justiça.

Quanto maior o valor do direito, menos provável que essa situação ocorra, fazendo com que demandas envolvendo direitos de valores econômicos superiores não se sujeitem a esse obstáculo, tornando este, um obstáculo inerente a pessoas de determinada renda/classe social. Ou seja, além de condicionar economicamente a eficácia do direito para toda e qualquer pessoa, ainda se faz um corte econômico, desincentivando a reparação de direitos de pouca monta econômica, especialmente importante para as pessoas que não possuem um alto padrão de vida, atingindo diretamente o grupo ou setor da sociedade que mais demonstra-se carente.

O próximo capítulo será dedicado às tentativas de superação da problemática exposta trazida pelo próprio sistema jurídico brasileiro e por outros entusiastas do tema, portanto, os contra-argumentos como a existência de defensoria pública e juizados especiais cíveis, etc. serão tratados em momento oportuno.

Em vias de solucionar ou tratar o problema do abarrotamento do judiciário, o que é um grande problema também vivido nos EUA, Shavell (2004) analisa o processo em função da sociedade e do indivíduo, criando a categoria do processo socialmente bom e do individualmente bom. Tais categorias são importantes para explorar quais as repercussões conjunturais de um processo judicial e suas implicações.

O autor entende que um processo é privadamente bom quando seus benefícios patrimoniais gerados pelo processo superam os gastos para ajuizar a ação, o mesmo raciocínio anteriormente exposto.

Já o processo socialmente bom é aquele que tem um papel fundamental na relação com a possibilidade de aquele direito não ser mais violado (ou ser violado menos frequentemente). Caso seja possível que o réu, responsável pela reparação, invista em formas de proteção e resguardo daquele direito a fim de que não seja mais violado ou que sua frequência diminua, o processo servirá como uma espécie de incentivo a se adotar determinada precaução.

Caso não seja mais possível influenciar na possibilidade de ocorrência da violação, esse processo não seria socialmente interessante, pois não há nada a ser feito para abaixar a possibilidade de ocorrência. Não havendo mais possibilidade de incentivar o resguardo de direitos pela parte ré, de modo que o “deterrence effect” não ocorra, Shavell (2004) entende que o efeito social do processo se perde.

O autor explica tal raciocínio com dois casos simples e uma série de cálculos matemáticos:

“Example 1. To illustrate the possibility of socially excessive suit, suppose that the losses a victim would suffer in an accident are \$10,000, that a victim’s cost of bringing suit is \$3,000 and an injurer’s cost of defending is \$2,000m that the probability of accidents is 10 percent, and that there is no precaution that injurers can take to lower the accident risk.

Victims will then bring suits whenever accidents occur, for suing will cost a victim only \$3,000, and yield him \$10,000. From the social perspective, this outcome is undesirable. Suit creates no beneficial deterrent, because injurers by assumption cannot do anything to lower risk. Yet, does generate legal costs: Expected legal costs are $10\% \times (\$3,000 + \$2,000) = \$500$. **The bringing of suits is not socially desirable in this example because there are no incentives toward safety created by the suits.** This fact is of no moment to victims, nor are other parties’ litigation costs. Victims bring suits for their private gain of \$10,000.

Although in this example there was no deterrent benefit whatever from the bringing of suits, it should be obvious that the point of the example would hold if the deterrent benefit were positive and not too large.

Let us now illustrate the opposite possibility, that suits might not be brought even though it would be best that they are brought.

Example 2. Suppose here that the losses victims suffer in accidents are \$1,000 and that an expenditure of \$10 by injurers would reduce the probability of accidents from 10 percent to 1 percent. The costs of suit and defending against suits are as in the previous example.

In this case victims will not bring suits, because doing so would cost a victim \$3,000 but yield him only \$1,000. Because injurers will not be sued, they will have no reason

to take care to reduce risk, and total social costs will therefore be $10\% \times \$1,000 = 100$.

It would be socially desirable for victims to bring suit, however. If they were to do so, injurers would be led to spend \$10 to lower risk from 10 percent to 1 percent; and a total social costs would thus be $\$10 + 1\% \times (\$1,000 + \$3,000 + \$2,000) = \$70$. The bringing of suits is socially worthwhile here (\$70 being less than \$100), because of the significant reduction in accident losses that would result. (And observe that this is true even though the total costs of \$5,000 exceed the victim's losses of \$1,000.) **But victims do not take the deterrence related benefits of suit into account. Each victim looks only to his own gain from suit, which is negative.**

As emphasized, a victim does not bring suit in this example because his private gain, the harm he has sustained, is not sufficient to outweigh his legal costs, **even though the general deterrent that would be engendered by the bringing of suits would so reduce accident losses that the bringing of suits would be socially worthwhile.**

A formal explanation of the points made in this section is as follows. **Suppose that the liability is strict.** Victims will sue if and only if $C_p < H$, where C_p is the victim's (plaintiff's) cost of suit and H is the harm suffered and what he will collect if he sues. Let Q be the probability of harm H if suit is not brought, let Q' be the probability of harm if suit is brought, and let X be the precaution expenditures that injurers will be induced to make if there is suit. (Thus, Q' will be less than Q if X is positive.) If suit is not brought, total social costs will simply be QH . If suit is brought, social costs will be $Q'H + X + Q'(C_p + C_d + C_s)$, where C_d is the injurer's (defendant's) litigation cost and C_s is the state's cost. Hence, the bringing of suit will lower total costs, be socially worthwhile, if and only if $Q'(C_p + C_d + C_s) < (Q - Q')H - X$. **In other words, suit is socially worthwhile if the expected litigation costs are less than the net deterrence benefits of suit.**" (Shavell, Steven, 2004, ps. 392/393. Grifo nosso)

Duas questões diferentes são apresentadas nos exemplos: a primeira se trata de uma impossibilidade de se reduzir a probabilidade de dano através de qualquer precaução a ser tomada pelo demandado, o que é uma situação deveras difícil de ocorrer para se acreditar à olhos vendados na premissa de Shavell (2004). Essa situação seria excepcionalíssima no mundo real, fora da hipótese abstrata. Porém, a situação em que o custo gerado dos direitos violados se tornam menores que o custo para gerar um processo de resguardo desses direitos ainda é um cenário a ser discutido. Por exemplo, se no exemplo 1 fosse possível a diminuição do risco de 10% para 1% como um gasto em precaução de \$900.

Ou seja, as contas seriam $QH = 10\%$ multiplicado por $\$10.000 = \$1,000$, ao passo que o custo social do processo seria $Q'H + X + Q'(C_p + C_d + C_s)$, ou seja, 1% de $\$10,000 + \$900 + 1\%$ de $\$5,000$ (3 mil do demandante e 2 mil do demandado), dessa forma, o custo social seria $\$100 + \$900 + \$50 = \$1,050$. Desse modo, caso o gasto em precaução seja acima de \$850, Shavell (2004) entende que esse processo não seria socialmente proveitoso.

Caso se esteja compromissado a saber a incidência do deterrence effect, essa fórmula que considera os custos do Estado e os custos da parte demandante não é a mais eficaz, pois tais custos não influenciam na atitude do demandado. Caso não seja somente esse o objetivo, mas também realizar a conta de gastos totais dos integrantes do processo e do Estado em contrapartida ao prejuízo tomado pelo não ajuizamento de ações, aí sim esse cálculo é válido. Não obstante, o resultado obtido não revela se esse será um processo socialmente bom por comportar mais gastos após o ajuizamento quando comparado com o momento anterior, seria somente um parâmetro de gastos.

No exemplo 2, o problema deriva de que o procedimento pensado pelo próprio direito (contratação de advogado + demais custos) impossibilita a persecução do direito material no caso concreto. Sendo assim, como o empecilho deriva do sistema que já está posto, o próprio ordenamento jurídico deveria disponibilizar alguma ferramenta, em prol do acesso à justiça, para possibilitar o processo nessa situação. Tentar demonstrar, através de um cálculo matemático, que seria melhor todos os injuriados se prejudicarem financeiramente para incentivarem o injuriador a diminuir a probabilidade do seu dano não me parece ser o caminho mais correto.

A grande questão do exemplo 1 é quem escolheu explorar tal nicho econômico. Se não há mais nada a se fazer para diminuir o risco de dano do e em um universo de responsabilidade objetiva, quem tem de suportar tal problemática é o explorador, que já recebe o benefício da exploração e não o requerente do direito violado.

O problema desse raciocínio é que o autor realiza tais afirmativas em um universo de situações acobertadas pela responsabilidade objetiva, algo que não é a regra no direito brasileiro. Em um sistema onde a culpa é elemento necessário da responsabilidade na maioria dos casos, não haveria que se raciocinar dessa forma pois a reparação do dano só aconteceria caso o réu agisse de forma culposa, assim como o mesmo reconhece. Além disso, presumir que as vítimas irão mover um processo sempre que um acidente ocorrer é simplesmente ignorar os

obstáculos do processo que vão além da diferença entre o custo do direito e o custo do processo²².

Em um sistema de responsabilidade objetiva, como é o caso das relações de consumo no CDC, é importante deixar claro que se é mais vantajoso ao demandado pagar pela violação de direitos em um processo por ser o fator preventivo muito custoso ou simplesmente impossível (inexistente), isso é um problema de quem assumiu o risco da exploração de determinada atividade econômica, o demandante não deveria deixar de reparar seu dano pois não há mais como reduzir, de forma viável ao demandado, a taxa de violação de determinado direito.

Através do cálculo, chega-se à conclusão que, se os custos totais do processo forem menores que a deterrência líquida, ou seja, a diminuição da probabilidade de dano com o processo movido multiplicado pelo dano e diminuído as despesas de precaução, o processo será socialmente recomendado²³. O estranho é colocar no mesmo patamar as despesas do dano sofrido com as despesas do processo em si pois tem natureza diferentes. O dano sofrido é sofrido justamente pois há uma violação jurídica que o justifica, os demais custos elencados são custos lícitos de uma sociedade.

Quando se coloca no mesmo cálculo ao passo que tudo se trata de despesa, iguala-se a quantia monetária proveniente de um ato em desconformidade (não se utiliza aqui a expressão ato ilícito pois é possível a responsabilização por atos lícitos) com o direito e outras de atos em conformidade. Para combater o problema da quantidade excessiva de processos judiciais, não é necessário tolher o direito da parte demandante em função da existência de demais gastos realizados no processo.

²² SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 393.

²³ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 393.

Ao Shavell (2004) utilizar a expressão socialmente bom, parece querer dizer economicamente eficiente. Naturalmente, seria melhor para a sociedade se a probabilidade de ocorrência do dano diminuísse, mas também seria bom que o próprio causador do dano já investisse para que a probabilidade já estivesse mínima. O interesse social existente no deterrence effect não pode ser julgado maior que o interesse social na reparação do dano individual – se a persecução do direito individual desincentivasse a ocorrência do deterrence effect, o raciocínio seria outro. Obviamente seria melhor se o processo conseguisse, além de reparar o direito violado, incentivar a não violação futura, porém, associar um processo que só repara o direito violado como não socialmente bom é uma distorção.

A distorção existe na medida em que o autor toma como premissa que processos socialmente bons são mais desejáveis, caso tenha de se escolher entre os privativamente bons e os socialmente bons, fazendo com que o interesse social no incentivo a não reparar o direito individual violado seja superior ao efeito primário de um processo: assegurar o direito do caso concreto.

O efeito deterrence é uma consequência importante, porém secundária, quando comparado com a persecução do direito violado. Caso haja possibilidade de o demandado investir em precauções, este deveria fazer para violar cada vez menos o direito, não porque processos judiciais o estão coagindo economicamente. Apesar de ser uma visão idealista, direito deve ser respeitado pela sua simples existência, independentemente de haver processo judicial ou não.

Caso não haja possibilidade de ocorrer o deterrence effect mesmo com a imposição de um processo judicial no caso concreto, pedir para o indivíduo não reparar o dano causado pois seu processo não incentivará na redução da probabilidade do dano, ao meu ver, é socialmente absurdo, pois se está subordinando o direito à reparação à uma ideia de eficiência econômica da exploração daquele determinado setor, que seria de total responsabilidade e risco do explorador, afinal, quem escolheu explorar e se arriscar, sob a perspectiva de benefício futuro (lucro), não foi autor da ação de reparação. Frise-se que há outras vias para alcançar o deterrence

effect e estimular a não violação de direitos através de uma quantia a ser investida em precaução.

Se não há como reduzir mais a probabilidade de dano por se tratar de responsabilidade objetiva, querer que o demandante não repare o dano causado pois o setor que o demandado resolveu explorar não o permite, não interessa para o direito e se há algo de extrema relevância social é o respeito a ordem jurídica vigente. Além disso, argumentar em um universo em que a responsabilidade é objetiva para provar um ponto é absurdo quando a realidade em sua minoria é composta por obrigações respaldadas em responsabilidade objetiva. Além disso, por trás de uma responsabilidade objetiva, quase sempre há uma responsabilidade subjetiva no direito de regresso. Caso aquele causador do dano não consiga mais diminuir a incidência do dano, a responsabilidade é dele, não da sociedade, apesar da sociedade também se beneficiar quando diminuis-se a probabilidade de ocorrência do dano.

Apesar das críticas, o Shavell conseguiu proporcionar uma visão do processo para além da visão individual de cada parte, trazendo à tona a comparação dos gastos tanto das partes como do Estado.

2.2 Três cenários importantes do efeito deterrence

Para facilitar a compreensão do efeito deterrence no direito brasileiro, devemos separar três situações por força de suas singularidades: a violação de um direito em um cenário de responsabilidade objetiva, em um cenário de responsabilidade subjetiva quando o demandado viola de forma culposa e, por fim, o mesmo cenário de responsabilidade subjetiva quando o direito é violado de forma intencional, ou seja, com dolo.

Apesar de o direito civil brasileiro não diferenciar o dolo e a culpa advindo de um ato ilícito que enseja a reparação civil de determinado direito violado, essa diferenciação faz-se

necessária à medida que o efeito deterrence de cada situação dessas pode ser visto e até calculado de maneira diferente.

O cenário de responsabilidade objetiva, já demonstrado anteriormente, possui algumas particularidades que influenciam diretamente no deterrence effect: esse é o único cenário em que existe a possibilidade efetiva do gasto em precaução não gerar frutos positivos no que concerne à diminuição da probabilidade de dano a algum direito tendo em vista que a responsabilidade prescinde de uma atitude culposa ou descuidada do demandado. Tal cenário, apesar de parecer uma distorção, é necessário para resguardar o direito de uma parte vulnerável na relação jurídica. A responsabilidade objetiva não é regra, mas sim exceção.

Diferentemente do que demonstra Shavell (2004), o demandado não está interessado em diminuir os custos sociais, mas sim em diminuir seus custos privados também²⁴. Dessa forma, o cálculo para avaliar a possibilidade de existência do deterrence effect é outro. Ao invés de se utilizar a probabilidade de dano, utiliza-se a probabilidade de o ofendido entrar em juízo, o qual é menor – e dificilmente igual – à probabilidade de dano, porém, sempre vinculadas. Pelos diversos motivos mencionados no começo do capítulo (os fatores negativos aliados ao processo: o estresse, a demora, as máculas e, principalmente, os custos para instaurar um processo judicial), o contingente de pessoas que sofreu o dano será maior que o conjunto que, de fato, moverá uma ação judicial, por isso, não faz sentido pensar em probabilidade de dano em abstrato. Sendo assim, a probabilidade de se ajuizar uma ação em casos de violação do direito pleiteado, multiplicado pela probabilidade de êxito e pelo custo que a ação terá para o demandado é igual parte do custo judicial que o demandado terá que suportar.

Para diminuir esse custo, o demandado deverá investir em algo que consiga diminuir a probabilidade do demandante ajuizar uma ação, ou seja, investir em precaução para diminuir a probabilidade de dano, por conseguinte, diminuir a probabilidade de ações serem ajuizadas. Ao passo que se está em um universo de responsabilidade objetiva, esses investimentos em

²⁴ KATZ, Avery. *Foundations of the Economic Approach to Law*. New York: Foundation Press, 1998, p. 148.

precaução não têm o mesmo poder de diminuir tal probabilidade de dano como se dá no caso de existência de culpa.

Dessa forma, para o demandante investir em precaução, por conseguinte, violar menos direitos, os custos dos processos judiciais (advindos da probabilidade de entrar na justiça caso o direito seja violado, multiplicado pela probabilidade de êxito, multiplicado pelo custo desse direito, somadas os custos de advindos da diferença entre os erros judiciais em desfavor da demandante e os erros judiciais em favor da demandante e, por fim, somados todos os gastos de litigação – honorários advocatícios, custas processuais, gastos probatórios, etc.) devem ser maiores que o custo dos processos judiciais após inserida a precaução somada com o custo dessa precaução.

A equação se daria dessa forma: (Probabilidade de entrar na justiça em caso de direito efetivamente violado x probabilidade de êxito x pela quantia do dano) + (quantia referente a erro judicial em desfavor do demandante – quantia referente a erro judicial em favor do demandante) + custos de litigação < custo em precaução + custos com processos judiciais após a inserção da precaução.

Cabe ressaltar que: (Probabilidade de entrar na justiça em caso de direito efetivamente violado x probabilidade de êxito x pela quantia do dano) + (quantia referente a erro judicial em desfavor do demandante – quantia referente a erro judicial em favor do demandante) + custos de litigação = total de custos com processos judiciais anteriores à inserção da precaução, logo: custos com processos judiciais anteriores à inserção da precaução < custo em precaução + custos com processos judiciais após a inserção da precaução.

Para que haja um interesse no investimento em precaução, tal precaução deve ter um custo inferior à diferença entre o custo de condenações judiciais anteriores à inserção da precaução e o custo de condenações judiciais após a inserção da precaução: custos com processos judiciais anteriores à inserção da precaução – custos com processos judiciais após a inserção da precaução < custo em precaução.

Considerando que a principal variável disponível à alteração é a probabilidade de injuriado mover um processo judicial em função do dano suportado, a precaução teria um papel importante em diminuir a probabilidade de incidência do dano e, por conseguinte, a probabilidade de demandantes movendo processos judiciais em face do demandado. Porém, como se está a analisar o cenário de responsabilidade objetiva, a precaução pode não ter o poder de influenciar diretamente essa probabilidade. A precaução seria eficiente nos casos em que uma atitude culposa desse ensejo ao dano, porém, nos casos de inexistência de culpa por parte do demandado, qualquer precaução dificilmente alteraria a probabilidade de ocorrência do dano e, por conseguinte, a quantidade de injuriados que movem um processo judicial.

Um exemplo concreto é necessário para que a situação seja melhor compreendida:

É de amplo conhecimento que, diante do CDC, as relações consumeristas dialogam com o universo da responsabilidade objetiva do ato ilícito causado. Suponha-se que um consumidor João compre um quilo de carne bovina da FRIBOI no supermercado perto de sua casa para que seja consumida no jantar. Na ocasião importante do jantar com sua noiva, João cozinha e ambos se deliciam com a carne. No dia seguinte, os dois acordam passando muito mal devido a um protozoário presente naquela peça de carne. Tal protozoário se prolifera comumente em ambientes de pouca higiene e onde a temperatura ideal para a carne não é respeitada. Diante disso, João move uma ação contra o supermercado de carnes, já que é solidariamente responsável pela idoneidade do produto que vende.

É interessante reparar que João pode, através da solidariedade, perseguir qualquer um dos fornecedores que compõem a linha de produção daquela carne, porém, fez uma escolha de ir atrás somente do supermercado, por ser um processo mais ágil. Destaca-se que basta a apresentação do nexos causal, do dano e do ato ilícito praticado, independentemente da existência ou prova da culpa.

Duas situações podem existir: a culpa pode ter sido do próprio supermercado, o qual não armazenou em ambiente higienizado e na temperatura correta ou a culpa pode ser de qualquer outro personagem figurante da linha de produção daquela carne, o produtor, transportador, etc., fazendo com que a culpa não seja do supermercado. Para o CDC, não interessa qual dos dois cenários é o real, o que importa é que o produto estava viciado e que o supermercado, demandado no processo judicial, tem a obrigação reparar o dano causado.

Caso o supermercado esteja enquadrado na primeira situação, o investimento em precaução poderá ser muito bem-vindo e ter um papel fundamental em reduzir o risco de futuros danos. Caso o supermercado invista em um novo freezer ou em um serviço de limpeza melhorado, muito provavelmente a consequência disso é a diminuição da probabilidade de dano e, por conseguinte, a diminuição de custos com processos judiciais. No segundo caso, apesar do supermercado ter assegurado seu direito subjetivo de regresso contra o real causador do dano, o investimento em precaução, na maioria das vezes, não será muito eficiente em reduzir a probabilidade do dano, tendo em vista que o supermercado teria agido de forma totalmente diligente com o produto a ser vendido.

O segundo cenário, referente à responsabilidade subjetiva quando o demandado age com culpa em estrito senso, tem muita semelhança com a primeira situação do caso do supermercado retromencionada. Nesse cenário, de fato o efeito deterrence tem muito mais possibilidade de se concretizar ao passo que os custos de precaução alcançariam efeitos positivos na diminuição da probabilidade de dano muito mais facilmente. Naturalmente, apesar de haver maior incentivo ao demandado a não violar mais direitos através de atos negligentes, imprudentes e imperitos, tendo em vista a redução dos custos judiciais que a precaução evitaria, um problema ainda há de ser exposto.

Chegará um momento em que o custo da precaução ficará cada vez mais alto para cobrir o resto da probabilidade de incidência de dano, tendo em vista que o ideal seria que a incidência de dano fosse igual a zero. Quando a incidência está próxima de zero, ou seja, 5%, por exemplo, para que se diminua a incidência, o custo em precaução, na maioria das vezes, logicamente, aumenta-se drasticamente.

Nesse cenário, por exemplo, em que o risco de dano é de 5% e a probabilidade de se ter uma ação ajuizada é de 2%, o custo na precaução cada vez ficando maior, em algum momento, a soma entre a precaução anterior e o custo dos processos judiciais ao tempo dessa precaução menos custosa seria menor que a soma da possível precaução majorada com o custo dos processos judiciais ao tempo da nova precaução, fazendo que o efeito deterrence não ocorra, mantendo-se o custo de precaução anterior.

Apesar de problemática, essa falta de incentivo a não violar o direito, em casos de responsabilidade subjetiva, somente ocorrerá quando a diferença entre a precaução anterior e a nova precaução majorada for maior ou igual à diferença entre custos com processos judiciais anteriores à majoração da precaução e os custos com processos judiciais após a majoração da precaução.

Precaução anterior (P), somada com o custo de processos no tempo da precaução P (C) deve ser maior que a precaução majorada (P') somada com o custo de processos no tempo de P' (C') para que o efeito deterrence seja possível, sendo assim: $P + C > P' + C'$.

Logo, para que seja possível a realização do efeito deterrence, $C - C' > P' - P$.

O terceiro cenário, representado pela violação de um direito sob a responsabilidade subjetiva e com dolo de fazê-lo, merece uma atenção especial. Apesar demonstrar-se parecido com os dois anteriores, em certa medida, possui uma especificidade: não há o conceito de precaução, mas sim o de violação.

Quando o injuriador viola direito alheio por vontade própria, sem nenhum fator externo que o influencie, o efeito deterrence o incentivará a respeitar o direito por sua vontade, não há espaço aqui para precauções pois o único obstáculo entre o direito ser efetivamente prestado e a sua violação é a vontade do demandado.

Obviamente, o demandado não viola direitos pois prefere que assim aconteça, mas o faz por um juízo de sobrevivência ou lucratividade econômica. A ideia é simples de ser compreendida, partindo da premissa que os direitos advindos de qualquer setor, para empregados, consumidores, etc., possuem um valor econômico de implantação e manutenção, tal valor pode ser suprimido, caso o direito daquele alvo específico não seja conferido volitivamente no dia-a-dia (sem coação judicial).

O ideal privado para o demandado seria que nenhum direito fosse conferido, aumentando sua margem de lucro ao máximo, fazendo com que os únicos direitos a serem implantados fossem os ordenados pelo poder judiciário, para os que movam ação para tal. Apesar de haver, em hipótese, 100% dos direitos negados, menos de 100% das pessoas iriam adentrar à justiça para questioná-los, ainda mais dependendo do setor em que o demandado se encontra, fazendo com que o demandante tenha mais obstáculos que benefícios ao entrar na justiça. Ao invés de conferir o direito de cada um na origem, os únicos conferidos seriam os direitos de parcela do total de pessoal que tiveram seus direitos violados, as quais entraram na justiça.

Caso o poder judiciário condene o demandado ao adimplemento dos direitos violados sem nenhuma sanção extra, ou seja, que ultrapasse o valor dos direitos negados materialmente, o efeito deterrence se perde, fazendo com que o demandado prefira pagar uma porcentagem do total e ainda adiada. Apesar da necessidade de correção monetária, só o tempo de demora para se solucionar a questão judicialmente tornaria a especulação e o investimento daquele débito mais interessante, suprimindo o valor da correção monetária e, muitas vezes, da própria causa.

O dano moral pode ser visto como fator importante nesse caso, tendo em vista que esse valor não seria pensado pelo demandado no momento de escolha de não implantação daquele direito. Para o demandado, o dano moral serve para majorar e sancionar o não cumprimento espontâneo daquele direito ora ignorado, servindo como um certo incentivo, a depender do valor da condenação, para cumprir os direitos de plano. O grande problema é que o dano moral, no Brasil, não é o instrumento idealizado para sancionar empresas, por exemplo, que não cumprem a norma espontaneamente, servindo somente para reparar o dano a direito da

personalidade ou a honra, dores da alma, etc., fazendo com que o efeito deterrence advindo de condenações do judiciário não seja tão eficaz.

A mudança de comportamento se aperfeiçoaria se a consequência financeira (custos) do total de processos referentes aos direitos violados fosse custosamente superior a implantação dos próprios direitos, fazendo com que o demandado prefira implantar a ser sancionado.

A violação de direitos só resiste por uma simples equação: o total de verbas que o demandado tem de pagar devido a processos judiciais somados a implantação de um direito específico, como o de férias, por exemplo, torna-se mais custoso que violá-lo e custear os efeitos de possíveis ações judiciais: o custo de processos no tempo da implantação de direitos I (C) + implantação do direito de férias a todos os funcionários (I) $>$ o custo de processos no tempo da implantação parcial de direitos I' (C') + implantação do direito de férias parcialmente aos funcionários (I'). Caso $C' + I'$ for menor que $C + I$, o demandado sempre preferirá adotar o caminho menos custoso, ou seja, $C' + I'$. O valor de I é o valor do próprio direito, sendo uma constante, só alterada dependendo da porcentagem de implementação.

Caso o valor dos custos dos processos que combatem à essa violação de direitos aumente, seja proporcionando uma amplitude no acesso à justiça, aumentando assim a porcentagem de pessoas que entram na justiça (aproximando a probabilidade de violação com a probabilidade de pessoas que entram na justiça), seja criando mais encargos para o demandado ou até mesmo através de um possível dano moral ou qualquer figura jurídica que aumente o valor material do direito pleiteado, o demandado seria compelido financeiramente a implantar o direito e não mais lucrar com sua violação pois tal fato demonstra-se uma distorção do sistema jurídico constitucional.

Se uma violação de direito tiver a resposta do judiciário com uma sanção superior à redução dos gastos que essa ausência do direito proporcionou ao demandado, não fará tanto sentido, na seara do interesse privado do demandado, a manutenção das violações.

Outros fatores, naturalmente, adentram a esse cálculo pois o efeito deterrence pode acontecer de diversas maneiras, uma delas é a força coercitiva do poder judiciário, mas outro exemplo pode ser o mercado, a competição, etc. Em realidade, o demandado encontra o equilíbrio entre a necessidade mínima de direitos para atravessar uma possível fiscalização estatal de caráter auto executória e para se manter em nível de igualdade para com seu pares, como por exemplo, no caso de empresas, a não ficar para trás na perspectiva de competição e também não manchar sua imagem no mercado de capitais. Além desses fatores, muitos outros incidem sobre o demandado que escolhe violar direitos.

Uma coisa é certa, extrai-se lucro da violação de direitos justamente por o demandado conhecer que os obstáculos de se entrar na justiça são muitos, fazendo com que a quantidade de violações seja muito superior à quantidade de processos individuais e, além disso, os gastos com os processos muitas vezes não chegam ao valor do direito suprimido, impossibilitando a ocorrência do efeito deterrence.

Um exemplo concreto faz-se necessário para aplicar as premissas e conclusões anteriores. Suponha-se que uma empresa, por entender a necessidade de aumentar sua margem de lucro, decida retirar o direito de férias de 80% dos trabalhadores. Com isso, reduziu seu custo para desempenhar o mesmo serviço em R\$800.000,00 em um ano, passando a pagar somente R\$200.000,00. Vale ressaltar que anteriormente à retirada do direito de férias, a empresa já sofria com ações na justiça por diferentes outras razões no valor de R\$1.000.000,00. A partir desse cenário, ações na justiça aumentaram, por conseguinte, condenações e gastos com litigância também. O total de verbas a serem pagas por conta de processos judiciais é de R\$1.300.000,00, sendo a majoração 100% ligada ao desrespeito ao direito de férias de 80% dos funcionários.

A partir desse cenário, é possível entender que houve uma majoração de 300 mil reais em gastos com processos judiciais (Probabilidade de entrar na justiça em caso de direito efetivamente violado x probabilidade de êxito x pela quantia do dano) + (quantia referente a erro judicial em desfavor do demandante – quantia referente a erro judicial em favor do demandante) + custos de litigação). Por outro lado, a diferença entre o custo majorado dos

processos judiciais ao tempo da violação e o custo dos processos judiciais anteriores à política de violação, ou seja, os R\$300.000,00, são muito inferiores aos R\$800.000,00 que foram poupados pela empresa. Com essas violações do direito de férias, a empresa lucrou R\$500.000,00, fazendo com que o efeito deterrence não ocorra. $C' - C < I - I' = C + I > C' + I'$.

Utilizando o cálculo supracitado, R\$1.000.000,00 (ações na justiça anteriores à adoção da nova política de corte no direito de férias dos trabalhadores) + R\$1.000.000,00 (custo do direito de férias de todos os trabalhadores) > R\$1.300.000,00 (ações na justiça posteriores à adoção da nova política de corte no direito de férias dos trabalhadores) + R\$200.000,00 (valor dos direitos de férias dos 20% restantes). Desse modo, é possível visualizar que o efeito deterrence não fora viabilizado devido à permissividade para com a lucratividade dos direitos violados.

2.3 Acordos

Acordos são judiciais ou extrajudiciais a depender do momento em que são realizados, tendo um mesmo objetivo: chegar a um denominador comum para sanar o direito em questão e impedir que o demandante do direito adentre às portas do poder judiciário, facilitando a resolução do conflito. Os acordos conciliatórios são formas alternativas de resolução de conflitos quando comparados com a forma padrão da jurisdição. Apesar de não ser um instituto forte e amplamente utilizado no direito brasileiro, o Código de Processo Civil de 2015 supervalorizou as formas alternativas à resolução de conflitos, criando a etapa quase sempre obrigatória da conciliação antes da audiência de instrução e julgamento como tentativa de priorizá-lo.

A partir desse cenário, entender como funciona a dinâmica do acordo em função das partes envolvidas torna-se imprescindível. Muitos fatores podem ser vitais para a conclusão e o aperfeiçoamento de um acordo, no entanto, os autores Avery Wiener (1998) e Steven Shavell

(2004) chamam a atenção primeiramente para um dos juízos primordiais à realização de qualquer acordo.

Na perspectiva do demandante, o valor mínimo aceitável para realizar o acordo é igual à probabilidade que o mesmo possui de prevalecer em um possível julgamento de mérito, multiplicado pela quantia do direito em questão e subtraído do quanto gastará em despesas do próprio processo. Caso entenda que possui 100% de chance de sair vitorioso de um julgamento, o qual confira um direito no valor de 30 mil reais e, para isso, gaste 10 mil reais no total de despesas do processo, seu mínimo aceitável será 20 mil reais. Caso seja oferecido menos que essa quantia, não haveria razão, nesse modelo matemático, para o demandante aceitar o acordo²⁵.

Já para o demandado, este encontraria seu máximo aceitável na quantia em que possivelmente irá perder com o julgamento, somado todo o custo do processo. Para isso, caso entenda que as chances de perder são de 60%, o direito em questão corresponda à quantia de 30 mil reais e seus custos com o desencadeamento do processo sejam de 25 mil reais, sua quantia máxima aceitável para um possível acordo seria de 43 mil reais.

Conforme a hipótese apresentada, a realização do acordo seria possível pois o mínimo aceitável do demandante é menor que o máximo aceitável do demandado²⁶.

Essa fórmula depreendida de uma realidade simples somente denota a possibilidade ou não da realização de um acordo em um universo sem demais obstáculos externos. Algumas situações podem modificar o rumo da possibilidade de acordo independente do que o cálculo

²⁵ KATZ, Avery. **Foundations of the Economic Approach to Law**. New York: Foundation Press, 1998, p. 149; SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, 401.

²⁶ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 402.

matemático preveja. Porém, antes de adentrar nesse subtema, é necessário expor que par ao modelo brasileiro de processo civil, alguns fatores devem ser modificados no cálculo exposto.

Como é de amplo conhecimento, a norma processual brasileira prevê, via de regra, que o derrotado no processo judicial arcará com as custas do vencedor, quais sejam a taxa judiciária e as despesas referentes a realização dos atos judiciais, além do pagamento de honorários sucumbenciais para o advogado da parte vencedora, sendo este de, no mínimo 10% e, no máximo, 20% sobre o valor da causa. Isso tudo caso a parte vencida não seja beneficiária da gratuidade de justiça, afastando a exigibilidade de tais verbas.

A partir dessas informações, o cálculo mais correto a ser feito para entender o mínimo aceitável do demandante seria a probabilidade que entende possuir de vencer (P_v) multiplicada pela quantia referente ao direito em questão (Q), subtraídos da probabilidade de perder (P_p) multiplicada pelas custas judiciais de ambas as partes (C) e honorários sucumbenciais (H_s) da parte demandada, subtraída também a quantia referente aos honorários contratuais (H_c). A equação seria: $P_v \times Q - [P_p \times (C + H_s) + H_c]$, onde x significa multiplicação. Tais informações aumentam o mínimo aceitável pois o demandante somente irá computar C e H_s parcialmente, de acordo com sua probabilidade de sucumbir.

Já em relação do demandado, este levará em conta, para se chegar ao máximo aceitável, a probabilidade que entende possuir de perder (P_p), multiplicado pela quantia referente ao direito em questão (Q), somadas a probabilidade de perder (P_p) multiplicada pelos honorários sucumbenciais (H_s) e custas (C) e, por fim, somados os honorários contratuais (H_c). A equação seria: $P_p \times Q + [P_p \times (C + H_s) + H_c]$.

Logo, para que o acordo ocorra, $P_{va} \times Q - [P_{pa} \times (C + H_s) + H_{ca}] < P_{pr} \times Q + [P_{pr} \times (C + H_s) + H_{cr}]$. As letras a e r correspondem a autor e réu. Podemos chegar a uma conclusão similar à de Steven Shavell²⁷(2004), quando diz que um acordo irá ser realizado quando o valor estimado a ser recebido pelo autor (demandante), que seria a multiplicação $P_{va} \times Q$, não ultrapassar o valor estimado a pagar pelo réu (demandado) em valor maior que a soma de ambos

²⁷ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 403.

os custos processuais; Logo, $Pva \times Q - Ppr \times Q < [Ppr \times (C + Hs) + Hcr] + [Ppa \times (C + Hs) + Hca]$.

A partir dessa dinâmica de raciocínio, é possível concluir que se a crença das partes for parecida no que toca a possibilidade de ganhar ou perder, muito provavelmente o acordo terá ampla possibilidade de ser realizado²⁸, tendo em vista que o valor do direito é praticamente uma constante, assim como as custas. Os honorários contratuais seriam os únicos a se diferenciarem, porém, nada que tivesse aptidão de modificar completamente o cenário. Dificilmente a diferença de honorários contratuais para as partes será muito grande pois o objeto da demanda é o mesmo para ambas as partes.

Algumas dificuldades podem comprometer essa lógica matemática descrita acima. Outros fatores externos podem influenciar tanto para a realização de acordos como para a sua não ocorrência, modificando o mínimo e o máximo aceitáveis de cada parte.

O primeiro fator, de maior capacidade de interferência na realização ou não de acordos, é a crença das partes²⁹. Assim como brevemente exposto, caso o demandante entenda que suas chances de sair vitorioso após um julgamento sejam consideráveis, naturalmente irá aumentar seu mínimo aceitável. Porém, caso o demandado não acredite na prosperidade do demandante, o seu máximo aceitável também sofrerá modificação: irá diminuir.

Essa diferença de crenças tem o poder de modificar o rumo do acordo pois, caso a diferença supere a soma dos custos processuais, não haverá acordo, utilizando a equação $Pva \times Q - Ppr \times Q < [Ppr \times (C + Hs) + Hcr] + [Ppa \times (C + Hs) + Hca]$.

²⁸ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 402.

²⁹ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 404.

Vários podem ser os motivos para a diferença de entendimento das partes quanto a probabilidade de vitória do demandante. O acesso à informação de cada uma das partes pode comprometer fortemente para o crédito ou descrédito do direito pleiteado. Caso o demandado entenda que o demandante não possui a informação ou prova necessária para demonstrar sua responsabilidade em juízo, sua tendência será diminuir o máximo aceitável.

Outra situação é de as partes, apesar de estarem analisando a mesma demanda, entenderem que suas respectivas teses se aplicam ao caso concreto e, por conseguinte, que possuem grandes chances de saírem vitoriosos. O problema tende a se agravar quando as partes decidem, de forma muito intuitiva, a não compartilhar o mérito e a estratégia de cada um. Não compartilhar pode ser uma escolha interessante sob o ponto de vista técnico por preservar o elemento surpresa, por outro lado, cria certos entraves ao aperfeiçoamento de acordos por não poder argumentar livremente com a parte adversária.

Outras diversas situações, como é o caso do otimismo exacerbado e da divergência de interesses entre clientes e advogados por exemplo, podem interferir na diferença de entendimento a respeito da probabilidade de o demandante sair vitorioso³⁰.

O segundo fator é o valor do direito pleiteado. Esse fator é acompanhado de uma situação específica, a qual prevê que os custos derivados do processo (custas judiciais, sucumbência, honorários contratuais, etc.) sejam constantes. De acordo com o a equação já exposta, quanto maior for o valor do direito pleiteado (Q), mantidos os valores de C, Hs e Hc, menos relevância tem a proximidade da crença nas probabilidades pois, caso o valor seja muito alto, uma pequena diferença de perspectiva das partes na probabilidade de vitória do demandante tem a capacidade de superar o os custos processuais de ambas as partes somados.

Caso o valor do direito pleiteado seja de 70 mil reais, e as custas de ambas as partes somadas sejam de 5 mil, honorários sucumbenciais no valor de 5.5 mil (10%), honorários

³⁰ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 405.

contratuais do demandante no valor de 20 mil e do demandado no valor de 30 mil, probabilidade que o demandante entende de vencer é de 55% e a probabilidade que o demandado entende de perder é de 35%. Nesse caso, $55\% \times 70\text{mil} - 35\% \times 70\text{mil} < [35\% (5 \text{ mil} + 7 \text{ mil}) + 30\text{mil}] + [55\% \times (5 \text{ mil} + 7 \text{ mil}) + 20 \text{ mil}] = 38500 - 24500 < 4.200 + 30 \text{ mil} + 6.600 + 20 \text{ mil} = 14.000 < 60.800$

De acordo com o cálculo anterior, é necessário concluir que há possibilidade real de existência de um acordo. Não obstante, o caso seria outro se o valor do direito pleiteado fosse de 700 mil de reais. Mantidos todos os outros elementos do cálculo, com exceção dos honorários sucumbenciais por serem calculados a partir do valor da causa, a equação se daria da seguinte forma: $55\% \times 700 \text{ mil} - 35\% \times 700 \text{ mil} < [35\% (5 \text{ mil} + 70 \text{ mil}) + 30\text{mil}] + [55\% \times (5 \text{ mil} + 70 \text{ mil}) + 20 \text{ mil}] = 385.000 - 245.000 < 26.250 + 30 \text{ mil} + 38.500 + 20 \text{ mil} = 140.000 < 114.750$. A partir dessa situação, o acordo não será realizado pois o valor estimado a ser recebido pelo demandante ultrapassou o valor estimado a pagar pelo demandado em valor maior que a soma de ambos os custos processuais.

Dois pontos importantes devem ser observados: o congelamento dos honorários contratuais independentemente do valor da demanda e o papel dos honorários contratuais na realização do acordo.

A magnitude do valor do direito pleiteado só consegue, como apresentado acima, interferir na realização do acordo em um universo hipotético em que os honorários contratuais dos advogados das partes permanecem os mesmos, a despeito do alto valor da demanda. Esse modelo dificilmente ocorrerá na prática advocatícia pois grande parte dos advogados já estabelece seus honorários contratuais a partir de uma porcentagem do valor da demanda em caso de êxito. Dessa forma, os custos processuais das partes tendem a aumentar de acordo com o valor da demanda. Outra possibilidade pode ocorrer: o advogado não cobrar honorários a partir do êxito em uma porcentagem do valor da demanda, mas sim, por ato processual concluído.

Naturalmente, o advogado pode cobrar um valor fixo para mover uma ação, recorrer, peticionar, etc., fazendo com que esse valor se torne mais constante que o anteriormente mencionado. Apesar disso, o advogado também está permitido a cobrar valores diferentes a causas diversas, mesmo sem vincular seus honorários diretamente a uma porcentagem da demanda. É plenamente possível um advogado cobrar 5 mil de honorários para confeccionar uma ação de reintegração de posse em um apartamento no Engenho Novo e, de outro cliente, cobrar 50 mil para uma ação de reintegração de posse de um apartamento no Leblon, levando em consideração o status social do seu cliente ao aumentar ou diminuir o valor de seus honorários contratuais.

Realmente pode ser que o advogado deixe estático seus honorários por qualquer motivo, não obstante, essa não será a melhor representação da realidade.

Independentemente da questão relacionada aos honorários contratuais, os honorários sucumbenciais têm um papel importante na amplificação as condições favoráveis ao acordo. Como tais verbas acompanham necessariamente o valor da causa, vinculando-se de 10 a 20% sobre esta, os custos somados com o processo aumentam, fazendo com que a diferença entre a probabilidade multiplicada pelo valor do direito pleiteado ($P_{va} \times Q - P_{pr} \times Q$) tenha de ser realmente alta para que o acordo não seja compreendido como de mútuo benefício às partes. Sendo assim, quanto maior é a despesa com o processo, maior é a probabilidade de acordo, ao passo que quanto maior é o valor do direito, maior é a probabilidade da adoção da via judicial para a resolução dos conflitos.

O terceiro fator de grande influência na dinâmica dos acordos é a emoção. A emoção das partes pode aumentar ou diminuir consideravelmente as possibilidades de acordo, a total despeito de o cálculo demonstrar ser um acordo de mútuos benefícios.

A aversão ao risco, ansiedade, a amizade entre as partes, etc., podem ser fatores que diminuam consideravelmente o mínimo aceito pelo demandante e aumentem o máximo aceito pelo demandado. Para não ter de passar por um processo judicial, as partes que projetam seu

desconforto futuro podem flexibilizar seu anseio e modificar o quantum a receber com o objetivo de facilitar a realização do acordo. Claro que, com exceção da amizade entre as partes, caso a parte contrária saiba da condição, tentará utilizá-la em seu benefício e flexibilizar ainda mais o valor.

A forte emoção negativa, repulsa, raiva, etc., em função da parte adversária, por sua vez, também tem a capacidade de modificar a trajetória de um acordo, independente dos benefícios mútuos. Uma parte que sente repulsa do seu adversário pode deixar a razão de lado, perder a oportunidade de realizar um acordo que vá beneficiá-lo muito mais que um julgamento definitivo por um juiz de direito, aumentando de forma arbitrária o seu mínimo aceitável (caso seja demandante) ou diminuindo drasticamente o seu máximo aceitável (caso seja o demandado). Muitas vezes a emoção negativa é tão grande que, independentemente do valor a ser acordado, a parte prefere macular a parte adversária com um julgamento a aperfeiçoar qualquer espécie de acordo. A derrota da parte adversária, em um embate judicial, é precificado de forma diferente para pessoas diferentes.

O quarto fator a compor o juízo de acordar é o tempo. O tempo referente à demora judicial pode ser um grande empecilho para o demandante, principalmente, preferir a prestação jurisdicional. As partes acabam por compor o conflito de forma alternativa à jurisdição pois a demora pode influenciar diretamente ou indiretamente a parte interessada na agilidade. A influência direta se dá quando a parte necessita da verba ou direito pleiteado de forma urgente, quando possui natureza alimentar, por exemplo. Verbas de natureza trabalhista são facilmente flexibilizadas pela parte requerente por necessitá-las de forma urgente. Enquanto uma parte necessita da rapidez, mais uma vez, caso a parte contrária saiba, utilizará essa informação para beneficiar-se e diminuir o mínimo aceitável do demandante, por exemplo.

O tempo pode influenciar de forma mais indireta, sendo suficiente que financeiramente não seja interessante entrar em um embate judicial mesmo que a proposta de acordo da parte adversária esteja a quem do esperado. Suponha-se que os rendimentos financeiros da aplicação das verbas prometidas pelo acordo, durante o tempo de demora médio de um processo judicial sobre o mesmo assunto, sejam suficientes a ultrapassar o mínimo aceitável - corrigido - ao

tempo da conclusão do processo. Tal fato pode ser de extrema relevância para motivar-se a realizar um acordo. É importante salientar que o fator do tempo de demora da demanda é um aspecto que influencia de forma muito mais incisiva o demandante que o demandado pois, normalmente, o interesse na agilidade processual é de quem clama pelo direito violado.

Por fim, o último fator a ser tratado é o da real possibilidade de a parte adversária respeitar a decisão judicial, mesmo após finalizado o processo de conhecimento. Esse é outro juízo que normalmente é aperfeiçoado pelo demandante, pois é de seu interesse que a parte adversária faça ou deixe de fazer algo. Caso o demandante entenda que seu valor mínimo aceitável para a composição de um acordo é de 50 mil reais, por exemplo, e a parte adversária é uma pessoa física insolvente ou uma pessoa jurídica falida, sem bens para saldar a dívida, esse mínimo necessário deverá, naturalmente, adequar-se à realidade fática do demandado.

Suponha-se que a parte injuriadora receba mensalmente uma renda de um salário mínimo sem bens aptos a serem penhorados, demandante sabe que não receberá os devidos 50 mil reais mesmo que seja atestado em título executivo judicial. Moverá uma execução que, com sorte, conseguirá bloquear 30% do salário do seu adversário. Dificilmente conseguirá ter acesso aos 50 mil devidos, e ainda terá um gasto muito superior com o próprio processo do que sua recompensa com o mesmo. Nesse caso, a condição financeira do adversário é um fator a ser levado em conta tanto para se pensar em mover uma ação assim como para flexibilizar os valores aceitáveis em um possível acordo.

Cumpramos frisar que os fatores acima expostos compõem um rol meramente exemplificativo de situações que podem incidir no juízo de cada uma das partes no momento do acordo, tornando-o mais ou menos provável de ser realizado. É importante deixar claro que nenhum desses fatores é passível de ser corporificado através de um método matemático ao passo que são noções subjetivas, flexíveis de pessoa para pessoa e de situação para situação. A ideia é somente expor as diferentes forças e pressões existentes em um momento de conciliação. O

modelo matemático simples apresentado anteriormente para haver um acordo de mútuos interesses, cabe ressaltar, não é o único: diversos são os sistemas pensados para tal³¹.

2.4 A prestação jurisdicional

Ultrapassados os dois primeiros momentos, quais sejam o momento da decisão de mover uma ação judicial e o momento da decisão em aperfeiçoar o acordo em detrimento da resolução do conflito através da via judiciária, cabe analisar o último momento: o momento do julgamento.

Entendida como viável a proposição da ação, sustadas todas as possibilidades de acordo, a fase cooperativa se esgota, dando espaço para a litigiosidade. O objetivo transmuta-se de cooperação a realizar uma solução interessante a ambas as partes para utilizar seus recursos a fim de persuadir o julgador, terceiro imparcial, o qual analisa e propõe a solução ao caso concreto de forma cogente³².

Katz (1998) compara os gastos durante o processo judicial com os gastos de uma empresa com sua propaganda, dessa forma, entendendo-os como investimentos os quais realçam as possibilidades de vitória, sendo visualizados como um investimento.

A despeito de possíveis acordos limitadores de gastos entre as partes envolvidas no processo, além dos já existentes artifícios legais - limitando o número de testemunhas a depender do rito na justiça do trabalho ou a impossibilidade de realização de perícia nos juizados especiais cíveis, por exemplo -, as duas partes escolherão o nível de investimento que realizarão ao caso concreto sempre utilizando a lógica já exteriorizada: as duas partes, via de regra, não gastarão mais do que os frutos financeiros que serão proporcionados pelo processo.

³¹ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, ps. 409/410.

³² KATZ, Avery. **Foundations of the Economic Approach to Law**. New York: Foundation Press, 1998, p. 150.

Tanto o demandante não gastará mais do que possivelmente receberá quanto o demandado não gastará mais que o que possivelmente perderá³³.

Dessa forma, o valor do direito pleiteado multiplicado pelas chances (de vitória no caso do demandante e de derrota no caso do demandado), subtraído dos custos do processo até o presente momento será igual ao valor a ser gasto durante o processo a fim de melhor instruir o feito e melhor persuadir o juízo.

As chances de se sair vitorioso em um processo judicial não podem ser visualizadas de forma dissociada ao gasto que determinada parte dispenderá durante o processo. A probabilidade de vitória, apesar de ser extremamente difícil de ser calculada de forma concreta e precisa, leva em consideração diversos fatores: entendimento dos tribunais superiores em relação ao tema, a habilidade do advogado, se o conteúdo probatório é favorável à parte e, naturalmente, os gastos durante o processo – gastos esses que terão fundamental relevância na formação do conjunto de provas que irá influenciar no julgamento da causa – tanto do autor quanto do réu³⁴.

Tanto o autor como o réu terão interesse em utilizar da forma mais eficiente possível os valores investidos no processo judicial. Assim como observa Avery (1998), cada parte estará interessada em equacionar o produto marginal dos recursos que investe no litígio para aumentar o valor esperado do litígio para seu custo marginal, alcançando a maior diferença entre os frutos do processo e os gastos com o mesmo³⁵. Há de se ressaltar que o produto marginal dos seus recursos será maior quanto maior foi o valor do direito sob judice e quanto mais as demais figuras objetivas que compõe a probabilidade de vencer (estado do conteúdo probatório, o quão favorável a lei esteja para a parte e os precedentes dos tribunais) estejam presentes, fazendo com que, de forma estritamente vinculada, haja uma majoração proporcional das despesas com o processo.

³³ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 415.

³⁴ KATZ, Avery. **Foundations of the Economic Approach to Law**. New York: Foundation Press, 1998, p. 150.

³⁵ KATZ, Avery. **Foundations of the Economic Approach to Law**. New York: Foundation Press, 1998, p. 151;

Apesar do raciocínio, algumas distorções ao sistema podem ocorrer. Em algum nível, os gastos com o processo podem demonstrar-se uma distorção, fazendo com que o juiz tome uma conclusão contrária ao que a ordem jurídica prescreva para o caso concreto, provocando, assim, o erro judicial. Apesar de sair vitorioso, esse erro judicial promoverá um efeito negativo no efeito deterrence, ao passo que o injuriador do direito, por exemplo, não levará o gasto daquele processo em consideração para incentivá-lo financeiramente a tomar uma melhor conduta justamente pelo fato de ser um erro judicial, significando um ponto fora da curva da segurança jurídica.

Naturalmente, esse erro judicial tem a possibilidade de ocorrer para os dois lados, tanto para o autor como para o réu, o que deverá ser levado em conta é a diferença dos erros judiciais para a parte interessada, caso ela seja positiva, como já tratado no começo do capítulo 2, não se extrairá uma conduta positiva por parte do injuriador.

3. PROBLEMÁTICAS TANGENTES A AMBAS PERSPECTIVAS

3.1 Problemáticas centrais

Diante das análises aperfeiçoadas nos capítulos precedentes, algumas problemáticas centrais podem ser extraídas:

(I) a dificuldade do acesso à justiça quando os custos da persecução do direito violado através da via judiciária superam a recompensa da vitória processual, inviabilizando seu acesso e impossibilitando a ocorrência do efeito deterrence, comprometendo na continuidade de práticas ilícitas.

(II) em maior escala, é possível reparar que os custos processuais, até quando não são obstáculos diretos ao acesso ao poder judiciário, minimizam o valor do direito pleiteado, fazendo com que o injuriado nunca alcance a totalidade do direito previsto na norma em abstrato, devendo sempre deduzir os gastos com o processo do valor do direito violado mesmo sem dar causa à violação.

(III) a prática reiterada de violações de direitos com o objetivo de aumentar a margem de lucro na exploração de determinado setor, valendo-se das dificuldades e dos obstáculos do acesso à justiça experienciados por grande parte da população brasileira, tornando o valor do direito suprimido superior ao valor dos gastos judiciais (custas, honorários, condenações e etc.) e, com isso, a escolha consciente em violá-los.

(IV) por fim, a grande dificuldade de superar tais questões reside nos fatos de nos encontrarmos em um Estado onde as cortes judiciais já sofrem com quantidade exorbitante de processos, por conseguinte um maior gasto com a máquina pública, e onde o ordenamento muito promete – a título de direitos –, como é o caso do acesso à justiça como direito

fundamental previsto no art. 5º da Constituição da República, apesar da escassez de recursos orçamentários para implementá-los.

O presente capítulo se restringirá a apresentar medidas passíveis a melhor equalizar as problemáticas expostas, assim como algumas já adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, em todo caso acompanhados das devidas críticas.

3.2 Medidas adotadas e suas respectivas críticas

3.2.1 Defensoria Pública

Um dos grandes adventos da Constituição de 1988 foi a criação da instituição Defensoria Pública, fundamental para conferir efetividade e amplitude ao princípio do acesso à justiça, auxiliando os hipossuficientes a pleitear seus direitos perante o poder judiciário. Anteriormente à essa instituição, dificilmente pessoa desprovida de recursos financeiros poderia ingressar às portas da justiça.

A Defensoria atualmente permite que o obstáculo correspondente ao custo do processo seja muito minimizado e, na maioria das vezes, suprimido. Compreendendo os custos do processo como custas judiciais (honorários sucumbenciais, taxa judiciária e custo da realização de determinado ato específico), possíveis gastos com produção probatória extrajudiciais e honorários advocatícios contratuais, pode-se dizer com certeza que ao menos os honorários advocatícios contratuais seus assistidos estariam isentos. Tais honorários seriam custeados diretamente pelo poder público, não havendo cobrança dos hipossuficientes.

Em relação às custas processuais, apesar da gratuidade de justiça ser analisada independentemente pelo juízo, normalmente os assistidos da defensoria pública, por já serem presumidamente hipossuficientes de acordo com o padrão da própria instituição, são

considerados beneficiários da justiça gratuita, tendo a exigibilidade das custas judiciais suspensa até que se prove o contrário, no prazo máximo de 5 anos.

Os gastos com produção probatória mais relevantes também são suportados pela própria instituição, através de contadorias próprias por exemplo, proporcionando um acesso à justiça integral para seus assistidos.

Dessa forma, a problemática (I) e (II) são superadas parcialmente. Retirando a inviabilização trazida pelos custos do processo, faz-se com que os frutos da ação judicial sejam superiores aos gastos, aumentando drasticamente o acesso à justiça de seus assistidos e, por consequência, o efeito deterrence dos injuriadores, prevenindo futuras violações. Até mesmo em processos economicamente viáveis trazidos por seus assistidos, como não há praticamente nenhum gasto derivado do processo, seus direitos seriam adquiridos integralmente – sem nenhum repasse de despesa incidindo sobre o direito a ser conhecido em juízo.

Parcialmente pois somente os assistidos da defensoria pública seriam beneficiados. A condição constitucional para ser assistido pela defensoria pública é a da hipossuficiência, apesar da própria Constituição não a conceituar objetivamente. Cabendo à própria defensoria a conceituação, a DPU, por exemplo, em suas resoluções de números 133 e 134³⁶, utilizou do critério econômico: quem obtiver renda familiar acima de R\$2.000,00 terá o requisito da hipossuficiência suprido. Assim como a DPU, as defensorias estaduais também possuem um limite econômico objetivo para traduzir a hipossuficiência, fazendo com que o alcance da defensoria seja somente para o núcleo das pessoas mais necessitadas.

³⁶ Diário Oficial da União do dia 2 de maio de 2017, edição 82, seção 1, página 122. Resolução 133: Art. 2º. Presume-se economicamente necessitada a pessoa natural integrante de núcleo familiar cuja renda mensal bruta não ultrapasse valor fixado pelo Conselho Superior da Defensoria Pública da União para atuação do órgão. Resolução 134: Art. 1º. O valor de presunção de necessidade econômica para fim de assistência jurídica integral e gratuita, na forma do art. 2º da Resolução CSDPU 133/2016, será de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Pessoas que fazem parte de um conjunto familiar que, ao todo, obtenha mais de R\$2.000,00 de renda (como é o caso da DPU), e, portanto, não consideradas hipossuficientes, ainda sofrerão com as problemáticas individuais.

Além disso, a Defensoria Pública da União não atua na área trabalhista por impossibilidade fática, utilizando do instituto da reserva do possível. Na área trabalhista, a problemática (I) e (II) subsistem a todos, sendo ainda mais grave pois trata-se de uma área que já possui baixos níveis de litigância em função do empregado em dificultar sua empregabilidade futura, visto que, caso o empregador tenha de contratar, preferirá contratar quem não utiliza os meios jurisdicionais para resolver seus conflitos.

A problemática (III) é de nível coletivo, sendo assim, somente será ultrapassada caso o total de processos – relativos a determinado direito – contra o injuriador seja mais custoso que o valor do direito no caso concreto. Naturalmente, a defensoria tem um papel fundamental em aumentar substancialmente os gastos processuais dos injuriadores, tornando cada vez menos vantajosa a prática dolosa de violações de direitos, contribuindo para o aumento do efeito deterrence.

Tal aumento advém da ampliação do acesso à justiça daqueles que, sem a defensoria, não estariam sequer pensando em mover determinada ação. Dessa forma, aumenta-se a probabilidade de entrar na justiça, aumentando, por conseguinte, os custos com o processo da parte injuriadora. Resta esclarecer que a mudança de comportamento pela parte que dolosamente viola o direito somente ocorrerá quando os custos com processos no momento em que determinado direito for respeitado somados com os custos desse determinado direito forem menores que os custos dos processos ao tempo da violação, assim como discutido no segundo capítulo.

Em relação à problemática (IV), a qual possui profunda relevância para o Estado, a Defensoria Pública a equaliza de forma positiva. Apesar de aumentar os gastos públicos para o funcionamento da instituição, a mesma possui papel fundamental no acesso à justiça da

população mais carente do Brasil. A partir da hipossuficiência, o Estado possui um corte econômico na prestação do serviço, gastando recursos públicos de forma eficiente. A consequência direta da prestação dos serviços da Defensoria é, inevitavelmente, um aumento considerável na quantidade de processos na justiça tendo em vista permitir um acesso à justiça a pessoas que, anteriormente à criação desta instituição, nem pensariam em mover uma ação e lutar por seus direitos pela via jurisdicional.

O grande problema não é a quantidade exorbitante de processos no judiciário, mas sim a quantidade exorbitante de violações de direitos, as quais são muito superiores a quantidade de processos. O que deve ser combatido é essa violação, a quantidade de processos atualmente é uma consequência de um setor que por muito tempo havia sido invisibilizado aos olhos da justiça, as grandes mudanças após a redemocratização consagradas na Constituição de 1988 que permitiram que os sinais se tornassem apenas aparentes. Para reduzir a problemática, deve-se combater a causa, não a consequência. Naturalmente, uma grande quantidade de processos também demanda uma enorme estrutura estatal para os decidir, no entanto, a massificação de processos é apenas um sinal que a sociedade demonstra para o poder judiciário.

A título de exemplo, para se combater o desrespeito à lei de trânsito no avanço de um determinado semáforo não se deve retirar o semáforo para acabar com a violação, mas sim instalar um radar ou um guarda municipal para multar. Combatendo a violação de direitos e permitindo o acesso à justiça, como é o papel da defensoria pública, aliado a demais fatores a serem implementados, o efeito deterrence pode ser concretizado e, a longo prazo, desencorajar a violação deliberada de direitos, havendo, por conseguinte, uma redução no contingente de demandas judiciais.

Em suma, a Defensoria Pública consegue reduzir as problemáticas privadas do conjunto mais carente da população e, em contrapartida, aumenta consideravelmente os gastos públicos, diferentemente de outras formas a serem explicitadas a frente. Apesar de aumentar consideravelmente os gastos, somente atua em setores sensíveis e para um grupo determinado (hipossuficientes), utilizando o orçamento público para os mais necessitados.

3.2.2 Capacidade postulatória das partes

O ordenamento jurídico brasileiro, via de regra, demanda a necessidade da presença de um advogado para postular em juízo. No entanto, alguns ritos processuais excetua essa regra, permitindo que a parte postule seus direitos em juízo sem a presença de um advogado, como é o caso dos Juizados Especiais Cíveis e da Justiça do Trabalho, dentre outros.

A ideia do instituto do *Ius Postulandi* se estabeleceu no ordenamento como uma possibilidade de se conferir um maior acesso à justiça as pessoas que não tenham condição (ou não queiram) pagar por um advogado, no caso do JEC, comportando causas de menor complexidade e maior informalidade, desse modo, sem maiores prejuízos às partes.

Porém, esse dito acesso à justiça se limita, no caso do JEC, ao primeiro grau de jurisdição em causas no com valor abaixo de 20 salário mínimos³⁷ e, no caso da justiça do trabalho, ao segundo grau de jurisdição, precisamente até o TRT (súmula 425 do TST³⁸).

Dessa forma, as problemáticas (I) e (II) só são superadas até certa etapa processual, permitindo que, até aquela etapa, não haja gastos com honorários advocatícios (e com custas processuais no caso do JEC) para todos os processos da justiça do trabalho e para os processos com valor da causa de até 20 salários mínimos no JEC, nos limites de competência material de cada um. Caso a parte contrária visualize que se trata ou acredite se tratar de uma demanda inviabilizada por seus possíveis custos, utilizará dos recursos para criar obstáculos e afastar o embate processual.

³⁷ BRASIL. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 27 de setembro de 1995. Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

³⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 425**. O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, DF: Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 30 de abril de 2010.

Quanto a problemática (III), em um olhar menos detido, parece que, ao conferir às partes a capacidade postulatória, aumenta-se a probabilidade de mover uma ação ao passo que o obstáculo do custo estaria reduzido. Dessa forma, a probabilidade de as pessoas ingressarem ao sistema judiciário com o objetivo de resolver seus conflitos estaria mais próximo da probabilidade de dano gerado pelo injuriador, contribuindo de forma positiva à efetividade do princípio do acesso à justiça e à ocorrência do efeito deterrence (aumentando os gastos com o processo pela parte injuriadora).

Não obstante, apesar do *Ius Postulandi* de fato permitir que mais pessoas adentrem às portas do poder judiciário, nota-se que não há necessariamente uma correspondência com o efeito deterrence e nem com o princípio do acesso à justiça. O efeito deterrence, como já explicado no capítulo 2, é composto de diversas variáveis, dentre elas, a probabilidade de adentrar o poder judiciário e a probabilidade de êxito. O que ocorre, no caso do *Ius Postulandi*, é um considerável aumento da probabilidade de ingressar na justiça a partir da ocorrência de uma situação danosa, no entanto, uma queda brusca na probabilidade de êxito. A queda na probabilidade de êxito do injuriado, por conseguinte, contribui para a não ocorrência do efeito deterrence.

Como já exposto anteriormente, o gasto durante e com o processo é uma grandeza diretamente proporcional à probabilidade de êxito. Evidentemente, uma pessoa que não possui um advogado sofrerá consequências danosas ao ingressar no poder judiciário. A atuação da parte sem a presença e o auxílio de um advogado carece de expertise técnica e processual para melhor conduzir seu pleito. A situação agrava-se ainda mais quando a parte injuriada é a parte que não é acompanhada de um advogado e a parte injuriadora é a parte que é acompanhada, situação hodiernamente vivida nas salas de audiência da justiça do trabalho e dos juizados especiais cíveis. Portanto, o acesso material à decisão mais justa e o alcance do direito prometido pelo ordenamento jurídico se demonstram cada vez mais remotos em um cenário onde a figura do advogado é dispensada.

Apesar de sustentar pela ineficiência do *Ius Postulandi*, vale ressaltar como relaciona-se com a problemática (IV). De fato, não há maiores incumbências diretas para o Estado ao

conferir capacidade postulatória à parte para além do pagamento dos honorários dos advogados dativos caso atuem – em contraposição ao que ocorre na criação da instituição da defensoria pública –, porém, os gastos indiretos são acrescidos de forma agressiva. Aumentando consideravelmente o número de processos nas dependências do poder judiciário, torna-se necessário uma expansão da máquina pública para ser capaz de solucionar os problemas trazidos, ou seja, mais servidores, magistrados, mais estrutura para suportar a quantidade de processos, portanto, mais gastos para o Estado.

Diferentemente do que ocorre com a defensoria pública na contribuição do efeito deterrence e, a longo e médio prazo, um esvaziamento dos processos judiciais por força da diminuição de violações por parte dos injuriadores, o *Ius Postulandi* proporciona um aumento de gastos para o Estado ao passo que o benefício decorrente é muito mais “visual” que prático. O caminho para uma ampliação verdadeira ao acesso à justiça equalizando as problemáticas certamente não se encontra em deixar o jurisdicionado desamparado, mas sim conferir uma real possibilidade de exercer e buscar seus direitos de modo responsável para com o indivíduo e para com o Estado.

3.2.3 Ações coletivas

No que concerne às problemáticas elencadas, as ações coletivas, principalmente a ação civil pública, desempenham um papel importante no sistema jurídico brasileira, apesar de pouco fomentadas. A atenção deste segmento do presente trabalho voltar-se-á para a dinâmica da ação civil pública.

A utilização da via coletiva para a resolução de conflitos parece ser a mais eficiente em termos de equalização das problemáticas (I) a (IV). Ao repassar a responsabilidade da instauração da ação a terceiros, os quais não sofreram determinada violação de direitos, se

elimina a diminuição do valor do direito a ser recuperado pois seu titular não deverá, a priori, custear o procedimento legal que certificará a existência de um direito³⁹.

Quanto a (III), a lógica coletiva contribui significativamente para a ocorrência do efeito deterrence ao passo que elimina as problemáticas (I) e (II), reduzindo a maioria dos obstáculos elencados no começo do capítulo 2. Por fim, acaba por reduzir o total de ações individuais sem reduzir o montante da condenação, interferindo positivamente nos gastos públicos para com a estrutura judiciária. Naturalmente, haverá um gasto do Estado para que essas ações sejam movidas quando não são feitas por associações privadas, porém, o gasto é muito pequeno quando comparado com o que é poupado em termos de quantidade de processo.

A lógica da adoção da via coletiva, de fato, proporciona grandes vantagens à sociedade, no entanto, essa não é via utilizada com muita frequência. Apesar da Defensoria e do Ministério Público serem os dois principais legitimados para propor a ação civil pública, empecilhos práticos atrapalham a atuação na via coletiva de ambas as instituições.

Como visto anteriormente, a Defensoria Pública já não atua na justiça do trabalho por impossibilidade orçamentária, limitando seus recursos de forma extremamente utilitarista, justamente para alcançar a máxima eficiência com as menores despesas, dessa forma, voltando sua atenção somente para casos de extrema necessidade. Diante desse cenário, não há possibilidade dessa instituição contribuir de forma intensiva com a perspectiva coletiva se nem o seu a fazer mínimo está sendo desempenhado de forma ampla.

Já o Ministério Público, apesar de muito mais voltado para a atuação em casos de ação civil pública, podendo até instaurar o inquérito civil, conhecido por sua prática de custos legis, defensor da ordem jurídica e do interesse público, enfrenta os obstáculos diferentes: a pessoalidade, discricionariedade, o lobby, a corrupção, da prevalência de interesses políticos ou

³⁹ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 235.

individuais⁴⁰, etc.. Como as ações coletivas possuem real possibilidade na mudança do cenário desequilibrado vivido pela sociedade brasileira, O MP não está imune a pressões externas dos que se aproveitam desse desequilíbrio.

Justamente por isso, vale a pena refletir a respeito de uma questão: Não seria positivo incluir o indivíduo no rol de legitimados a propor ação civil pública? Uma figura próxima ao “private attorney general”, ou “Ministério Público privado” certamente eliminaria os obstáculos enfrentados pela instituição, reduzindo custos para o Estado na prestação dos serviços do próprio MP e mantendo os benefícios das ações coletivas já referenciados.

Assim como argumenta Owen Fiss (2004), não seria simples o estabelecimento de um ônus coletivo nas mãos de um indivíduo, sendo necessário raciocinar como se daria, por exemplo, a remuneração do advogado da parte autora – a fim de que se incentive os melhores advogados a assumir a causa – e a representação dos interesses dos demais indivíduos que não estão aparentes na lide processual.

Três são as opções para se obter a remuneração desse advogado, a primeira seria a sucumbência, a segunda seria o financiamento de advogados próprios através de um fundo de doações privadas e de tributos arrecadados e a terceira seria uma espécie de honorários por arbitramento.

A remuneração através da sucumbência é de grande utilidade pois, além de não retirar parcela do direito dos injuriados, também não aumenta o gasto do Estado, fazendo com que o causador do dano arque com essa despesa, a qual será de grande monta por se tratar de uma demanda coletiva⁴¹. A grande dificuldade é saber se esses honorários deverão ser recebidos pela

⁴⁰ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 236.

⁴¹ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 237.

parte ré em caso de derrota da parte autora. Caso positivo, poderá haver um perigoso desencorajamento da adoção desse modelo.

Caso o valor da causa da ação coletiva for R\$ 3.000.000,00, os honorários sucumbenciais seriam de 300 mil reais no mínimo, fazendo com que haja um incentivo enorme para grandes advogados litigarem. Porém, caso admitido que a sucumbência seja devida à parte ré em caso de improcedência, esses 300 mil reais deverão ser pagos da mesma forma. De fato, não faz sentido haver sucumbência em prol da parte ré ao passo que já está economizando com seus honorários contratuais na utilização de serviços advocatícios em somente uma ação.

A segunda possibilidade, é a criação de um grupo específico de advogados privados financiados por meio de fundações cujas receitas advém da tributação e também através de doações privadas. Naturalmente, esse modelo continua privilegiando a resolução das problemáticas privadas em detrimento das públicas (IV), acrescentando os custos do Estado ao utilizar os recursos públicos para financiar esse fundo.

A terceira consiste em retirar uma parcela das indenizações adquiridas com a ação coletiva e repassá-la aos advogados que atuaram na causa. De certa forma, a problemática (I) estaria superada sem nenhum acréscimo ou necessidade de utilização de recursos públicos para tal. No entanto, a problemática (II) ainda persistiria ao passo que os recursos que seriam utilizados para custear os serviços advocatícios desprender-se-iam do próprio direito pleiteado.

Superada a questão da remuneração dos advogados, a questão da representação dos interesses de uma pluralidade de pessoas através de um indivíduo pode ocorrer de duas formas: pela legitimidade extraordinária ou pela representação. Em outras palavras, ingressas em juízo, em nome próprio, na defesa de direito alheio (como ocorre no caso do Ministério Público) ou ingressar, em nome alheio, na defesa de direito alheio.

Para solucionar a questão pode ser utilizada a ideia da “class action”⁴² americana, misturando os institutos anteriormente referidos. Haveria um autor identificado, o qual moveria a ação individualmente em nome do mesmo e dos demais atingidos pela violação de determinado direito, sendo, estes últimos, os membros não identificados.

A grande questão é a automeação do indivíduo para a representação dos demais membros não identificados sem qualquer acordo pretérito. Apesar da “class action” ser conhecida como uma ação judicial de representação⁴³, a automeação confere uma certa sutileza à ideia de representação aplicada pelo ordenamento jurídico brasileiro, aproximando-se da legitimidade extraordinária.

Obviamente, a procedência assim como a improcedência dessa ação coletiva movida pelo indivíduo surtiria os mesmos efeitos que a ação movida por quaisquer dos demais legitimados da lei de ação civil pública.

Questões relativas à necessidade de intimação dos membros não identificados de forma individual, assim como a origem dos recursos a financiar essas intimações, são de grande controvérsia no direito norte americano e, por isso, não serão tratadas no presente trabalho.

3.2.4 O repasse de custos no Brasil e a possibilidade de incorporação do modelo inglês

Inobstante ao ordenamento jurídico brasileiro já prever regras de sucumbência que auxiliam a resolução das problemáticas, como é o caso dos artigos 82, § 2º e 85 do CPC⁴⁴,

⁴² FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 239.

⁴³ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 240.

⁴⁴ BRASIL. **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 17 de março de 2015. Art. 82. Salvo as disposições concernentes à gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título. § 2º A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou. Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

permitindo que o sucumbente, caso não beneficiário da gratuidade de justiça, suporte os custos judiciais e os honorários sucumbenciais do advogado vencedor, o ordenamento se mostra silente em relação aos honorários contratuais pagos por ambas as partes aos seus respectivos advogados.

Caso não utilizados os institutos anteriormente expostos, a Defensoria Pública, o *Ius Postulandi*, as ações coletivas e etc., essas verbas devidas à título de honorários contratuais tem o condão de agravar os obstáculos, principalmente os dois primeiros. Apesar de muito importante a ideia de repassar as custas judiciais à parte vencida, tal prática prevista na norma processual apenas minimiza os problemas inerentes ao efetivo acesso à justiça.

Para entender a transferência de custos no Brasil, é necessário entender a mecânica de dois modelos principais: o modelo americano e o modelo inglês. No americano, não há nenhuma espécie de repasse de gastos com o processo para a parte vencida, ao passo que o modelo inglês prevê que o total das despesas gastas pela parte vencedora devem ser suportadas pela parte vencida, justamente por ter dado causa ao processo⁴⁵. O Brasil, de acordo com a norma processual, parece encontrar-se equidistante desses dois modelos, prevendo a possibilidade de certas despesas serem repassadas enquanto que os honorários contratuais continuem a ser suportados por cada uma das partes.

Evidentemente, o modelo americano maximiza as problemáticas (I) e (II), de modo que os custos do processo se tornam obstáculos a iniciação do mesmo, contribuindo para a existência dos processos inviáveis (custos superiores aos frutos). Além disso, mesmo que não sejam obstáculos, retiram parcela financeira do direito a ser conquistado pelo fato do pagamento dos honorários ser uma *conditio sine qua non* para a realização ou defesa de direito já previsto em norma abstrata. O que ocorre no Brasil é apenas uma minimização dos efeitos negativos do modelo americano, apesar de retirar do cálculo parcela dos gastos, o maior deles, qual seja, dos honorários advocatícios contratuais, permanecem suportados pela parte vencedora.

⁴⁵ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 428.

O modelo inglês possibilita a resolução das quatro problemáticas concomitantemente e de forma integral. Ao repassar todos os custos gerados pelo processo à parte vencida, não há que se falar, a priori, da inviabilização de um processo judicial pelos seus custos de acordo com (I), muito menos de um alcance parcial do direito devido aos custos inerentes ao mesmo (II). No tocante ao efeito deterrence (III), esse modelo tem a capacidade de maximizá-lo drasticamente em função da amplitude que será alcançada em termos de pessoas incentivadas a adentrar ao poder judiciário e, além disso, as verbas advindas do processo para a parte vencida – além de aumentar pelo acréscimo na probabilidade de entrar com um processo – serão acrescidas dos honorários contratuais da parte contrária, tornando inviável economicamente a violação de um direito para se beneficiar da quantia que o mesmo representa.

Inviável pois a consequência financeira da violação seria muito superior ao valor do direito violado, sendo desnecessário até adentrar-se às discussões sobre a possibilidade ou não de existir o dano moral punitivo – os efeitos educativos do dano moral punitivo seriam atingidos pela via do Fee-shifting.

Quanto aos gastos públicos diretos, esses demonstram-se inexistentes para o Estado, tornando a parte vencida a principal financiadora desse modelo. Os gastos indiretos, quais sejam os derivados do incentivo ao acesso à justiça e da maior quantidade de processos em sede do poder judiciário, deverão ser inevitavelmente acrescidos, não obstante como já exposto anteriormente, ao se combater a problemática (III) e maximizar o efeito deterrence, a médio prazo, a probabilidade de violações tende a decrescer, por conseguinte, a judicialização e os seus respectivos gastos públicos também.

Apesar do repasse total de custos derivados do processo parecer uma opção razoavelmente vantajosa em prol do acesso à justiça, do incentivo à maior eficácia da norma jurídica e da utilização do orçamento público de forma consciente, algumas dificuldades se exteriorizam inevitavelmente.

Assim como apontado por Shavell (2004), o modelo inglês demonstra-se curioso. Ao passo que se aumenta a probabilidade de judicialização quando o demandante está muito certo de sua vitória, diminui-se a probabilidade de judicialização quando o demandante está pouco certo de sua vitória⁴⁶:

“Fee-shifting leads to more suit in situations in which plaintiffs are likely to win, for this means that plaintiffs are unlikely to have to pay their legal expenses. Suppose that the probability of plaintiff victory is 70 percent, that the judgment amount would be \$100,000, and that the plaintiff’s trial costs and the defendant’s would each be \$80,000. Then under American rule, the plaintiff would not bring suit because his costs of \$80,000 exceed his expected gain of \$70,000. Under the English rule, however, he would bring suit because his expected costs would be only 30% X \$160,000 or \$48,000.

Conversely, fee-shifting leads to less suit in situations in which plaintiffs are unlikely to win. Suppose that the plaintiff’s probability of victory is now only 30 percent, that the judgment amount would be \$100,000, and that the defendant’s legal costs would be \$80,000. Under the American rule, the plaintiff would sue, \$10,000 being less than \$30,000 expected gain, but under English rule the plaintiff would not sue because his expected expenses would be 70% X \$90,000 = \$62,000.” (Shavell, Steven, 2004, p. 429)

O sistema inglês, apesar de evitar a distorção pela qual uma pessoa com 100% de chances de vitória não poder entrar na justiça devido a um processo cujos custos superem os frutos, permite que haja um desincentivo da judicialização quando essa probabilidade está abaixo de 50%, via de regra⁴⁷.

Além do desincentivo na judicialização de causas nas quais a probabilidade de vencer é menor que 50%, o modelo inglês também proporciona um considerável incentivo ao aumento nas despesas a serem gastas por ambas as partes⁴⁸. Sabendo que, em caso de vitória, a parte

⁴⁶ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 429.

⁴⁷ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, ps. 431/432. A exceção é explicada pelo autor: “If the plaintiff’s costs are less than the defendant’s, the threshold probability is higher. To amplify, let p be the probability of plaintiff victory, x the judgement amount, and C_p and C_d the plaintiff’s and the defendant’s trial costs respectively (and let us abstract from issues relating to settlement), Under the American system, the plaintiff will sue if $C_p < px$ or, equivalently, if $x > C_p/P$. Under English rule, the plaintiff will sue if $(1 - P)(C_p + C_d) < px$, or equivalently, if $x > (1 - P)(C_p + C_d)/P$. Hence, there will be more suit (a greater range of x will result in suit) under the English rule if and only if $(1 - P)(C_p + C_d)/P < C_p/P$, which is to say, if and only if $P > C_d/(C_p + C_d)$. In particular, if $C_p = C_d$, there will be more suit under the English rule if $P > .5$. The effects of fee-shifting on the incentives to bring suits are examined in Shavell 1982c.”

⁴⁸ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 431.

vencida custeará todas as despesas e que as despesas influenciam diretamente na probabilidade de êxito, as partes tendem a gastar, até mesmo de forma irresponsável, bem mais do que fariam caso a despesa não pudesse ser repassada.

De fato, esse é um grande problema a ser contornado pois a parte que possui mais verbas para financiar despesas judiciais terá mais chances de prevalecer e repassar um gasto, até mesmo extraordinário, para seu adversário. Limites a esse modelo seriam muito bem-vindos, como, por exemplo, a aplicação do modelo inglês somente para os casos de honorários contratuais de êxito – honorários que são baseados em uma porcentagem do valor da causa – ou, por exemplo, limitar os gastos através de um limite financeiro máximo delineado em norma abstrata para sua adoção, assim como condicionar tal modelo à determinados setores mais sensíveis, como o caso da justiça do trabalho e dos juizados.

Não há que se falar em implantar o modelo Inglês às cegas no ordenamento jurídico brasileiro. Certamente é uma ferramenta importante que pode ser utilizada, porém, com muita cautela a fim de não proporcionar um cenário mais desigual que o atual.

CONCLUSÃO

A nitidez na visualização dos obstáculos processuais se faz essencial para combater um sistema que ainda se encontra distante do mais justo. A partir do momento em que algumas das forças e pressões, inclusive a econômica, são invisibilizadas por um sistema normativo processual, faz-se necessário expô-las para que melhor se alcance uma jurisdição inclusiva a todos.

Com o detalhamento das perspectivas públicas e privadas, apesar de não ser o objetivo do presente trabalho exauri-las, assim como dos obstáculos para se atingir a máxima eficiência de um acesso efetivo à justiça e ao respeito ao ordenamento, simultaneamente lidando com as trágicas escolhas sociais a partir de um cenário escasso de recursos, é possível melhor compreender como alterar essa realidade e repensar o modelo que nos rege.

Frise-se todas as instituições mencionadas no capítulo pretérito foram pensadas e ainda são utilizadas, contendo um papel fundamental na dinâmica processual hodierna. No entanto, também é interessante o conhecimento de outras possibilidades a serem tomadas, como o caso do Fee shifting (modelo inglês), por exemplo, com o objetivo de ultrapassar os resquícios de obstáculos ainda presentes no sistema jurídico nacional.

Naturalmente a adoção de novos institutos sempre alterará o *status quo* instaurado, modificando as relações presentes no Estado e na sociedade. Possíveis questionamentos podem existir no tocante ao efeito deterrence: Caso o efeito deterrence seja privilegiado integralmente, se torna inviável economicamente a presença de uma pessoa jurídicas explorando determinados setores no Brasil justamente pelo custo que deverão dispende para acobertar os direitos previstos na legislação? Não haverá uma dispersão da atividade empresarial no Brasil? Esse custo não será transferido, por exemplo, aos consumidores finais com o aumento do valor dos produtos e aos trabalhadores com a diminuição salarial?

Em tentativa a suprir esses questionamentos, é possível realizar um raciocínio lógico e intuitivo. Caso os instrumentos normativos, assim como a atitude do poder judiciário, privilegiem a ocorrência do efeito deterrence em quase todas as relações jurídicas e a escolha pela violação chegue a taxas baixíssimas, as pessoas jurídicas atuantes na exploração de atividades econômicas deverão atravessar a seleção natural do mercado, sofrendo e digladiando em um cenário concorrencial. Esse cenário de desincentivo na violação do direito alheio, sendo de fato universal, coloca todos no mesmo patamar.

Difícil crer que a simples ideia de existir uma maior efetividade norma jurídica em abstrato levará à dispersão da exploração de setores econômicos. Caso seja necessário a baixa efetividade das normas jurídicas como *conditio sine qua non* para ser possível a exploração econômica, é necessário repensar todo um modelo de direito construído.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em: 25 de novembro de 2018.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 9 de agosto de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452.htm> Acessado em: 25 de novembro de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acessado em: 25 de novembro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 14 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm> Acessado em: 25 de novembro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 27 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm> Acessado em: 25 de novembro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 27 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427compilada.htm> Acessado em: 25 de novembro de 2018.

BRASIL. **Resoluções 133 e 134, de 7 de dezembro de 2016 da Defensoria Pública da União**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 02 de maio de 2017, Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&data=02/05/2017&pagina=122>> Acessado em: 25 de novembro de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 425**. O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, DF: Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 30 de abril de 2010. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-425> Acessado em: 25 de novembro de 2018.

FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

KATZ, Avery Wiener. **Foundations of the Economic Approach to Law**. New York: Foundation Press, 1998.

SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.