



CUSTAS, GRATUIDADE JUDICIÁRIA E OS INCENTIVOS PARA A LITIGÂNCIA

LEONARDO SOUSA DE PAIVA OLIVEIRA¹

FABRÍCIO CASTAGNA LUNARDI²

RESUMO

O presente artigo busca discutir as perspectivas e oportunismos que o modelo atual de custas e gratuidade judiciária gera no sistema judiciário nacional e que a alteração do quadro atual é passo necessário para inibir a litigância abusiva que, ao fim e ao cabo, é fator de assoberbamento e desincentivo a litigantes legítimos. A partir de pesquisa bibliográfica, as conclusões caminham para validar a assertiva que a externalização dos custos do litígio para a sociedade, presente de forma agressiva no desenho institucional do Judiciário brasileiro, gera um incentivo perverso na medida em que estimula a propositura de ações que não existiriam caso as partes litigantes os suportassem em maior proporção.

Palavras-chave: Custas e gratuidade judiciária. Incentivos para a litigância. Alteração.

ABSTRACT

This article seeks to discuss the perspectives and opportunisms that the current model of legal costs and gratuity generates in the national judicial system and that the alteration of the current framework is a necessary step to inhibit the abusive litigation that, after all, is a factor of overwhelm and disincentive to legitimate litigants. Based on bibliographic research, the conclusions move to validate the assertion that the externalization of litigation costs to society,

¹ Juiz de Direito do TJPB. Especialista em Gestão Jurisdicional de Meios e Fins. Mestrando em Direito pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM

² Juiz de Direito do TJDF. Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM.

present aggressively in the institutional design of the Brazilian Judiciary, generates a perverse incentive insofar as it stimulates the proposition of actions that do not would exist if the disputing parties supported them to a greater extent.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O modelo atual de custas judiciais, seja pela modicidade dos seus valores, seja pela largueza e diversidade interpretativa dos Tribunais quanto aos critérios objetivos para a concessão do direito à gratuidade, configura um convite ao ajuizamento de demandas sem uma análise mais apurada do custo-benefício.

Para **isso**, ganha importância a teoria da análise econômica do direito em contraponto ao lugar comum que considera ideal a menor taxação possível como meio para garantia do acesso à justiça. Essa última premissa desconsidera, muitas vezes, que os recursos financeiros são escassos e que a ausência de um controle de base gera acúmulo de processos, demora na resolução nos casos, ajuizamento de ações frívolas, drenando boa parte do orçamento público do Estado.

A tragédia dos comuns, teoria desenvolvida por Hardin no ensaio *The Tragedy of the Commons*, também serve para o entendimento da questão. O estudo, que parte do impasse criado pelo conflito entre interesses individuais e o uso/exploração de bens comuns ou públicos, explica que, sem limitações, a tendência individual é aumentar a demanda – já que sem custos internalizados –, gerando a “superexploração” do recurso comum, não raro, implicando sua extinção ou inutilidade (MARCELLINO JUNIOR, 2014, p. 195).

Quanto mais pessoas utilizarem o Judiciário, menos útil ele será para a coletividade, pois menor será sua capacidade de prestar serviços públicos adjudicatórios. Nesse contexto, o Judiciário é um recurso escasso rival – quanto mais é usado, mais difícil é que outros o usem. No entanto, quando um litigante individual decide levar o seu caso aos tribunais, ele leva em consideração apenas seus custos e benefícios privados (GICO JUNIOR, 2012, p. 109).

Pretende-se, pois, com o presente artigo, a partir de **insights** da Análise Econômica do Direito e da Tragédia dos Comuns, discutir as perspectivas e oportunismos que o modelo atual de custas e gratuidade judiciária gera, e que a alteração do quadro atual é passo necessário para inibir a litigância abusiva que, ao fim e ao cabo, é fator de assoberbamento e desincentivo a litigantes legítimos.

2 ACESSO AO JUDICIÁRIO COMO POLÍTICA DO ESTADO BRASILEIRO

O Judiciário brasileiro custou, em 2019, mais de R\$ 100 bilhões de reais aos cofres públicos (JUSTIÇA EM NÚMEROS, CNJ, 2020, p. 74), com um estoque de 77,1 milhões de processos.

Os números, que são superlativos, demonstram que o modelo do judiciário de hoje reflete um sistema de acesso à justiça pensado há 40 anos por MAURO CAPPELLETTI, da Universidade de Florença, e BRYANT GARTH, de Stanford. As ondas renovatórias de acesso à justiça cumpriram a sua função e, talvez, tenha chegado o momento de revisitá-las (PIMENTEL, 2017, p. 14).

Nessa perspectiva, o acordo social é de não permitir que a pobreza seja um empecilho para o acesso ao serviço jurisdicional, cuja franquia foi alçada à categoria de cláusula pétrea (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88). **Ou seja, não apenas é juridicamente impossível instalar um mecanismo controlador de acesso ao Judiciário, como as políticas públicas são no sentido contrário de diminuir custos e facilitar o acesso.** Enfim, o livre acesso ao Judiciário é um objetivo constitucional do Estado brasileiro (GICO JR, 2014, p. 16).

Para Gico JR (2014, p. 16), o problema está em se focar o acesso ao recurso (Judiciário), quando o correto seria focar a possibilidade de usar e gozar do fruto (prestação jurisdicional), que é — em larga medida — o que realmente desejam as pessoas. Focar apenas o incentivo ao uso do Judiciário sem reconhecer que ele, hoje, já está sobrecarregado de casos e seu estoque é crescente, ainda que a taxas decrescentes (CNJ, 2011), é acelerar e incentivar a sobreutilização do Judiciário, o qual já não dá conta da demanda hoje.

Como, então, cumprir com o desiderato do constituinte de garantir o acesso ao judiciário, e, ao mesmo tempo, reduzir o número de ações para que o sistema possa cumprir de forma satisfatória suas atribuições constitucionais ?

O paradoxo, no entanto, é apenas aparente. Na verdade, ao se analisar com mais profundidade o conteúdo de boa parte das ações em andamento, percebe-se que o problema reside na péssima distribuição do acesso ao Poder Judiciário entre a população. Em outras palavras, a mesma Justiça, que permanece praticamente desconhecida e inacessível para grande parcela do povo brasileiro, é utilizada de forma excessiva e abusiva por determinados setores da sociedade (TENENBLAT, 2011, p. 2) .

O paradigma do ilimitado acesso à justiça desconsidera a realidade de que o Judiciário é de estrutura e recursos finitos. O raciocínio em que se formam os operadores jurídicos é o de que o Estado, esse ente intangível, deve garantir tudo a todos, sem que se tenha a noção dos custos e do encadeamento destes custos na estrutura geral. A categoria “social”, aqui, funciona como um passe livre quando invocada ou prevista. No entanto, alguém será invariavelmente excluído dessa operação aparentemente correta: o enfoque à garantia do acesso à justiça, sem se inquirir acerca dos reflexos/consequências/externalidades, têm gerado o caos atual. Com efeito, na prática, não haverá equilíbrio, e muitos (mais) ficarão de fora, sem acesso, sem direitos, pois o acesso efetivo à justiça é obstaculizado. É evidente que o sistema judicial, da maneira em que se encontra, em geral é lento e o resultado, muito demorado (NOTHEN BECKER; MORAIS DA ROSA, P. 8).

O tsunami de ações que abarrotou o Judiciário brasileiro, portanto, é sintoma de um sistema cujo desenho institucional permite, além do acesso legítimo à justiça, o acesso abusivo e irresponsável. O resultado, bastante conhecido, é um judiciário que, de tão assoberbado, acaba se afastando do seu dever de prestar uma jurisdição efetiva e justa pois, como lembra TOMAZ ANTONIO GONZAGA, a glória que vem tarde já vem fria (PIMENTEL, 2017, p. 14).

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E OS INCENTIVOS PARA LITIGAR

As raízes históricas mais modernas da análise econômica do direito³ remontam aos anos 1950 e 1960, a partir da publicação de trabalhos acadêmicos de Gary Becker (1957), Guido Calabresi (1961) e Ronald Coase (1960). Após as referidas publicações, a análise econômica do direito **termina por ganhar espaço** desde a Escola de Direito de Chicago, tendo como principal referência o juiz Richard Posner.

A análise econômica do direito, grosso modo, consiste em um mecanismo de interpretação das normas jurídicas a partir da utilização de conceitos classicamente utilizados pela economia. Visa, ao fim e ao cabo, aplicar soluções jurídicas que possibilitem atingir resultados mais eficientes do ponto de vista econômico.

Do ponto de vista econômico, o ser humano tende a atuar com o objetivo de maximizar as suas utilidades. Nessa medida, as normas devem ser criadas/interpretadas levando-se em consideração os estímulos/desestímulos que elas provocam no comportamento humano (GUEDES TRIGUEIRO, 2018, p. 6).

Por que litigar? Para responder a essa pergunta, os agentes normalmente avaliarão o custo benefício da litigância, mais precisamente buscarão identificar o valor esperado dessa conduta. Se o retorno esperado for positivo, potencialmente terão incentivo de litigar, caso contrário, em tese, não haverá propensão à litigância.

Três perguntas são basilares para a análise do retorno esperado: 1) Qual é o ganho que se espera obter com o êxito na ação (benefício potencial)? 2) Qual é a probabilidade de êxito?

³ “A doutrina da AED firma suas bases a partir do utilitarismo de JEREMY BENTHAM²⁶, partindo da premissa de que não apenas em assuntos econômicos, mas em todas as áreas de suas vidas, pessoas buscam maximizar seus interesses, sua utilidade, ou seja, sua felicidade ou satisfação em determinadas condições²⁷. O conceito de utilidade é o ponto de partida do utilitarismo de BENTHAM. Logo, assim como em assuntos econômicos, também quando diante de questões jurídicas os agentes tomariam decisões visando a maximizar a sua utilidade. Os agentes tomariam suas decisões devidamente informados e agindo de forma racional. A análise econômica do direito funda-se, pois, na doutrina da escolha racional e leva em consideração que escolhas são feitas em um mundo — o nosso mundo — em que os recursos disponíveis são limitados em comparação com os desejos dos homens (POSNER, 2011, P.3). Não se ignora, contudo, que as pessoas não agem sempre racionalmente. Estar devidamente informado pressupõe não apenas ter acesso, mas ter condições de digerir e processar todas as informações disponíveis, e o custo dessa premissa é, muitas vezes, proibitivo. É preciso ter consciência, portanto, que assumir que os agentes fazem escolhas racionais, devidamente informados e buscam maximizar sua utilidade é uma ferramenta que pode ser útil na análise do direito, e não uma forma de descrever a realidade em sua plenitude (PIMENTEL, Wilson. ACESSO RESPONSÁVEL À JUSTIÇA: O IMPACTO DOS CUSTOS NA DECISÃO DE LITIGAR. Rio de Janeiro, 2017. Dissertação (Direito) - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017, p. 43).

3) Quanto custará todo o percurso até a resolução da demanda? (MENDES PLUTARCO, 2012, p. 4).

Para a centralidade do presente artigo, cabe voltar os olhos para os custos da litigância, que, essencialmente, compreendem: a) as custas pagas para ingressar com a ação; b) despesas com advogados; c) outras despesas do processo, como cálculos, perícias, etc.; d) e o custo de oportunidade do indivíduo, ou seja, o que ganharia o agente caso tivesse empregado seu tempo e dinheiro em outra atividade.

Como assinala Plutarco (2012, p. 6), o custo de litigar é fator relevante na opção dos agentes entre ajuizar ou não determinada demanda. Os indivíduos tendem a somente ingressar com demandas judiciais se os custos dessa alternativa (custos conhecidos e expectáveis) forem menores do que o resultado que eles esperam obter com a decisão judicial (benefício potencial multiplicado pela probabilidade de êxito).

E, nesta perspectiva, pode-se dizer que percentual significativo da abusividade na utilização da via judicial no Brasil decorre da esperada racionalidade dos agentes econômicos, já que os custos suportados individualmente pelos litigantes são, na maioria das vezes, irrisórios ou, mesmo, inexistentes em decorrência da gratuidade processual. Por conseguinte, qualquer expectativa de ganho (chance de sucesso), por mínima que seja, faz com que um agente de comportamento racional opte pela propositura de uma ação judicial (TENENBLAT, 2011, p. 24).

Mundo afora, para se ampliar o acesso à justiça, é comum que parte dos custos para a manutenção do sistema estatal de solução de disputas seja subsidiada pelo Estado. Os Estados devem oferecer um sistema de solução de conflitos acessível, no que diz respeito aos custos do litígio, e a justificativa desse subsídio é, dentre outras razões, o monopólio detido pelo Estado do uso da força.

Judicializar um conflito no Brasil, hoje, significa externalizar parte dos seus custos, transferindo impactos indesejados da relação entre os litigantes a terceiros que dela não participam. No caso brasileiro, embora o Judiciário tenha uma função que extrapola a simples solução de conflitos entre partes, cerca de 90% dos seus custos são transferidos para a

sociedade, o que indica que uma parcela significativa dos custos do litígio não está sendo suportada pelos litigantes (PIMENTEL, 2017, p. 26).

Ou seja, a forma com que um sistema de solução de conflitos lida com os custos do litígio irá, nessa linha, alterar os incentivos das partes em submeter um conflito ao Judiciário ou tentar resolvê-lo fora dele.

Caberá ao regulador, ao desenhar sistemas de solução de conflitos, escolher se os custos do conflito serão suportados integralmente pelas partes litigantes ou se serão, em alguma medida, transferidos e suportados pelo Estado.

Por óbvio, subsidiar alguns métodos de solução de conflitos, em detrimento de outros, poderá impactar na decisão das partes na escolha do método de solução de conflitos. Subsidiar integralmente os custos com a solução de conflitos pode causar nas partes o incentivo de não fazer qualquer esforço para autocompor o litígio, mas simplesmente entregar a solução para terceiros a um “custo zero”.

Se o desenho atual do Judiciário transfere os custos do litígio para o Estado, ele acaba, numa visão *ex ante* do problema, criando incentivos contrários à autocomposição. A externalização dos custos do litígio para a sociedade, presente de forma agressiva no desenho institucional do Judiciário brasileiro, gera um incentivo perverso na medida em que estimula a propositura de ações que não existiriam caso as partes litigantes os suportassem em maior proporção (PIMENTEL, 2017, p. 40-41).

A configuração dos maiores litigantes brasileiros, concentrados no setor bancário, telefonia, seguros e previdência, reafirma essa tese⁴.

⁴“ O fenômeno da litigância serial, para além das empresas de grande porte, também é usada pelo consumidor comum. Ações com baixa probabilidade de êxito, manifestamente contrárias, muitas vezes, a julgados reiterados, e com excesso de habitualidade de propositura, ocupam boa parte do tempo de trabalho do judiciário nacional. Segundo pesquisa elaborada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, e apresentada no seminário “Combate à morosidade da Justiça – Diagnósticos e Propostas”, realizada em 13 de dezembro de 2013, em Brasília, o sistema de concessão e tomada de crédito figura como principal responsável pelo progressivo aumento de ações judiciais de massa. A pesquisa foi realizada somente em capitais e levou em consideração o total de processos ingressados em 2009. De acordo com aquela instituição de ensino, os dados demonstram o ajuizamento em massa de demandas com origem em contratos de consumo. Em Aracaju, dos vinte maiores demandantes locais, quatorze são instituições financeiras, ou seja, praticamente $\frac{3}{4}$ do volume das ações ajuizadas por maiores demandantes

Tomem-se como referência as demandas por danos morais em virtude de falha do serviço em relações consumeristas. As empresas somente investirão na diminuição de falhas de seus serviços até o montante em que cheguem a um grau ótimo de danos, isto é, até o limite em que o ganho em diminuição de danos compense o valor empregado na melhora dos serviços. É possível que as empresas estimem a porcentagem de danos que efetivamente geram demandas judiciais e saibam também qual é o custo dessas demandas para elas. Entretanto — e esta é a razão de afirmar que o Estado está financiando parcialmente a atividade dessas empresas —, o custo real dessas demandas não é totalmente assumido pelas empresas, pois elas somente têm de gastar com seus advogados e com o valor do acordo ou da condenação que sofrerem.

Não é computado nos custos dessas empresas, eis aí uma externalidade negativa, o custo do Estado em tutelar as demandas judiciais oriundas das relações de fornecimento de serviços e de produtos dessas empresas. Esse custo termina por ser bancado não apenas pelos sujeitos das relações que originaram as demandas judiciais (fornecedores e consumidores), mas também por toda a sociedade, por meio dos impostos pagos (MENDES PLUTARCO, 2012, p. 7).

Dessa forma instala-se o uso massivo do Poder Judiciário, cujo ônus representado para esses grandes litigantes é incorporado aos seus ativos como uma espécie de investimento de risco calculado, dado que o custo para corrigir as falhas na prestação dos serviços ou produtos é bastante superior. O atual modelo desconsidera o custo implicado e o fato de os recursos públicos serem finitos.

4 JUSTIÇA GRATUITA, CUSTAS JUDICIAIS E A TRAGÉDIA DOS COMUNS

Consoante lição de José Carlos Barbosa Moreira:

envolvem o setor financeiro, evidenciando a existência de problemas nas relações de crédito. Conforme aponta o levantamento, “o congestionamento do Judiciário acaba se tornando uma opção benéfica para algumas partes, tanto para bancos quanto para os consumidores”. A pesquisa indica, como exemplo, os contratos de alienação fiduciária, hipóteses em que “a inadimplência no contrato pode ser uma alternativa interessante para o credor, uma vez que com isso usufrui de determinados benefícios tributários.” Por outro lado, “a demora no julgamento também interessa ao devedor, pois enquanto a batalha se desenrola na Justiça ele continua usufruindo do bem que é o objeto da disputa judicial.” (MARCELLINO JUNIOR, 2014, p. 233-234).

“Quando se fala em 'justiça gratuita', pura e simplesmente se alude a um regime em que o custeio de tudo isso é suportado pelo Estado - e, portanto, em última análise, pela coletividade dos contribuintes -, em vez de o ser apenas pelos usuários dos serviços da Justiça, em cada caso concreto. Gratuidade, no sentido mais exato da palavra, não existe, nem pode existir, em lugar algum” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. In: Temas de direito processual civil: Quarta Série. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 16).

A questão da escassez de recursos pode ser pensada por meio da teoria da Tragédia dos Comuns⁵. Tal teoria nos oferece uma linha de raciocínio em relação ao ambiente de escassez e suas implicações que podem auxiliar na compreensão de limitação de recursos financeiros no Poder Judiciário, frente à grande demanda de ações judiciais, tendo em vista a tentativa de viabilização do direito de acesso à justiça.

A não ser que mecanismos institucionais sejam desenvolvidos para prevenir que usuários não-autorizados utilizem o recurso, haverá fortes incentivos para que pessoas explorem tal recurso de forma predatória, sem investir nele (o problema do caroneiro, freeriding), o que – por sua vez – levará ao subinvestimento no referido recurso. Por outro lado, os frutos ou o produto do recurso comum são rivais, isto é, o consumo por uma pessoa impede substancialmente que outras pessoas o utilizem (GICO JUNIOR, 2012, p. 101).

Como mencionado no item anterior, o judiciário brasileiro, com sua modelagem que incentiva a litigância serial de empresas e pessoas comuns, termina por entregar um serviço excessivamente moroso. E isso produz outro efeito igualmente perverso. As pessoas passam a não confiar no Judiciário enquanto mecanismo de resolução de conflitos e deixam de utilizá-lo por razões legítimas e passam a utilizá-lo por outras, socialmente indesejáveis. Se, por um lado,

⁵ “ A chamada *tragédia dos comuns* é uma parábola famosa em microeconomia que ilustra como os recursos comuns (bens comuns) tender a ser explorados em níveis acima do desejável do ponto de vista social, gerando uma tendência de esgotamento (o que seria a *tragédia*).

A parábola consiste na singela história de uma pequena cidade medieval na qual a criação de ovelhas era uma das principais atividades comerciais. As ovelhas pertencentes às diversas famílias da cidade pastavam em um campo que a rodeava, chamada *town common*. Esse pasto era público e grande o suficiente para que todas as ovelhas pudessem alimentar-se, ao mesmo tempo em que áreas não utilizadas iam renovando-se, funcionando, muito bem. Ocorre que, conforme a cidade crescia, mais e mais ovelhas eram colocadas na terra pelas famílias. Logo a gleba tornou-se um bem escasso, levando a uma concorrência no consumo. Como não havia incentivos para diminuir o uso da pastagem, ela esgotou-se e *Town Common* acabou tornando-se um terreno barroso e inútil para as ovelhas.” (WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 87).

pessoas que são titulares de direitos deixam de usar o Judiciário porque este é lento e imprevisível, por outro, as pessoas que desejam fugir de suas obrigações possuem mais incentivos para litigar, pois não apenas ganharão tempo, como poderão prevalecer ao final. Estamos diante de um claro problema de seleção adversa. Cada vez mais pessoas deixarão de usar o Judiciário para fazer valer os seus direitos e cada vez mais pessoas passarão a usar o Judiciário para postergar ou anular suas obrigações (GICO JUNIOR, 2012, p. 110).

Dois elementos, que estão longe de explicar por completo o atual estado de coisas, se sobressaem: (i) os custos da litigância que são reduzidos em virtude da modicidade das custas judiciais⁶, especialmente no judiciário federal, tema que será objeto do capítulo seguinte; (ii) benefício da gratuidade judiciária deferida ou da tramitação do feito perante os Juizados Especiais.

Essas características não aparecem conjuntamente por coincidência, pelo contrário, a ausência/baixa expressividade de custos de transação para litigância é o que permite – e estimula – a judicialização de demandas cuja pretensão é reduzida ou tem baixa expectativa de sucesso. Se assim não fosse, provavelmente o litigante não proporia a demanda, a partir da consciência de que o benefício a ser obtido ao final seria muito inferior ao custo por ele suportado de tramitação do feito.

Costa Silva (2020, p. 16) pergunta e afirma: existe relação entre a gratuidade de justiça e a litigância frívola? A resposta é, a toda evidência, positiva.

A partir da seguinte equação⁷, é possível afirmar, por raciocínio dedutivo, que quanto menor for o custo da litigância, menor poderá ser a probabilidade de êxito para justificar o

⁶ (...) Dos dados expostos, percebe-se claramente que quem efetivamente usufrui do bem atividade jurisdicional (participando num processo como parte) recebe um subsídio de quase 90% para tanto, uma vez que contribui apenas com 12,87% do custeio, enquanto que o restante provém diretamente dos cofres públicos, ou seja, dos tributos em geral” ((WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 86/87).

⁷“ A decisão de ajuizar, ou não, uma ação judicial é sempre precedida de uma ponderação custo-benefício¹⁵: se os benefícios esperados (“B”) em caso de sucesso da ação judicial forem maiores do que os custos (“C”) associados ao seu ajuizamento, então a conclusão racional é pelo ajuizamento da demanda. De outro lado, se os custos (“C”) forem maiores do que os benefícios esperados (“B”), a escolha mais racional do agente será pela não judicialização do conflito. Confira-se o esquema matemático: Se B maior que C, o agente racional decidirá pelo ajuizamento da demanda. Se B igual a C, tem-se um ponto de indiferença, do ponto de vista de escolha. Se B menor que C, o agente

ajuizamento da demanda; a contrario sensu, quando maior for o custo da litigância, maior deverá ser a probabilidade de êxito para justificar o ajuizamento da demanda.

Tratando-se de beneficiário da gratuidade de justiça, os custos de litigar são muitos reduzidos. O custo de antecipação das despesas processuais é inexistente, pois o beneficiário da justiça gratuita está dispensado de fazê-lo. O custo da sucumbência também é inexistente, porque se restar vencida, a parte será condenada ao pagamento da verba honorária de sucumbência, mas sua exigibilidade ficará suspensa pelo prazo de cinco anos, momento a partir do qual o crédito estará extinto. O custo de advogado também é reduzido ou inexistente: reduzido, porque a parte pode firmar contrato de honorários com cláusula de êxito, condicionando o pagamento ao sucesso da demanda; inexistente, porque é possível que a parte se utilize dos serviços da Defensoria Pública. Por fim, os custos pessoais são os únicos que não estão diretamente afetados pelo benefício da gratuidade de justiça, de modo que deverão ser considerados no momento de decidir pelo ajuizamento da demanda.

Tome-se como exemplo uma ação com pedido indenizatório de R\$ 3.000,00 (três mil reais) em face de instituição bancária, tendo como causa de pedir o elevado tempo de espera na fila do banco. Considerando que o entendimento do STJ é desfavorável à pretensão autoral, imaginemos que a chance de êxito é de apenas 20% (vinte por cento). Os custos, como já visto, são todos reduzidos a zero, com exceção dos custos pessoais, aqui fixados em R\$ 100,00 (cem

racional decidirá pelo não ajuizamento da demanda. Note-se, contudo, que não basta a mera ponderação entre benefício e custos, sendo relevante considerar a chance de êxito da demanda. Nesse sentido, deve-se calcular o proveito esperado pelo autor ("PE"), que é o resultado da multiplicação do benefício que pretende obter ("B") pela probabilidade de que sua demanda seja julgada procedente ("v"), resultando na seguinte equação: $PE = v \cdot B$. Além disso, devem ser considerados os custos relativos ao ajuizamento da demanda. Vejamos. O primeiro é o custo pessoal ("Cp"). Normalmente, está relacionado às circunstâncias pessoais de cada um e refere-se ao consumo de tempo próprio e às despesas nas quais se incorrerá para levar adiante a intenção de postular em juízo. O segundo tipo de custo é o advocatício ("Ca"), seja em razão da necessidade de contratação de um profissional que detenha capacidade postulatória, seja pelo tempo despendido por aquele que litiga em causa própria. O terceiro é custo de antecipação das despesas ("Cd") concernentes ao ajuizamento da demanda e aos atos realizados ou requeridos no curso do processo. Por fim, há os custos de sucumbência ("Cs"), como o pagamento de honorários advocatícios em benefício do patrono da parte vencedora e o ressarcimento do vencedor quanto às despesas que antecipou. Em síntese, o valor esperado ("VE") com o ajuizamento da demanda deve ser obtido pela subtração do proveito esperado ($v \times B$) dos custos associados. O modelo então seria assim composto: $VE = (v \cdot B) - Cp - (v \cdot Ca) - (g \cdot Cd) - [(1 - v) \cdot Cs]$ (DA COSTA SILVA, Jorge Luis. FATORES DETERMINANTES E INSTRUMENTOS DE DISSUAÇÃO DA LITIGÂNCIA FRÍVOLA. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, Jan./abr 2020

reais). Os honorários advocatícios, pactuados com cláusula de êxito, foram fixados em 20% sobre o valor do pedido, isto é, R\$ 600,00 (seiscentos reais). Nesse caso, tem-se o seguinte:

$$VE = (0,2 \times 3000) - 200 - (0,2 \times 600) - 0 - 0$$

$$VE = 600 - 200 - 120$$

$$VE = 280$$

O resultado positivo da equação confirma a premissa acima enunciada: quanto menor for o custo da litigância, menor poderá ser a probabilidade de êxito para justificar o ajuizamento da demanda.

Essas circunstâncias favorecem o litigante aventureiro, porque os riscos assumidos com o ajuizamento da demanda são próximos de zero. Daí porque Rafael Abreu⁸ entende que a gratuidade de justiça desequilibra o jogo do processo, na medida em que se exige o comportamento responsável de somente um dos litigantes (DA COSTA SILVA, 2020, p. 15/17).

É o que TENENBLAT procurou demonstrar a partir do universo de ações distribuídas em 03 varas federais cíveis do Rio de Janeiro. Nesse breve apanhado, constatou que a taxa de insucesso entre as demandas ajuizadas por pessoas beneficiárias da gratuidade de justiça é maior do que aquela verificada entre as demandas ajuizadas por pessoas sem o benefício da justiça gratuita.

Veja-se:

⁸ “Um problema bastante grave com relação à gratuidade está nos incentivos que se criam à litigância frívola ou oportunista. Cria-se com isso um problema de igualdade. De um lado, um litigante tomador de risco, que calcula cada passo sabendo das consequências que determinada ação ou inação pode acarretar, em sentido pecuniário. Tem-se a sucumbência funcionando, aqui, como um regulador ético do processo. De outro lado, um litigante “impune”, pois sabe que as suas ações não acarretam nenhuma consequência em termos monetários. Perdendo ou ganhando, não deverá arcar com os custos de sua atuação em juízo. Tem-se, nesse caso, exercício de liberdade sem a contrapartida da responsabilidade” (ABREU, Rafael. O problema dos custos do processo e sua regulamentação pelo novo CPC, Revista de Direito, Santa Cruz do Sul, n. 5, out./2014, p. 15).

	Procedência	Procedência parcial	Improcedência	Sem mérito	Totais (100%)
Pessoa jurídica	76 (24,51%)	74 (23,87%)	92 (29,67%)	68 (21,94%)	310
Pessoa física sem gratuidade	105 (23,02%)	116 (25,44%)	161 (35,31%)	74 (16,23%)	456
Pessoa física com gratuidade	87 (11,34%)	143 (18,64%)	358 (46,68%)	179 (23,33%)	767

Fonte: TENENBLAT, Fabio. Limitar o acesso ao poder judiciário para ampliar o acesso à justiça. Revista CEJ, Brasília, n. 52, p. 23-35, Jan./mar 2011.

Conforme se observa, a percentagem das sentenças de procedência, nas ações ajuizadas por pessoas físicas em que não há gratuidade de justiça (23,02%), é bastante próxima da referente às sentenças proferidas nas ações de pessoas jurídicas (24,51%). O percentual, todavia, é mais do que o dobro do referente aos processos em que há gratuidade de justiça (11,34%). Portanto, um processo qualquer ajuizado por pessoa física em que há pagamento de custas, escolhido aleatoriamente, teria probabilidade mais de duas vezes maior de ter o autor vencedor do que outro com gratuidade de justiça, selecionado da mesma forma.

Os percentuais de êxito e insucesso da parte autora apresentados na tabela acima constituem forte indicativo do grau de frivolidade e inconsistência das ações com gratuidade propostas na Justiça Federal. Muitas são, como dito, verdadeiras apostas gratuitas, nas quais os autores não têm nada a perder (TENENBLAT, 2011, p. 10).

5 PANORAMA DO JUDICIÁRIO FEDERAL E A INICIATIVA LEGISLATIVA DO CNJ

O Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal, em nota técnica⁹ relatada pelas Juízas Federais Taís Schilling Ferraz e Vânia Cardoso Moraes, analisou os critérios e os impactos da concessão da gratuidade judiciária no âmbito da Justiça Federal, com sugestões

⁹CENTRO NACIONAL DE INTELIGÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. Justiça Federal. Nota Técnica nº 22/2019, de 31 de maio de 2019. Gratuidade Judiciária. Critérios de concessão no âmbito da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Impactos orçamentários e sobre a prestação dos serviços judiciais. Proposição de medidas para o aperfeiçoamento da gestão do instituto. Alternativas de interpretação. Possível afetação do tema para formação de precedente. Custas judiciais. Criação do Fundo Especial da Justiça Federal.

para o aperfeiçoamento das ações relacionadas ao instituto e para a redução dos respectivos impactos sobre o orçamento e a litigiosidade.

Como enfocam as autoras da nota técnica, na Justiça Federal de primeiro e segundo graus é bastante expressiva a proporção de concessões de gratuidade da justiça nos processos em tramitação, sendo que o maior percentual está concentrado nas ações dos juizados especiais.

Dissertam que a concessão em grande quantidade do benefício da gratuidade da justiça produz importantes efeitos sobre a litigiosidade de massa e vem configurando, em muitos casos, espécie de convite ao ajuizamento de demandas sem qualquer necessidade de análise de custo-benefício ao requerente, que percebe, assim como os advogados, que tentar a sorte na Justiça, ainda que com demandas temerárias, pode ser um bom negócio, já que os riscos da eventual litigância infundada são baixos.

Apontam que as custas devidas no âmbito da Justiça Federal são reconhecidamente módicas e não sofrem qualquer atualização desde o ano 2000. Seus baixos valores parecem desestimular também entre os magistrados um maior controle sobre as condições para a obtenção da gratuidade da justiça e um maior controle sobre o valor da causa.

E que, a par de avaliar a gratuidade judiciária como importante instrumento para garantir aos necessitados o acesso à justiça, dando densidade e concretude ao princípio constitucional que consagra esta garantia, adverte sobre o uso exagerado e, por vezes, abusivo desse instrumento e que a manutenção produtiva do benefício, como política pública de acesso à Justiça, especialmente diante dos altos custos que impõe aos cofres públicos, pressupõe um olhar mais profundo sobre os fundamentos da sua concessão, evitando-se que pessoas capazes economicamente de realizarem o pagamento das despesas com o processo sejam contempladas com a gratuidade.

A não atenção a essas questões favorece o ajuizamento de demandas aventureiras e lotéricas. Não há sequer análise de custo-benefício no ingresso com uma demanda judicial. Mesmo nos casos em que a parte tem pouca expectativa de ver reconhecido o direito ao que postula, é estimulada a postular, pois nada tem a perder com a movimentação da máquina

judiciária para avaliação de sua pretensão. Não paga custas (que já são mínimas) e não pagará perícias nem honorários de advogados, acaso resulte vencida no processo.

A alteração desse cenário passa pela adoção de medidas endógenas¹⁰, mas reclama, essencialmente, um instrumento normativo que possa fixar normas gerais para a cobrança das custas dos serviços forenses, conforme previsão dos artigos 24, inciso IV, e 98, §2º, da Constituição Federal.

Para este desiderato, o Conselho Nacional de Justiça instituiu grupo de trabalho que, em agosto de 2020, elaborou Anteprojeto de Lei Complementar¹¹ que visa a adoção de legislação nacional sobre o assunto, uniformizando o conceito de custas e taxas judiciais, estabelecendo caracterizações e hipóteses de incidência de modo mais preciso, com vistas a nortear as legislações estaduais.

Conforme relatório final do grupo de trabalho, o Anteprojeto baseia-se em três princípios gerais definidos pelo Grupo de Trabalho, quais sejam: i) o papel do preço do serviço: tornando sustentável a oferta dos serviços judiciais e, ao mesmo tempo, provendo os incentivos para que o nível de utilização seja socialmente ótimo; ii) o acesso à Justiça: de modo que as custas não devem obstruir o legítimo acesso ao Judiciário, nem reforçar a desigualdade de acesso conforme os níveis de renda e iii) o uso racional da máquina judiciária, tanto no que se refere ao próprio exercício do direito de demandar, quanto no que diz respeito a condutas processuais.

Na justificativa do Anteprojeto, constata-se que o sistema de atribuição dos custos do processo e do custeio de justiça influencia a tomada de decisão, desde a adoção de cautelas para evitar um potencial litígio até a própria decisão de litigar.

¹⁰ A nota técnica propõe: concessão parcial da gratuidade, quando for o caso; ☐ pagamento de parte das despesas com perícia pelo beneficiário (ou pagamento da segunda ou terceira perícias); ☐ controle dos gastos com perícias – tema sujeito a nota técnica própria; ☐ controle de gastos com advogados dativos (nota técnica do Centro Local de Inteligência de SC); ☐ consulta ao CNIS ou intimação da parte para apresentar documentos comprobatórios da insuficiência econômica, sempre que algum dado aponte para a inconsistência da declaração firmada pela parte, em especial a ocupação declarada na inicial (nota técnica do Centro Local de Inteligência de SP); ☐ cobrança das despesas incorridas se o beneficiário obtiver em juízo crédito capaz de suportá-las. ☐ compartilhamento de soluções a partir dos debates nos Centros Locais de Inteligência

¹¹ <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/10/Proposta-de-projeto-de-lei-complementar-1.pdf>

E que, enquanto em outros países há uma participação maior dos usuários no pagamento, no sistema brasileiro atual, a imensa maioria dos recursos vertidos para o sistema de justiça vem de impostos da população.

Esse esquema, por consequência, gera um desmedido subsídio para litigar, notadamente para as camadas mais ricas e informadas da população, que são mais propensas a se envolver em negócios de monta e acionar o aparato estatal.

Ademais, como esses custos são dissipados pela sociedade e não são sequer arcados pelos derrotados na demanda, há poucos motivos para a adoção de medidas de prevenção de litígios pelos próprios agentes econômicos.

Esse cenário é capaz de gerar, ainda, um número excessivo de processos, que, por sua vez, acarreta lentidão generalizada no sistema, tornando o acesso à justiça apenas aparente.

A atribuição das custas, assim, constitui um importante mecanismo de racionalização do uso do aparato estatal e de responsabilização direta daquele que deu injusta causa à demanda.

O Anteprojeto caminha na direção de que, se acolhermos todas as demandas sem o pagamento devido das custas, haverá uma rivalidade no acesso à justiça. Dito de outro modo: o juiz tem que despachar os processos, aqueles que são abusivos e aqueles que não são abusivos, no que se refere ao acesso à justiça, independentemente do pagamento de custas. Se houver o cuidado na concessão da gratuidade, garantir-se-á um acesso à justiça efetivo às demandas autênticas.

O que se propõe é a análise do acesso à justiça não apenas sob a perspectiva da **entrada**, mas sob uma perspectiva que leve em consideração não apenas o postulante à entrada no sistema, mas também quem é esse postulante e se ele também preenche requisitos do sistema – no caso, exigir-se-á a depender da categoria de litigante, um percentual maior no recolhimento das custas – a fim de que o Judiciário não seja utilizado como plataforma de postergação de cumprimento de obrigações ou como fator de obtenção de lucro, que é a que a se tem prestado, sob a visão única da **entrada** (NOTHEN BECKER; MORAIS DA ROSA, p. 21-22).

6 CONCLUSÃO

A dispensa do pagamento de custas processuais no primeiro grau ou o seu pagamento em valores diminutos tem atraído litigantes frívolos e habituais. Dessa forma instala-se o uso massivo do Poder Judiciário, seja por grandes litigantes, que incorporam aos seus ativos como uma espécie de investimento de risco calculado, dado que o custo para corrigir as falhas na prestação dos serviços ou produtos é bastante superior, ou mesmo pelo cidadão comum, que vê no judiciário uma forma de postergar obrigações de natureza contratual ou legal.

Na Justiça Federal de primeiro e segundo graus é bastante expressiva a proporção de concessões de gratuidade da justiça nos processos em tramitação, sendo que o maior percentual está concentrado nas ações dos juizados especiais. As custas devidas, por sua vez, são reconhecidamente módicas e não sofrem qualquer atualização desde o ano 2000. Os baixos valores parecem desestimular também entre os magistrados um maior controle sobre as condições para a obtenção da gratuidade da justiça e um maior controle sobre o valor da causa.

Este cenário pode conduzir ao resultado indesejado no qual as pessoas que são titulares de direitos deixam de usar o Judiciário, porque este é lento e imprevisível, por outro, as pessoas que desejam fugir de suas obrigações possuem mais incentivos para litigar, pois não apenas ganharão tempo, **como poderão prevalecer ao final.**

A adoção de medidas internas, de relativa simplicidade, como a diminuição da larga discricionariedade sobre a definição do conceito de insuficiência econômica, deve ser complementada com a normatização geral das custas via Congresso Nacional, conferindo respaldo legal para se resguardar o eficiente acesso à justiça, evitando, por consequência, a manutenção do atual estágio de aparente efetividade no acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

CENTRO NACIONAL DE INTELIGÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. Justiça Federal. Nota Técnica nº 22/2019, de 31 de maio de 2019. Gratuidade Judiciária. Critérios de concessão no âmbito da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Impactos orçamentários e sobre a prestação dos serviços judiciais. Proposição de medidas para o aperfeiçoamento da gestão do instituto. Alternativas de interpretação. Possível afetação do tema para formação de precedente. Custas judiciais. Criação do Fundo Especial da Justiça Federal..

DA COSTA SILVA, Jorge Luis. FATORES DETERMINANTES E INSTRUMENTOS DE DISSUAÇÃO DA LITIGÂNCIA FRÍVOLA. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, Jan./abr 2020.

GICO JR, Ivo Teixeira. A tragédia do judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. p. 163/198, set./dez 2014.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A TRAGÉDIA DO JUDICIÁRIO**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário . Brasília, 2012. Tese (Economia) - Universidade de Brasília, Brasília.

GUEDES TRIGUEIRO, Victor. A Ineficiência do Poder Judiciário como um Fator de Estímulo ao Descumprimento dos Contratos: reflexões à luz da análise econômica do direito. **Revista da PGBC**, v. 12, n. I, jun 2018.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E A ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA:: A MAXIMIZAÇÃO DO ACESSO NA BUSCA PELA EFETIVIDADE**. Florianópolis, 2014. Tese (Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

MENDES PLUTARCO, Hugo. A Sonegação e a Litigância Tributária como Forma de Financiamento. **EARL**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 122-147, jan./jun 2012.

NOTHEN BECKER, Fernanda Elisabeth; MORAIS DA ROSA, Alexandre. O O ACESSO AUTÊNTICO À JUSTIÇA:: AS CUSTAS JUDICIAIS COMO MECANISMO INIBITÓRIO DA LITIGÂNCIA ABUSIVA. In: XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA ACESSO À JUSTIÇA , II. 2018. **Anais eletrônicos [...]** Salvador. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/0ds65m46/v5n81bbi/SJj40p3bgn2ev29S.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2021.

PIMENTEL, Wilson. **ACESSO RESPONSÁVEL À JUSTIÇA:: O IMPACTO DOS CUSTOS NA DECISÃO DE LITIGAR**. Rio de Janeiro, 2017. Dissertação (Direito) - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017.

TENENBLAT, Fabio. Limitar o acesso ao poder judiciário para ampliar o acesso à justiça. **Revista CEJ**, Brasília, n. 52, p. 23-35, Jan./mar 2011.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.