

Inovações no processo civil brasileiro

Objetivação, racionalização e redução dos custos de acesso à jurisdição civil

Ulisses Schwarz Viana

Sumário

1. Introdução. 2. O acesso à jurisdição: dificuldade de conceituação e suas implicações sociais. 3. A noção de “custo” no direito e suas implicações no acesso à jurisdição civil. 4. Dois novos instrumentos na perspectiva de objetivação da jurisdição civil no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil e seus esperados efeitos na redução do custo de acesso à jurisdição. 5. Conclusão.

1. Introdução

Este ensaio jurídico se propõe a realizar uma análise não estritamente processual das propostas inovadoras do anteprojeto do novo código de processo civil, colocando-a em um contexto mais amplo para averiguar as possibilidades funcionais no campo da redução dos custos sociais e econômicos do acesso à jurisdição civil por meio da introdução de novos mecanismos procedimentais de resolução das demandas de massa e do julgamento objetivado de recursos repetitivos.

Esta proposta surge como uma forma de homenagear as iniciativas inovadoras do Anteprojeto que, sem grandes indagações, representam um passo decisivo rumo à superação da perspectiva formalista que tem ainda inspirado a cultura jurídica brasileira e uma abertura do processo civil pátrio a uma maior efetividade e utilidade social, superando o quadro de produção

Ulisses Schwarz Viana é Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul.

de prejuízos socioeconômicos pela crônica lentidão do sistema judiciário.

O Anteprojeto do novo Código de Processo Civil apresentado ao Senado da República, elaborado por uma comissão de notáveis juristas, representa desse modo o momento de mutação e de evolução da sociedade brasileira às voltas com a necessidade de consolidação e aprofundamento da democracia, agora debatida no campo do processo civil. A democratização do acesso à jurisdição civil e a redução de seus custos sociais e econômicos ganham ênfase na proposta histórica que introduz novos institutos, como o incidente de coletivização do processo com a resolução uniforme e eficiente das demandas de massa, como no caso do incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 895 e ss.), que apontam para um impulso de superação da modelagem formalista e subjetivista de casos solucionados em processos notoriamente repetitivos, somente com eficácia *inter partes* e *intra processum*; o que há muito permeia e atravanca o processo civil brasileiro.

O anteprojeto, assim, surge marcado pela supressão dos excessos procedimentais e redução numérica dos recursos, que são inclusive apontados como causas de morosidade na prestação jurisdicional e, como consequência, de insatisfação social com os produtos decisórios do sistema processual. Pior ainda, quando se percebe de alguma forma sua 'inacessibilidade' (traduzida como custos desproporcionais e inefetividade), quando mais se precisa da tutela da jurisdição estatal.

Essas questões extrapolam, sem necessidade de grandes digressões, o campo da teoria do processo civil, e em horizonte ampliado demandam a observação dos fatos pela ótica da análise dos custos do acesso à jurisdição civil, com enfoque nas repercussões (extraprocessuais) econômicas e sociais, como também da necessidade de afirmação e concretização rápida, eficiente e útil dos direitos fundamentais, entre eles o da *razoável duração do processo* (art. 5º,

LXXVIII, da Constituição de 1988 [EC nº 45/2004]).

O presente ensaio é um *approach* interdisciplinar das possibilidades do aperfeiçoamento do processo civil no campo da redução dos custos da jurisdição civil, que se propõe de forma prospectiva e evolutiva no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil porque seu texto parte do reconhecimento da crescente hipercomplexidade social, com o crescimento de novas demandas sociais que precisam e devem ser processadas de forma célere, mas juridicamente segura, como resposta satisfatória do sistema jurídico-processual à sociedade brasileira.

Para tanto, é inarredável a incorporação das novas relações sociais e novas formas de vida, com seus correlatos problemas e conflitos também novos. Daí a necessidade de um novo processo civil que se adapte a esse admirável quadro sociológico emergente de forma inclusiva, democrática e eficiente.

Essa eficiência do sistema processual, por sua vez, deve traduzir-se em redução drástica dos custos socioeconômicos do acesso da sociedade à jurisdição civil, por meio de instrumentos processuais *objetivados*, para a promoção da coletivização do processo e do funcionamento adequado do Poder Judiciário brasileiro, colocado de certa forma como *agente social* fomentador do progresso econômico e de transformação da sociedade.

2. O acesso à jurisdição: dificuldade de conceituação e suas implicações sociais

A questão da efetividade da jurisdição é de grande complexidade por seus reflexos inclusive extrajurídicos, como quando colocada a questão sobre seus efeitos para fora do processo e suas repercussões nos custos econômicos e sociais que serão tratados adiante, ainda porque, mesmo no plano conceitual, a dogmática processual tem encontrado dificuldade na própria

conceitualização e definição da expressão “acesso à Justiça”.

A dificuldade de definição do que seja o acesso à Justiça foi reconhecida por CAPELLETTI e GARTH (1988, p. 8) ao proclamarem, de modo sintético, que:

“A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.”

O fato é que se assistiu no Brasil, após a Constituição de 1988, ao enorme crescimento da demanda social por amplo acesso à jurisdição ao ter-se erigido o Poder Judiciário à posição de verdadeira “câmara de descompressão” dos conflitos sociais e guardião último da legalidade e das liberdades e garantias democráticas; o que surge da leitura do inciso XXXV do art. 5º da Constituição, que de uma forma solene declara: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”.

Este quadro atual nos conduz a uma reflexão que deve ser caracterizada pelo abandono das pretensões teóricas que geraram um acesso meramente formal à jurisdição, que não se traduziram em efetividade material do direito-garantia do acesso à Justiça.

Sempre foram construídos somente meios processuais de acesso ao Poder Judiciário, pois a prática do dia a dia se fixou no aspecto da utilização de ações e remédios processuais, constitucionais e legais, sem antes preocupar-se com o acesso a um processo efetivo, célere e seguro; o que caracteriza, a nosso ver, o direito a uma prestação jurisdicional substancial.

O acesso à Justiça, assim, não pode ser visto somente como a admissão em juízo, mas, sim, como adverte CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (1994, p. 319), ao falar da efetividade do processo, que:

“São quatro os aspectos fundamentais da problemática da efetividade do processo: a) admissão em juízo; b) modo-de-ser do processo; c) critérios de julgamento (ou justiça nas decisões); d) a efetivação dos direitos (ou utilidade das decisões).”

DINAMARCO (1994, p. 319) acrescenta:

“O Poder Judiciário brasileiro tem tido sua legitimidade arranhada pela crônica demora e custos elevados, entre os males de difícil superação (disse-se, até, que ele é o ‘refúgio da impunidade’); mas a sólida consistência interna do sistema e o próprio fato de a população sentir que necessita do seu serviço mantém a sua legitimidade.”

Não se pode rechaçar que a situação crítica vivida pela Jurisdição no Brasil, envolvida numa crônica inefetividade, com baixa utilidade (eficiência) final na tutela dos direitos, conduz-nos, como sociedade, à busca de alternativas viáveis e realistas.

O acesso à Justiça, desse modo, não pode ser visto por ângulo formalista, como apenas o direito à utilização dos instrumentos disponíveis no sistema processual, mas também, e até mais importante, o acesso a uma prestação jurisdicional material e economicamente útil, porque efetiva e célere, além de segura.

Movida por esse espírito, a Emenda à Constituição n. 45/2004 acresceu ao art. 5º da Constituição de 1988 o inciso LXVIII⁶⁶. Desse acréscimo textual exurgiu uma nova garantia constitucional fundamental, concernente ao direito à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

É de ser apontado que, na verdade, o constituinte brasileiro tardou em incorporar esse direito fundamental – com natureza complementar do inciso XXXV do art. 5º – à Constituição, isso quando, em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas fez constar no artigo VIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos que: “Toda pessoa tem direito a receber dos

tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

Curioso notar que o novo dispositivo inserido no catálogo dos direitos e garantias fundamentais traz consigo o reconhecimento, quase que manifestamente declarado, da acima mencionada falta de celeridade e inviabilização operacional da jurisdição no Brasil. Chegou a tal ponto a situação que o Constituinte Reformador, na EC n. 45, resolveu, numa manifestação, a nosso ver, ainda colocada no plano simbólico¹, afirmar politicamente a necessidade de mudança e de busca de alternativas para a jurisdição no Brasil.

Ao contextualizar a questão, ver-se-á que inevitavelmente se coloca a questão da adoção de institutos processuais que produzam a *objetivação* do processo quanto a temas jurídicos que possam reproduzir em demandas massificadas e múltiplas, utilizando-se dos mecanismos da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante, já amplamente utilizados no processo do controle de constitucionalidade (Leis n^{os} 9.868/1999 e 9.882/1999), como meios de produção de maior grau de segurança ao uniformizar a jurisprudência sobre temas jurídicos relevantes, impedindo a exponencial reprodução de processos e recursos sobre a mesma questão jurídica.

Tornou-se, assim, imperativa a criação de técnicas processuais de perfil inovador para provocar uma mudança paradigmática no panorama geral do processo civil brasileiro, com novos instrumentos processuais dotados de efeito vinculante e de eficácia *erga omnes*, o que propiciará a depuração de temas e questões jurídicas com potencial multiplicador que necessitem de julgamentos coletivizados e homogêneos, como se vê no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, nas novas figuras

¹ Sobre a concepção da natureza simbólica do Direito, veja-se, no Brasil, Marcelo Neves (2007), e, na Alemanha, Andreas Zielcke (1980).

processuais do incidente de resolução de demandas repetitivas e do incidente de recursos repetitivos no recurso extraordinário e no recurso especial, que serão observados detidamente em momento oportuno.

Tal situação, cremos, produzirá paralelamente um efeito sistêmico na celeridade efetiva do fluxo decisório das instâncias ordinárias, não de modo isolado, mas também associada a outros instrumentos que venham a ser criados no processo legal.

Só assim tornar-se-á efetivo o direito fundamental ao prazo razoável à duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5^o da Constituição de 1988), que já vinha sendo objeto de tentativas de efetivação por meio da preservação da autoridade da legislação federal e de sua uniformização jurisprudencial. Foi, então, editada a Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008, que introduziu procedimento (o art. 543-C do Código de Processo Civil) com vistas a evitar a proliferação de recurso sobre temas repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e da própria repercussão geral da questão constitucional regulada pela Lei n. 11.418/2006.

Após essa digressão preparatória, passa-se para o tratamento do tema proposto em uma visão não muito usual no direito brasileiro: a questão da relação de custos e benefícios da adoção de instrumentos *objetivados* de decisão de questões jurídicas idênticas inseridas em demandas isomórficas, por meio de mecanismos processuais dotados de efeito vinculante e eficácia geral (*erga omnes*).

Sem essa atividade criativa do legislador processual, não se pode abrir caminho para uma via de superação da crônica ineficiência e morosidade da prestação jurisdicional, que implica mudanças estruturais do processo civil com vistas a sua superação.

Dentro desse enfoque, como neste ensaio se busca contextualizar, há de ser feita reflexão pragmático-funcional da questão do acesso à Justiça, como direito à duração razoável do processo, que deve envolver as

possibilidades de aprimoramento do sistema jurídico-processual com enfoque mais próximo da realidade econômico-financeira do Estado. E, paralelamente, dos custos socioeconômicos suportados pelos indivíduos, em suas relações jurídicas intersubjetivas. E, por que não, das consequências negativas que atingem de um modo mais direto a sociedade como um todo.

3. A noção de “custo” no direito e suas implicações no acesso à jurisdição civil

A introdução da noção de ‘custos’ no raciocínio jurídico não é nova. Nos Estados Unidos da América, desenvolveu-se influente corrente dedicada ao estudo da análise econômica do direito, conhecida como escola do *Law and Economics*. Nela introduziu-se, além de várias concepções econômicas, a questão dos custos dos direitos e sua implicação no raciocínio jurídico.

No direito brasileiro, encontramos a lição de FLÁVIO GALDINO (2005, p. 239) no sentido de que:

“A tentativa de inserção dos custos dos direitos na análise jurídica, até mesmo sob o prisma conceitual, não revela senão a tentativa de incluir no raciocínio jurídico os inolvidáveis resultados das análises econômicas. Evidentemente a ideia de relacionar direito e economia não é nova, embora seja praticamente desconsiderada entre nós.”

Digna de menção é a interessante tese de HOLMES e SUNSTEIN (2000, p. 43-44) sobre o problema do custo dos direitos. Esses autores fazem uma instigante análise do custo da utilização dos remédios judiciais de proteção aos direitos, introduzindo a seguinte perspectiva:

“Os direitos têm custos porque as tutelas jurisdicionais têm custos. Sua execução é cara, particularmente uma execução uniforme e adequada; os direitos legalmente conferidos são ‘ocoso’ enquanto permanecem sem

execução. Diferentemente formulado, quase todo direito implica em obrigação correspondente, e as obrigações só são levadas a sério quando o descumprimento é punido pelo poder público que é custeado pelos cofres do Estado. Não existem direitos legalmente executáveis na ausência de obrigações legalmente compulsórias, isso porque a lei só pode ser permissiva enquanto simultaneamente obrigatória. É dizer, as liberdades individuais não podem ser asseguradas meramente pela limitação da interferência estatal nas liberdades de atuação e de associação.”²

A despeito de não concordarmos plenamente com a ideia de que todo e qualquer direito é vazio se não for tutelado (“... *and legal rights are hollow to the extent that they remain unenforced*”), o fato é que, no caso particular do direito de ação (com a consequente garantia de acesso à jurisdição), custos econômicos estão sempre envolvidos para as partes, como também representam uma carga orçamentário-financeira ao Estado, na manutenção de uma vasta e complexa estrutura judiciária devidamente aparelhada, material e humanamente, para o mister de assegurar, por meio de uma tutela jurisdicional, o exercício dos direitos, tanto individuais quanto metaindividuais.

Outra ideia peculiar e interessante de HOLMES e SUNSTEIN diz respeito a que para eles não existem direitos negativos (*Abwehrrechte*), mas tão somente direitos positivos.

² Tradução livre do autor deste ensaio – texto original em inglês: “Rights are costly because remedies are costly. Enforcement is expensive, especially uniform and fair enforcement; and legal rights are hollow to the extent that they remain unenforced. Formulated differently, almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse. There are no legally enforceable rights in the absence of legally enforceable duties, which is why law can be permissive only by being simultaneously obligatory. That is to say, personal liberty cannot be secured merely by limiting government interference with freedom of actions and association”.

Por esse raciocínio, os direitos seriam positivos em razão do fato de que a garantia do exercício de todo direito envolveria custos, o que, a nosso ver, corresponde à vetusta dicotomia segundo a qual a cada direito corresponde uma obrigação/dever.

Esses custos estariam ligados à necessidade de manutenção pelo Estado de serviços públicos que garantiriam o acesso e o exercício dos direitos, não somente estaria o Estado numa posição passiva de não interferir no direito à autonomia e liberdades individuais (liberdades negativas). O Estado, nessa perspectiva, tem a clara função de garantir o acesso aos meios de proteção assecuratórios (prestações estatais) dos direitos conferidos na ordem jurídica.

O propósito deste ensaio não permite adentrar a questão ampla de discutir se todos os direitos seriam ou não positivos; entretanto, não há como deixar de apontar o fato de que é difícil negar que o exercício da garantia de acesso à Justiça enquadrar-se-ia adequadamente na concepção de direito positivo, se colocado dentro da perspectiva peculiar de HOLMES e SUNSTEIN. Pois, não se duvida que o exercício do direito de acesso à Justiça envolve uma atividade estatal positiva (pela atuação efetiva dos órgãos jurisdicionais estatais).

Não há como não reconhecer, portanto, o fato de que a atividade jurisdicional, que realiza de fato o direito de acesso à Justiça, envolve custos financeiro-orçamentários, econômicos e sociais (principalmente na esfera das relações intersubjetivas das partes demandantes).

Tanto que HOLMES e SUNSTEIN (2000, p. 45-46), no que guarda respeito ao direito de obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva e garantidora de um direito ameaçado, claramente propõem a seguinte lógica, no sentido do caráter positivo do acesso à Justiça:

“Quando o titular de um direito é lesado, ele pede geralmente a tutela a juiz remunerado pelos contribuintes. Para obter a tutela jurisdicional, que

é uma forma de ato estatal, a parte lesada exerce seu direito de usar o sistema de litigância financiado publicamente, o qual deve ser mantido imediatamente disponível para este propósito. Ser titular de um direito, como dito, é sempre estar na posição de tornar-se autor de uma ação ou mesmo um recorrente. Os direitos podem ser aviltados, como consequência, ao tornar-se mais difícil aos demandantes obter a reparação perante o juiz. Um modo de fazê-lo é privar os Tribunais de seus recursos financeiros. Para pleitear com sucesso um direito, em contraste, é preciso pôr em movimento a máquina coercitiva e corretiva do poder público. Esta máquina é cara de operacionalizar, e os contribuintes devem suportar os custos. Este é um dos sentidos pelo qual até mesmo os direitos aparentemente negativos são, na realidade, benefícios providos pelo Estado.³”

Nessa visão, é digna de registro iniciativa do Superior Tribunal de Justiça que, por meio de um sistema de cálculo (Sistema Prisma), buscou apurar os custos (financeiros), em base anual e individualizada, das ações originárias propostas e dos recursos interpostos perante ela. Tal fato foi objeto de notícia⁴ veiculada pelo próprio Superior

³ Tradução livre do autor deste ensaio. Texto original em inglês: “When the holder of a legal right is wronged, he may usually petition a taxpayer-salaried judge for relief. To obtain a remedy, which is a form of government action, the wronged party exercises his right to use the publicly financed system of litigation, which must be kept readily available for this purpose. To have a right, it has been said, is always to be a potential plaintiff or appellant. Rights can be retrenched, as a consequence, by making it harder for complainants to seek vindication before a judge. One way to do this is to deprive courts of their operating funds. To claim a right successfully, by contrast, is to set in motion the coercive and corrective machinery of public authority. This machinery is expensive to operate, and the taxpayer must defray the costs. That is one of the senses in which even apparently negative rights are, in actuality, state-provided benefits”.

⁴ Disponível em <www.stj.gov.br>, no link Sala de Notícias. Publicado em 26 de março de 2008.

Tribunal de Justiça, em seu sítio na *internet*, a qual se transcreve parcialmente:

“Tribunal calcula quanto cada processo custa para a sociedade

O que é mais caro, julgar um *habeas-corporis* ou um recurso especial?

Quanto custa para os cofres públicos a tramitação de um processo no Superior Tribunal de Justiça? A Coordenadoria de Auditoria da Secretaria de Controle Interno do STJ fez as contas. No ano passado, do universo de processos analisados, os *habeas-corporis* permaneceram, em média, 159 dias no STJ ao custo de médio de R\$ 871,95. Já um recurso especial teve valor médio de R\$ 798,00 com permanência de 160 dias. Os agravos de instrumento representaram 51,32% dos processos avaliados. Eles ficaram, em média, 124 dias no STJ ao custo de R\$ 651,05. O coordenador de auditoria, Alfredo Wagner de Andrade, explica que o cálculo é feito para cada processo individualmente e que não é raro encontrar valores discrepantes. Já houve recurso especial que ficou no STJ apenas dois dias e custou R\$ 10,00. Em outro caso, o mesmo tipo de processo ficou 622 dias na Casa e custou R\$ 3.627,97. As primeiras avaliações de custo processual foram feitas com causas que chegaram ao STJ depois de 1º/4/2006 e foram encerradas no exercício de 2007. Ao todo foram analisados 228.396 processos. Eles ficaram, em média, 147 dias em tramitação, ao custo médio de R\$ 762,72 cada um. Para fazer esses cálculos, a Coordenadoria de Auditoria desenvolveu uma inovadora ferramenta de avaliação de custos. É o Sistema Prisma, o primeiro mecanismo de medição de custos do Poder Judiciário. [...]. A análise começa com a definição dos custos de cada unidade do STJ envolvidas na missão de julgar e também das áreas de apoio,

indispensáveis para o funcionamento do Tribunal. [...]. Esse cálculo leva em consideração os gastos com pessoal, material, depreciação de equipamentos e outras despesas de custeio, como água, energia e limpeza. O principal vetor de custos do processo é o tempo de permanência no Tribunal, considerando da entrada no STJ ao arquivamento ou baixa. A medição, bastante complexa, foi diária para cada processo. O sistema avalia cada unidade percorrida pela ação e a quantidade diária de processos nessa unidade. Assim é possível calcular o custo proporcional por processo. Conhecer esses valores em detalhes, segundo Wagner de Andrade, servirá para otimizar a gestão dos recursos públicos, estabelecendo metas de redução de custos e aumento de produtividade.”

Ao invocar essas lições, deve ser observado que, além dos custos financeiros envolvidos, que também devem ser necessariamente sopesados, o direito de acesso à Justiça – como garantia fundamental constitucional que é – possui um caráter positivo, pois depende de atos (jurisdicionais) positivos do Estado-juiz, que sejam efetivos e úteis, porque céleres e eficientes.

Esse ponto da positividade do direito de acesso à jurisdição comporta uma leitura ampliada e aberta neste ensaio. Não se trata de direito positivo somente porque dependeria de um “ato positivo” (*positive act*) da jurisdição estatal, mas também porque confere direito a uma prestação jurisdicional positiva, com utilidade efetiva e celeridade eficiente.

A necessidade de tornar a prestação jurisdicional célere e eficiente (positiva), no caso para dar realização material à garantia do inciso LXXVIII do art. 5º da CF, é ressaltada por CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA (1993, p. 37) ao prelecionar que:

“Não basta que se assegure o acesso aos órgãos prestadores da jurisdição

para que se tenha por certo que haverá estabelecimento da situação de justiça na hipótese concretamente posta a exame. Para tanto, é necessário que a jurisdição seja prestada – como os demais serviços públicos – com a presteza que a situação impõe. Afinal, às vezes, a justiça que tarda, falha. E falha exatamente porque tarda. Não se quer a justiça do amanhã. Quer-se justiça hoje. Logo, a presteza da resposta jurisdicional pleiteada contém-se no próprio conceito do direito-garantia que a jurisdição representa.”

O fato é que não há como refutar a proposição de que a prestação jurisdicional deve ser realizada com a mesma presteza que se impõe aos demais serviços públicos; traz à tona o fato de que o enfoque na relação custo/benefício não é novidade no direito brasileiro, visto que a Emenda Constitucional n. 19/98 incorporou-a ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal sob o manto semântico do princípio da eficiência.

Para a percepção dos efeitos sociais negativos e não razoáveis de um processo civil desnecessariamente complexo, é conveniente emprestarmos da análise econômica o binômio estabelecido entre custo e benefício para verificarmos que a eficiência, mesmo nos domínios do direito, deve ser entendida como a busca da obtenção do melhor resultado possível, inclusive nos aspectos ligados ao máximo proveito na utilização dos escassos recursos financeiros, tanto públicos quanto privados (das partes), evitando o desperdício de recursos materiais ao maximizar os resultados sociojurídicos, com a redução dos custos econômico-orçamentários envolvidos no desenvolvimento das atividades ligadas à prestação jurisdicional.

FLÁVIO GALDINO (2005, p. 260), atento à questão da necessidade de eficiência nas prestações estatais, observa que:

“Merece ser refletida a afirmação de que o princípio da eficiência não

possui conteúdo próprio, no sentido de que seria mais uma espécie de metanorma, destinada a reger aplicação de outras normas (...). Ainda nesse sentido, muito apropriada a observação de que se trata de um princípio para fora, isto é, de uma norma preocupada com algo – notadamente os resultados de determinada medida analisada do ponto de vista jurídico – que acontece fora do “mundo jurídico” (...). De preferência a análise de custo/benefício de uma medida deve ser prévia à sua implementação. (...) E essa possivelmente será uma das grandes dificuldades dos operadores do direito e em especial os juízes brasileiros no trato da eficiência – que é um conceito naturalmente pragmático.”

No contexto até agora observado, cabe trazer à baila o estudo de ARMANDO CASTELAR PINHEIRO, no qual ele analisa o Poder Judiciário como instituição *econômica* ao trazer reflexões que servem de reforço à demonstração da necessidade socioeconômica de introdução de instrumentos de resolução de demandas de massa e de julgamento objetivado de recursos repetitivos, no campo do recurso extraordinário (repercussão geral) e do recurso especial (incidente de julgamento de recursos repetitivos).

PINHEIRO (2001, p. 4) também adverte que:

“A percepção de que o mau funcionamento do Judiciário pode ter impactos significativos sobre o desempenho da economia é bastante recente, e reflete o crescente interesse no papel das instituições enquanto determinantes do desenvolvimento das nações. (...) Uma dessas instituições é o judiciário. (...) os problemas com que se defronta o judiciário na maior parte dos países em desenvolvimento e em transição prejudica o seu desempenho econômico de várias

maneiras (...). (...) Neste sentido, três alternativas são propostas (...) que o desempenho do judiciário seja avaliado considerando-se os serviços que ele produz, em particular, em termos de 'garantia de acesso, previsibilidade e prestação dos resultados, além de remédios adequados'. Ou seja, pensar a justiça enquanto uma entidade que presta serviços para a sociedade, e considerar a qualidade dos serviços ofertados."

A perspectiva em que se coloca o ex-certo acima colacionado chama a atenção para os fins deste ensaio à constatação da necessidade de utilização de remédios jurídicos adequados a uma célere, útil e homogênea prestação da jurisdição civil.

Devem ser, portanto, inseridos, no horizonte de otimização do processo civil, instrumentos processuais produtores de resolução transcendente e *objetivada* de conflitos, que produzirão ambiente de segurança jurídica.

Entre os efeitos positivos, está a utilidade econômica das decisões judiciais, assim traduzidas por PINHEIRO (2001, p. 6):

"(...) a utilidade esperada de recorrer à justiça depende, positivamente, do valor líquido que se espera receber e, negativamente, da variância desse ganho, que reflete a incerteza quanto a ganhar ou perder a disputa e ao tempo até que uma decisão seja tomada."

MIGUEL CARLOS TEIXEIRA PATRÍCIO (2005, p. 14) produziu, no direito português, interessante estudo analítico sobre os efeitos econômicos da litigância, no qual reafirma a ideia de que:

"No caso específico da litigância, a utilização desta ponderação parece, aliás, constituir uma evidência, pois o que leva um determinado indivíduo a colocar a sua questão em Tribunal é sempre resultado de uma avaliação mais ou menos informada e cautelosa de custos e benefícios."

Dessa maneira, a utilidade está ligada à eficácia material da decisão judicial, quanto aos efeitos esperados, em relação aos bens e interesse jurídicos e econômicos tutelados pelo direito, na vida daquele que busca a tutela do Poder Judiciário, mesmo quando os temas submetidos à jurisdição sejam de conteúdo não econômico (moral, espiritual, estético etc.), porque mesmo nesses casos estão presentes custos processuais próprios na produção de provas, honorários de advogado, taxas judiciárias, entre outros.

Os custos para as partes, para o Estado, para a sociedade são, sem sombra de dúvida, elemento relevante na análise da qualidade da prestação jurisdicional, aqui observada do ângulo da jurisdição civil.

4. Dois novos instrumentos na perspectiva de objetivação da jurisdição civil no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil e seus esperados efeitos na redução do custo de acesso à jurisdição

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil se insere como ponto culminante de uma longa trajetória evolutiva do processo civil brasileiro, que passou recentemente pela edição das Leis nºs 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006 – além da Lei nº 8.950 de 1994 –, que apontavam para a necessidade de simplificação procedimental e de desformalização do processo, com vistas a produzir um maior fluxo decisório no sistema judiciário, suprimindo possibilidades de utilização abusiva, por ex., do direito de recorrer.

Fecharam-se, desse modo, as portas àqueles que pretendiam utilizar o processo, e suas excessivas formalidades, como meio de obter a procrastinação no cumprimento de suas obrigações, gerando custos tanto para a outra parte quanto para o próprio Estado brasileiro no custeio da máquina judiciária, que constantemente demandava ampliação material (construções e ampliações de instalações) e humana (contratação de novos servidores) da estrutura

judiciária, sem o correspondente resultado na efetividade da prestação jurisdicional, que não conseguia fazer face à crescente e insuperável demanda.

Nesse contexto surgem, como precursores do espírito inovador do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, institutos como o da repercussão geral (artigos 543-A e 543-B introduzidos ao vigente CPC pela Lei nº 11.418/2006) e o incidente de recursos repetitivos no recurso especial (art. 543-C do CPC, introduzido pela Lei nº 11.672/2008).

Já no mencionado anteprojeto, surgem como inovação os seguintes instrumentos processuais de natureza transcendente e objetivante:

(1) O *incidente de resolução de demandas repetitivas* (art. 895), que poderá ser instaurado sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito, como também de causar grave insegurança, ante a possibilidade de produção de decisões conflitantes (oscilações decisórias).

Este instituto foi inspirado em sua origem no *Musterverfahren*, introduzido no sistema processual alemão pela *Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten* (lei sobre o procedimento-piloto nas controvérsias sobre direito do mercado de capitais).

O novo procedimento denota a tendência de *objetivação* do processo, no sentido de produzir decisões sobre temas jurídicos transcendentais dos peculiares interesses das partes (*inter partes*) em determinada relação processual (*intra processum*), ou seja, questões ou temas eminentemente jurídicos que se reproduzem em procedimentos múltiplos de natureza *isomórfica*.

Nesse aspecto, a mais importante e significativa inovação é a inauguração de um novo modelo inclusivo das jurisdições ordinárias – locais, como no caso dos Tribunais de Justiça dos Estados-membros, como também da regional federal, pe-

los Tribunais Regionais Federais – nos procedimentos *objetivados* de solução de controvérsias repetitivas ou com potencial de reprodução em múltiplos processos subjetivados. É o que se extrai do §1º do art. 895 do Anteprojeto.

No que tange à própria teleologia do novel instituto, encontra-se a produção de decisão com eficácia *erga omnes* (art. 903), após um procedimento aberto cognitivamente com a participação dos *amici curiae* (art. 901) e com sustentação oral das partes e dos interessados no julgamento do incidente (§1º do art. 902), sendo até possível falar-se da realização de audiências públicas, de acordo com a expressão contida no art. 901, ao mencionar a realização de diligências necessárias “à elucidação da questão de direito”.

(2) O *incidente de recursos repetitivos no recurso especial e no recurso extraordinário* (art. 953 e ss.), que representa uma forma de coletivização dos efeitos de decisões tomadas sobre questões ou temas idênticos surgidos em recursos múltiplos sobre a mesma questão de direito.

Essa coletivização ou decisão em massa de processos repetitivos é formulada no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil por meio daquilo que identificamos como atribuição de eficácia *erga omnes* (artigos 956 e 958) às decisões proferidas no incidente de recursos repetitivos, visto que estas valerão para todos os casos que tragam em seu bojo a mesma questão ou tema jurídico transcendentais dos interesses das partes (recorrentes e recorridos), ou seja, uma questão jurídica *objetivada* (tematizada). Não se pode duvidar, pelos motivos já expostos, que esse novo instrumento será apto a gerar segurança jurídica pela uniformização da tese jurídica objetiva em determinado sentido, o que evitará decisões conflitantes e oscilantes sobre o mesmo tema jurídico que comportem decisão homogênea, seja relativo ao direito federal (recurso especial) ou à ordem constitucional (recurso extraordinário).

É bom que se registre que a inovação no Anteprojeto atinente ao incidente de recursos repetitivos é uma novidade relativa, isso porque já o temos no atual Código de Processo Civil em seu artigo 543-C (introduzido pela Lei nº 11.672/2008), porém restrito ao âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial.

O Anteprojeto, por sua vez, propõe sua extensão ao âmbito do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário que está atualmente somente submetido ao regime da repercussão geral da EC nº 45/2004, regulamentada pela Lei nº 11.418/2006.

Porém, o que, em nossa opinião, é extremamente relevante no instituto projetado é a possibilidade de potencialização da abertura cognitiva do processo civil pela participação dos *amici curiae* (§2º do art. 955), que garante o acesso democrático dos interessados na solução da controvérsia jurídica objetiva, submetida ao regime dos recursos repetitivos, como arquitetado no Anteprojeto.

Não se pode, todavia, negar que a adoção dos dois institutos acima delineados, de certa forma, restringirá o acesso *subjetivado* (individualizado) aos tribunais, principalmente ao STJ e ao STF, mas, se sopesado esse aspecto dentro da perspectiva de redução dos custos de acesso à jurisdição, perceber-se-á como este custo ligado à restrição de acesso subjetivo deverá ser visto como um *custo de oportunidade*⁵.

⁵ Em MANKIWI (2006, p. 829), encontramos uma boa definição dessa modalidade de custo, pois para ele custo de oportunidade é: “Qualquer coisa que se tenha que abrir mão para obter algum item”. Esta definição de custo de oportunidade traz implícita a ideia de troca de uma coisa por outra, com a finalidade de obter alguma vantagem com relação ao que se tinha anteriormente. O abrir mão, da definição de Mankiw, remete-nos à ideia do equacionamento de custos e benefícios, binômio sempre presente na base da análise econômica. Pois o abrir mão se traduz como o custo, enquanto o obter algum item (algo novo e vantajoso) se apresenta como o benefício decorrente da aceitação do custo envolvido. Assim, o “custo de oportunidade” deve ser visto como custo positivo, ou melhor, como um custo de oportunidade, referindo-se ao reconhecimento de que os novos institutos de

Os resultados esperados desses novos mecanismos processuais são aptos a produzir uma redução na dimensão temporal (tempo para julgamento) da duração dos processos, a estabilização de sentido das decisões sobre temas *de jure* com a mesma textura em demandas isomórficas e, desse modo, propiciar efetividade e segurança jurídicas nos produtos decisórios do sistema jurídico dirigidos aos seus destinatários e, por que não dizer, seus usuários: os jurisdicionados.

Deve ser acrescido que esta *objetivação transcendente*, já inaugurada com o advento da repercussão geral⁶ (EC nº 45/2004 e Lei nº 11.418/2006) e agora aprofundada no anteprojeto do novo CPC, servirá para o incremento da cultura de respeito às decisões judiciais, promovendo o necessário reconhecimento social da atuação do Poder Judiciário e prestígio do sistema processual como instrumento de solução célere, útil, homogênea e segura dos conflitos jurídicos e sociais e, ainda, como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, judicialmente tutelados.

De toda sorte, não se pode vislumbrar esses novos instrumentos processuais como meros mecanismos redutores do número de processos e recursos, mas, sim, como oportunidade de aprimoramento das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, com aumento da agilidade decisória e, paralelamente, com aprofundamento da análise das questões jurídicas e de suas implicações sociais, de modo cognitivamente aberto, com vistas à efetivação e concretização dos conteúdos decisórios.

Todo o exposto deve ser contextualizado na premissa inicial deste ensaio, qual seja a de que as prestações decisórias do sistema judiciário-processual sejam vistas como ‘produtos’ destinados à sociedade,

objetivação processual restringirão o acesso subjetivo (individualizado) à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

⁶ Vide sobre esse tema em particular, nosso trabalho anteriormente publicado (VIANA, 2011).

pois a função decisória (prestação jurisdicional) do direito deve ser exercida dentro do prisma de sua essencialidade para o funcionamento ajustado do sistema social.

5. Conclusão

Dessa reflexão teórica e talvez um tanto jusfilosófica, as propostas contidas no anteprojeto do novo CPC devem ser vislumbradas como um grande passo em direção à racionalização, necessária e imprescindível, do processo civil brasileiro e da própria jurisdição, como também dos correspondentes custos do acesso à Justiça.

A questão do acesso à jurisdição e ao processo civil deve ser inserida em debate teórico que não deixe de fora os aspectos fáticos e pragmáticos da questão. Nesse prisma, essa louvável tendência sinalizada no anteprojeto do novo CPC de *objetivação* do processo quanto a temas jurídicos *transcendentes* dos interesses subjetivos das partes e que demandam solução homogênea deve ser mesmo pensada como um percurso inevitável, mas nem por isso cheio de riscos que sempre se apresentam na operacionalização prática de novos institutos processuais, da racionalização de um acesso *material* à jurisdição.

Acesso *material* que deve ser traduzido na *praxis* da jurisdição como resultados visíveis na efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição de 1988).

Sem o que o acesso à jurisdição se manterá como concepção formal, sem efetividade social, produzindo a já tão tristemente conhecida crônica falta de celeridade e de utilidade socioeconômica da prestação jurisdicional em todos os graus de jurisdição no Brasil.

Assim, o acesso à Justiça deve ser também vislumbrado como um custo socioeconômico considerável, dentro da tese da positividade dos direitos de HOLMES e SUNSTEIN, aproveitando-se assim de algumas das propostas críticas que a

seu modo se formaram dentro da análise econômica do direito (*Law and Economics*), mesmo que admitindo o questionamento de suas conclusões um tanto redutoras da lógica jurídica à lógica econômica, cuja crítica extrapolaria os limites deste ensaio.

Contudo, essas propostas, se e quando incorporadas às discussões da teoria do processo civil, trazem indicativos da urgência da adoção de uma jurisdição materialmente efetiva, que sirva de instrumento de aumento da segurança jurídica, por meio de um acesso útil e célere à Justiça, trazendo para o interior do direito uma ideia da responsabilidade social quanto à qualidade de seus 'produtos decisórios', o que nitidamente constituiu umas das preocupações dos idealizadores do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, ora festejado.

Referências

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 2000.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Tradução da 3ª edição americana. São Paulo: Thompson, 2006.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Economia e Justiça: conceitos e evidência empírica*. [S.l.: s.n.], 2001. Disponível em: <http://www.iets.org.br/biblioteca/Economia_e_justica_Conceitos_e_evidencia_empirica.pdf>.

_____. *Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados*. Rio de Janeiro: IPEA, 2003. 57 p. Disponível em:

<http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf>.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VIANA, Ulisses Schwarz. *A repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2ª ed. São Paulo: IDP/Editora Saraiva, 2011.

ZIELCKE, Andreas. *Die Symbolische Natur des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1980.