

@ **Direito e Linguagem**, Ordinário nº 01, vol. 01, pp. 57-82, 2024
·ISSN – 3020-898X ·DOI: 10.5281/zenodo.12520430

O acesso ao judiciário pela justiça e a Tragédia dos Comuns *The Judiciary's access to justice and the Tragedy of Commons*

Oksandro Osdival Gonçalves¹

Universidade de Lisboa e Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Anderson Ricardo Fogaça²

Universidade Federal do Paraná

Sumário: 1. Introdução. 2. O acesso à justiça como um direito fundamental. 3. O excesso de acesso à justiça. 4. Tragédia dos Comuns no acesso à justiça. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

Resumo: O artigo enfrenta o magno tema do acesso à justiça sob o ângulo da Tragédia dos Comuns, tese inicialmente defendida por Garrett Hardin no âmbito da ecologia, mas que depois ganhou aplicação em vários outros ramos, inclusive no Direito. Demonstra o texto que se criou o paradoxo do acesso à justiça, pois ao se permitir o livre acesso ao sistema judiciário houve o seu assoreamento e, como consequência, o excesso acaba impedindo que se tenha justiça. Assim, paradoxalmente o acesso acabou criando o efeito oposto daquele que se pretendia conseguir. O texto não se contenta em apresentar apenas os problemas, mas também possíveis soluções que possam garantir a celeridade na prestação jurisdicional e uma justiça efetiva. Nas palavras de Rui Barbosa, na sua “Oração aos Moços”: “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Palavras-chave: Tragédia dos Comuns; Acesso à Justiça; Efetividade e eficiência; Risco moral; Demandas frívolas.

Abstract: The article addresses the major issue of access to justice from the perspective of the Tragedy of the Commons, a thesis initially defended by Garrett Hardin in the field of ecology but which later gained application in several other

¹Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Professor Titular da mesma instituição. Advogado.

²Doutorando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Desembargador Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) e Desembargador Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (TRE).

areas, including law. The text demonstrates that the paradox of access to justice was created because, by allowing free access to the judicial system, it became silted up, and, as a consequence, the excess ends up preventing justice from being obtained. Thus, paradoxically, access ended up creating the opposite effect of what was intended to be achieved. The text is not content with presenting only the problems but also possible solutions that can guarantee speedy judicial provision and effective justice. In the words of Rui Barbosa in his "Prayer to Young Men": "Delayed justice is not justice, but qualified and manifest injustice".
Keyword: Tragedy of the Commons; Access to Justice; Effectiveness and Efficiency; Moral Hazard; Frivolous Demands.

1. INTRODUÇÃO

O artigo trata de um tema ainda pouco explorado na área jurídica, a Tragédia dos Comuns, inicialmente desenvolvida sob a ótica ambiental, mas que pode ser transposta para várias situações que envolvem o uso e exploração de recursos escassos como é o caso do orçamento destinado ao Poder Judiciário.

Não existe qualquer dúvida a respeito da dimensão do assoreamento da via destinada ao acesso à justiça, questão que vem sendo detalhada através dos relatórios cada vez mais completos desenvolvidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), denominados Justiça em Números.

Na primeira parte o texto aborda o acesso à justiça como um direito fundamental, tripartido em três incisos do artigo 5º da Constituição Federal: (i) inciso XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (ii) inciso LXXVIII "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"; e, (iii) inciso LXXIV: "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Se por um lado o acesso é garantido, de outro é preciso que o processo necessário seja célere e, caso necessário, seja acompanhado da gratuidade.

A segunda parte trata do problema do excesso ao acesso à justiça, especialmente em função dos litigantes ilegítimos, aqueles que utilizam o sistema judicial através de demandas frívolas, desnecessárias e muitas vezes sem amparo no bom direito. Assim, o excesso de acesso pode não levar à justiça, um valor fundamental para qualquer indivíduo.

A terceira parte aborda a Tragédia dos Comuns, demonstrando a sua ocorrência no âmbito da prestação jurisdicional, com o assoreamento do Poder Judiciário e a ineficácia do processo em razão do uso desmedido dos recursos escassos. Demonstra-se que o uso excessivo pode levar ao colapso da estrutura sobre a qual está assentado o princípio do acesso à justiça.

O ensaio utilizou a pesquisa bibliográfica e alguns dados disponibilizados pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, de forma a desenvolver um raciocínio hipotético-dedutivo adequado ao objetivo traçado³.

2. O ACESSO À JUSTIÇA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

O acesso à justiça foi enunciado na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental, conforme inciso XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, praticamente reproduzindo o conteúdo da Constituição Federal de 1946, que no artigo 141, §4º, previa: A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. Entre as duas constituições tem-se, ainda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que também previu o acesso à justiça como um direito essencial a todo ser humano.

Todavia, o acesso à justiça no âmbito constitucional não pode ser reduzido a uma declaração solene⁴ constantemente violada. Além disso, o surgimento de novos protagonistas sociais até então relegados a um segundo plano contribuiu para que o acesso à justiça fosse enfrentado de modo a deixar de ser uma garantia solene para tornar-se uma garantia efetiva; protagonizando uma passagem da abordagem estritamente formal para uma abordagem material preocupada com a concretização, mas do que com a sua enunciação legislativa.

³FOGAÇA, A.R. & GONÇALVES, O.O. “Acesso à justiça e a tragédia dos comuns”, *Direito, ação & jurisdição: estudos em homenagem a ministra Rosa Weber*. Ejud-PR, Curitiba, 2023.

⁴A respeito: BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Campus, Rio de Janeiro, 1992, p. 25.

Um estudo protagonista nessa matéria foi o chamado “Projeto de Florença”, capitaneado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁵, mas que contou com a colaboração de profissionais das mais variadas áreas do conhecimento – sociólogos, economistas, cientistas políticas, antropólogos e psicólogos – de modo a conferir uma visão holística do tema, o que contribuiu para a transformação do próprio conceito de acesso à justiça.

Esse mesmo estudo propôs abordar o tema a partir da ideia de “ondas”:

- (a) Primeira onda: o cerne neste ponto foi a discussão em torno de possíveis barreiras econômicas prejudiciais ao acesso;
- (b) Segunda onda: o cerne neste ponto foi a representação em juízo dos direitos difusos; e,
- (c) Terceira onda: o cerne neste ponto foi a exequibilidade dos chamados direitos sociais.

O contexto no qual se encontra inserido o acesso à justiça passa, portanto, por no mínimo três transformações integrativas, ou seja, a terceira onda não negou as duas ondas anteriores, mas somou-se a elas. Dessa forma, torna-se um valor básico do ordenamento jurídico brasileiro, uma “expressão jurídico-constitucional (mediante a incorporação ao direito positivo, na condição de direito objetivo) de uma determinada ordem de valores comunitária, não podendo ser reduzidos a direitos (posições subjetivas) individuais”⁶.

De forma complementar, o legislador constitucional aprovou em 2004, através da Emenda Constitucional nº 45, a inclusão do inciso LXXVIII que trata do tempo no processo, enunciando que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Portanto, o acesso à justiça ganha um novo contorno que passa a preocupar-se não somente com a exclusão do acesso, mas também com duração do processo. A celeridade passa a acompanhar o acesso à justiça, ambos elevados à valores constitucionais da comunidade brasileira.

A morosidade na entrega da prestação jurisdicional passa a ser, então, uma forma de violação dos direitos fundamentais do cidadão, atraindo para o

⁵No Brasil a obra foi publicada e assim ficou conhecida: CAPPELLETTI, M., GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Ed. Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1988.

⁶SARLET, I.W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012, p. 108.

Poder Judiciário uma obrigação que já não se resume mais à garantia do acesso à justiça por meio da supressão ou mitigação de possíveis barreiras econômicas, mas que passa a estender-se para um momento subsequente, o da efetividade.

Assim, não basta garantir o acesso à justiça, é preciso que haja efetividade, que o processo seja célere, que a entrega da prestação jurisdicional seja rápida e que a morosidade seja reduzida.

Neste sentido, cumpre destacar o acórdão lavrado pela Ministra Rosa Weber quando apreciou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPC) em que se discutia a autonomia administrativa, financeira e funcional da Defensoria Pública, ocasião em que se reafirmou que o acesso à justiça é um “direito fundamental e elemento estruturante do Estado de Direito”, concluindo pelo repasse obrigatório de verbas para manutenção do sistema de assistência judiciária:

(...) 2. Os direitos fundamentais processuais, percebidos e reconhecidos como categoria jurídica, representam não apenas um mínimo essencial para a defesa dos cidadãos frente a atuação do poder estatal, apresentado pelo Poder Judiciário, mas, antes, um conjunto permanente e imutável de direitos de um sistema civilizado de administração da justiça. 3. O acesso à justiça deve ser reconhecido como um direito efetivo, e não uma mera perspectiva teórica e abstrata. É certo, contudo, que barreiras há a dificultar, quando não a obstaculizar, o acesso efetivo e adequado ao sistema de justiça geral. Essas barreiras consistem em problemas sociais, estruturais, econômicos e mesmo jurídicos, na medida em que o direito de acesso ao judiciário implica custos financeiros, culturais e sociais. 4. A reivindicação dos direitos, notadamente das pessoas hipossuficientes do ponto de vista social e financeiro, é tarefa que compõe o direito de acesso à justiça, o qual é categorizado como o direito aos direitos, e o desenho da administração da justiça. Sem o adequado conhecimento dos direitos e sem estruturas e técnicas processuais adequadas, os direitos fundamentais individuais, coletivos ou sociais, são quimeras e abstrações, destituídas de significado jurídico e normativo. 5. O papel de garantia da assistência judiciária de qualidade técnica e, por conseguinte, da tutela do direito de acesso à justiça (em concepção ampla), que envolve os direitos fundamentais processuais e os meios adequados para a reivindicação dos direitos, é desempenhado, na ordem constitucional brasileira, pela figura da Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da Constituição Federal. 6. A ordem constitucional brasileira previu a figura da instituição da Defensoria Pública como medida necessária e indispensável para o incremento da realização do direito de acesso à justiça. O papel da Defensoria Pública, enquanto órgão de Estado essencial para o funcionamento da justiça, foi decidido por esse Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.903. 7. O art. 168 da Constituição Federal (Os recursos correspondentes às dotações

orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º), pretendeu resguardar a higidez do orçamento destinado às Defensorias Públicas, por meio da técnica do repasse obrigatório dos recursos por duodécimos. Técnica responsável por garantir a efetividade do princípio da independência funcional e financeira dessa instituição. Precedentes – ADPF 384 e ADPF 339-PI. 8. O desenho de autonomia financeira é voltado para a proteção da interferência indevida do Chefe do Poder Executivo em outros Poderes e órgãos (ou instituições) de Estado. O argumento de contingenciamento de gastos públicos não pode ser usado como instrumento de barganha política contra outros poderes e instituições, sob pena de deturpação e captura do Estado de Direito. 9. O afastamento da incidência da regra plasmada no art. 168 da Lei Maior, bem como dos precedentes judiciais afirmados, pode ocorrer quando presente causa excepcional. Tal exceção consiste na hipótese de frustração de receita líquida arrecadada pelo ente federado, de modo a impossibilitar o cumprimento das obrigações financeiras e orçamentárias. Não comprovação no caso. 10. Acordo extrajudicial formulado. Objeto consistente nos valores retidos dos duodécimos relativos aos exercícios financeiros de 2017 e 2018. Disposições patrimoniais. Cumprimento do acordo com o pagamento das parcelas vencidas. Perda de objeto superveniente quanto ao pedido. 11. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente. (STF - ADPF: 504 MT, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 20/10/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 26/11/2020).

Embora reconhecido o caráter estruturante do acesso à justiça para o Estado Democrático de Direito, os sucessivos relatórios denominados “Justiça em Números” apontam em sentido oposto ao da norma constitucional, pois se de um lado os números expressivos parecem denotar que o acesso à justiça sob a perspectiva da entrada tem sido satisfatório, pelo lado da saída (aqui entendida como a fase em que a prestação jurisdicional é entregue às partes) denota-se o oposto, com elevadas taxas de congestionamento e um grande heterogeneidade entre os Tribunais Estaduais, tornando esse direito fundamental algo vinculado à sorte, sem guardar relação com o direito constitucional fundamental, mas com o acaso e a incerteza. Do mencionado relatório destaca-se o trecho relacionado ao tema do artigo:

5.1.1 ACESSO À JUSTIÇA Esta seção trata da demanda da população pelos serviços da justiça e das concessões de assistência judiciária gratuita nos tribunais. Em média, a cada grupo de cem mil habitantes, 11.339 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2021, conforme Figura 61. Houve aumento em 9,9% no número de casos novos por mil habitantes em 2021, em relação a 2020. Nesse indicador, são computados somente os processos de conhecimento e de execução de títulos executivos extrajudiciais, excluindo, portanto, da base de

cálculo, as execuções judiciais iniciadas. Os mesmos dados por tribunal podem ser visualizados na Figura 63. O estado de Minas Gerais, apesar de figurar como tribunal de grande porte em todos os segmentos (TJMG, TRT3 e TRE- -MG), é, entre os de grande porte, o que apresenta a menor demanda por habitante, salvo no caso do TRE-MG, que figura em quarta posição. Na Justiça Estadual, é curioso observar que a maior e a menor demanda por habitante se situa na Região Norte, sendo o TJRO (15.972) o mais demandado, e o TJPA (3.169) o menos demandado. Na Justiça trabalhista, os índices variam de 501 (TRT16) a 1.905 (TRT2). Na Justiça Federal, o único com demanda acima do patamar de 2.500 casos por cem mil habitantes é o TRF da 4ª Região, que abrange os estados da Região Sul do País. A Figura 62 relaciona os processos arquivados e que tiveram concessão de assistência judiciária gratuita com o número de habitantes. Verifica-se uma diminuição na série histórica em 2020, com manutenção do patamar alcançado em 2021, chegando-se a 2.197 arquivados com assistência judiciária gratuita por cem mil habitantes. Os números ainda estão afastados da série histórica quando se compara com o período anterior à pandemia. As informações por tribunal constam na Figura 64⁷.

O mesmo estudo concluiu que houve, em 2022, um aumento de 2,3 pontos percentuais no número de casos de concessão de assistência judiciária gratuita em relação ao ano de 2021. Por outro lado, o relatório enfatiza o uso de ferramentas para a “justiça digital”, sob a perspectiva de um programa denominado “Justiça 4.0”, que busca a transformação digital e a atuação inovadora no âmbito do Poder Judiciário voltada ao acesso à justiça⁸.

Em certa medida, é o reconhecimento de que o problema atual que circunda o acesso à justiça não se encontra mais posicionado na entrada, mas na saída, pois, o que se busca é acessar à justiça e não apenas o processo. De fato, não é possível confundir acesso à justiça com o simples acesso ao processo. É preciso compreender que o processo é o meio, mas que o resultado que se busca é a justiça. Desse modo, busca-se resgatar a ideia central que

⁷CNJ. *Justiça em números 2022*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2024.

⁸15. Ainda sobre o tema “Justiça 4.0”, destaca-se o conteúdo da p. 19 do relatório: “O Programa Justiça 4.0: inovação e efetividade na realização da Justiça para todos tem como finalidade promover o acesso à Justiça, por meio de ações e projetos desenvolvidos para o uso colaborativo de produtos que empregam novas tecnologias e inteligência artificial. É um catalizador da transformação digital que visa a transformar a justiça em um serviço (segundo o conceito de justice as a service), aproximando ainda mais esse Poder das necessidades dos(as) cidadãos(as) e ampliando o acesso à justiça. As inovações tecnológicas têm como propósito dar celeridade à prestação jurisdicional e reduzir despesas orçamentárias decorrentes desse serviço público. Essa iniciativa promoveu um rol de serviços judiciais de fomento à transformação digital, medidas que foram adotadas pelo Poder Judiciário em um ritmo acelerado durante a pandemia do novo coronavírus”. In: CNJ. *Justiça (...)*, Ob. Cit., p. 15.

ensejou a construção do princípio, qual seja, o de que a despeito de qualquer obstáculo o que se deve garantir ao cidadão é justiça célere^{9 10 11}.

Portanto, neste ponto é possível concluir que existe uma preocupação com a nova dimensão do princípio do acesso à justiça, qual seja, a da celeridade, que é tão importante quanto o acesso em si, por tornar concreto um direito até então entregue à simples solenidade e assim garantir a efetividade desse direito fundamental ao cidadão.

3. O EXCESSO DE ACESSO À JUSTIÇA

A lógica em torno da construção do princípio do acesso à justiça partiu da retirada das barreiras econômicas para ingresso no sistema judicial, estabelecendo-se a possibilidade do chamado “custo zero” para a propositura de qualquer demanda. Criaram-se as figuras da gratuidade de justiça, da assistência judiciária e da assistência jurídica, fruto de outra dimensão do acesso à justiça também contemplada constitucionalmente no artigo 5º, inciso LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Cumpre diferenciá-las:

A assistência judiciária consiste no patrocínio da causa por advogados, sejam eles componentes do Estado, integrantes de uma entidade com ele conveniada, de entidades privadas ou mesmo particulares atuando pro bono [...] sendo contemplado com a liberação dos pagamentos que normalmente o onerariam caso precisasse pagar pela representação. Coerente com a desejada ampliação de acesso à justiça, a Constituição Federal passou a prever, a partir de 1988 no art. 5º, LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. O dispositivo constitucional aumenta o espectro de ferramentas aos necessitados: a assistência jurídica integral e gratuita implica não só na possibilidade de atuação em juízo, mas também na concessão de consultas para a regularização jurídica do indivíduo e no fornecimento de informações e documentos, dentre outras medidas que se possam revelar necessárias.[...] *A justiça gratuita*, por sua vez, pode ser compreendida

⁹Sobre o tema, indicam-se: WATANABE, K. “Tutela Antecipatória e Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer”. In: DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, S. (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20.

¹⁰OLIVEIRA, R.N. *Assistência Jurídica Gratuita*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999, p. 73.

¹¹OLIVEIRA, R.N. “A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial”. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, p. 609-644, p. 641.

como a isenção do recolhimento de custas e despesas (de ordem processual ou não) que se revelam necessário ao exercício de direitos e faculdades processuais inerentes ao exercício do devido processo legal [...] Assim, em síntese: (i) *assistência jurídica* é a orientação jurídica ao hipossuficiente, em juízo ou fora dele; (ii) *assistência judiciária* é o serviço de postulação em juízo (portanto, inserido na assistência jurídica) e (iii) *justiça gratuita* é a isenção de custas e despesas (seja diante do serviço prestador de assistência jurídica, seja diante do advogado privado)¹².

Inicialmente, não existe direito a “custo zero”. A todo direito corresponde um conjunto de custos que deve ser observado para garantir a eficiência do instituto que se pretende implementar e proteger. No caso da assistência judiciária, o custo está alocado no Estado que deve reservar verba suficientemente capaz de garantir o patrocínio das causas. Esse conjunto de recursos tem como fonte primária a arrecadação tributária que, ao ser destinada para essa finalidade, retira de outras possíveis destinações igualmente relevantes tais recursos, configurando um custo de oportunidade, ou seja, o custo que se incorre quando se faz uma opção diante de recursos escassos.

Com efeito, na consecução de direitos os recursos disponíveis não são infinitos, mas escassos, e a escolha por direcionar tais recursos para uma determinada finalidade, ainda que acobertada pelo manto dos direitos fundamentais, não é capaz de ocultar o fato de que aquele direito – no caso, o acesso à justiça – possui um custo¹³.

Segundo dados do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, o orçamento do Poder Judiciário para o ano de 2023 foi proposto em R\$ 59,7 bilhões de reais, destacando-se que 84,94% do orçamento destina-se a despesas obrigatórias com maior representatividade da folha de pessoal e benefícios, restando 15,06% para alocação em outras finalidades¹⁴.

Ainda que o orçamento seja relevante, o fato é que são recursos escassos que devem ser aplicados para garantir não somente o acesso pela via

¹²TARTUCE, F. & DELLORE, L. “Gratuidade da Justiça no Nova CPC”. *Revista de Processo*, vol. 236 (DTR\2014\10502), 2014, p. 03.

¹³Recomenda-se a leitura de: GALDINO, F. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

¹⁴CNJ. “Proposta orçamentária do Poder Judiciário para 2023 é aprovada pelo CNJ”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/proposta-orcamentaria-do-poder-judiciario-para-2023-e-aprovada-pelo-cnj>. Acesso em: 20 abr. 2024.

da entrada de um processo, mas, principalmente, garantir a integralidade da dimensão do princípio, ou seja, o acesso à justiça e não simplesmente ao processo.

Uma das dimensões do problema do acesso à justiça, portanto, reside no gerenciamento de recursos escassos. Todavia, ela não é única, porque o problema é multifacetado. Outra dimensão do problema reside no excesso do acesso à justiça.

A partir do momento que se permite o ingresso com qualquer tipo de demanda a custo baixo, a tendência é o aumento da judicialização e uma super utilização do acesso, neste ponto, visto como um bem público. De fato, para melhor estudar o problema é possível delimitar que se está diante de um mercado que, por sua vez, está sujeito às chamadas falhas de mercado, neste momento conceituadas como aquelas “situações em que a atuação em busca de seu puro auto interesse leva a resultados não eficientes”¹⁵.

O segundo ponto a destacar é o fato de que estamos diante de um bem público, entendido como um bem em que não há rivalidade de consumo, ou seja, a utilização das estruturas do Poder Judiciário por qualquer litigante não exclui da utilização outros litigantes. Trata-se de um bem não excludente em que não é possível excluir os beneficiários não pagantes que consomem aquele bem. Não é possível deixar de ver o acesso à justiça como o acesso a um tipo especial de bem que é a prestação jurisdicional.

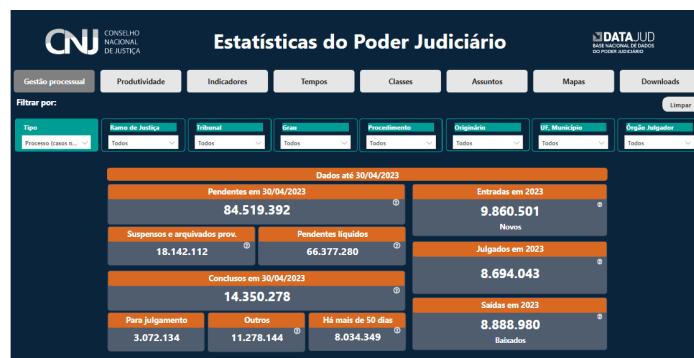
Na prática, todos os dias milhares de novas medidas judiciais são ajuizadas por litigantes pagantes e não pagantes, não sendo possível promover a exclusão dos não pagantes porque estamos diante de um bem público, tal como uma praça que pode ser acessada por qualquer cidadão independentemente de ele recolher ou não os tributos que são a fonte de recursos necessários à sua manutenção.

A esse conjunto soma-se o fenômeno do *free-rider*, ou seja, como (i) existem litigantes pagantes e não pagantes; (ii) os tributos possuem caráter universal; (iii) alguns pagam e outros não pagam, ou pagam menos tributos;

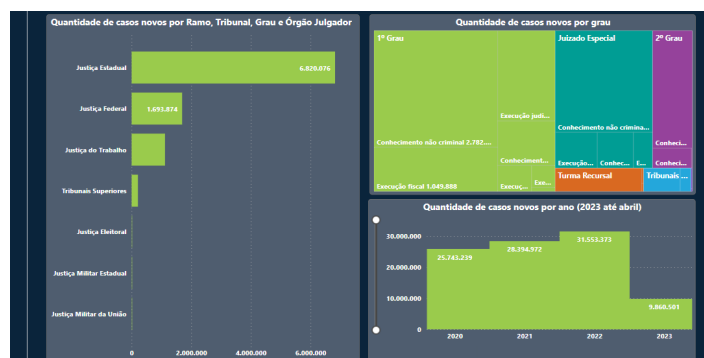
¹⁵PORTO, A.M. & GAROUPA, N. *Curso de análise econômica do direito*. Atlas, São Paulo, 2020, p. 67.

existem usuários consumindo o bem ‘acesso à justiça’ a custos baixos, o que estimula o aumento da judicialização de casos banais, irrelevantes ou frívolos.

Para dimensionar o problema é preciso recorrer aos números do CNJ – Conselho Nacional de Justiça¹⁶ para sua melhor compreensão, com dados de 30 de abril de 2023, ou seja, já desatualizados:



A maior concentração de casos novos¹⁷ situa-se na Justiça Estadual que é o local onde costumam desaguar a maioria das demandas do cidadão comum:



O CNJ indica um crescimento nas demandas a partir de janeiro de 2020, o que corrobora a utilidade do presente texto, afinal, o aumento de casos novos indica uma super utilização da estrutura judiciária e, conseqüentemente, pode aumentar a morosidade nos julgamentos, violando, assim, o princípio do acesso à justiça na dimensão protegida pelo artigo 5º, inciso LXXVIII, que trata da celeridade da prestação jurisdicional:

¹⁶CNJ. *Estatística do Poder Judiciário*. Disponível em: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>. Acesso em: 25 abr. 2024.

¹⁷CNJ. *Estatística do (...)*, Idem.



A série identificada no gráfico acima demonstra que ele está muito acima da chamada linha média, indicando um grande aumento da litigiosidade.

O objetivo da menção aos dados visa anteceder o ingresso em um tema complexo e delicado, que envolve o paradoxo do acesso à justiça.

Paradoxalmente, o acesso à justiça de modo amplo e descontrolado acabou por violar ele próprio porque não é capaz de garantir o resultado útil ou a efetividade da prestação jurisdicional. Se, por um lado, todos podem acessar o mercado de litígios, alguns gozando de gratuidade ou algum tipo de assistência, de outro, o excesso de consumo desse importante bem público leva à super utilização e, conseqüentemente, à inefetividade¹⁸. Dessa forma, em parte é preciso tocar no processo de restrição ao acesso à justiça em alguma medida, porque o sistema, tal como posto atualmente, não é sustentável:

Nesse contexto, não dá mais para se defender o direito de ação de forma ilimitada ou se considerar absoluto o princípio da inafastabilidade da jurisdição (Constituição de 1988, art. 5º, inc. XXXV) e, com isto, deixar-se de atentar para os efeitos deletérios que a ausência de restrições – sobretudo riscos – no acesso ao Poder Judiciário provoca. Assim, da mesma forma como a sociedade aprova medidas destinadas a evitar o desperdício em relação a recursos naturais (água, por exemplo), está na hora de se pensar em ações concretas visando ao uso racional dos serviços jurisdicionais. Desse modo, o eventual crescimento da demanda seria consequência da ampliação do acesso à justiça (entrada de novos usuários) e não da utilização intensiva e abusiva dos serviços do Judiciário pelos que já os utilizam¹⁹.

Sobre o tema, Guilherme Pignanelli destaca que a “garantia universal e irrestrita ao acesso à justiça pode levar a justiça alguma”²⁰. O autor não está desacompanhado neste ponto, pois é reconhecido pela doutrina que todos tem

¹⁸Vide a respeito, tratando da intensa judicialização em torno do fornecimento de medicamentos: BARROSO, L.R. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, 2007, p. 04

¹⁹TENENBLAT, F. “Limitar o acesso ao poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça”. *Revista CEJ*, Ano XV, n. 52, jan./mar., Brasília, 2011, p. 35. disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1487/1453>. Acesso em 18 abr. 2024.

²⁰PIGNANELI, G. *Análise econômica da litigância: uma busca pelo efetivo acesso à justiça*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019.

direito ao mesmo esforço estatal no julgamento dos seus casos²¹, e que se está colocando em risco a própria razão de ser do acesso à justiça, chegando ao já mencionado paradoxo de que o acesso excessivo trabalha contra o próprio acesso.

Por esse motivo, é preciso ponderar os *tradeoff*, que são as opções que o poder público terá que fazer em função dos recursos escassos que possui. Essas escolhas importam sacrifícios que devem ser sopesados para a tomada da decisão, que implique a melhor alocação desses recursos visando garantir o acesso à justiça sob a perspectiva da efetividade, ou seja, da entrega da prestação jurisdicional e não somente o acesso sob a perspectiva de que ingressou no sistema judiciário sem ter ideia de quando poderá sair dele.

4. A TRAGÉDIA DOS COMUNS NO ACESSO À JUSTIÇA

A partir das considerações anteriores, é preciso passar a enfrentar os problemas que cercam o acesso à justiça. Recorre-se, novamente, aos dados do CNJ para demonstrar que há um problema na entrega da prestação jurisdicional, o que acaba por afrontar o direito fundamental do acesso à justiça que, a esta altura, não pode mais ser confundido com o simples acesso ao processo. O tempo médio dos processos foi assim enunciando no painel de estatísticas do CNJ²²:

²¹“*Avalia-se, antes, a atividade jurisdicional na sua relação entre o esforço estatal oferecido a um caso concreto e o todo de processos judiciais (existente ou potencial) que também tem direito ao mesmo esforço. Nessa linha, considerada a escassez dos recursos estatais, o grau de efetividade outorgado a um único processo deve ser pensado a partir da necessidade assegurar a eficiência do sistema judiciário como um todo. Por outras palavras, a alocação de recursos em um determinado processo deve ser ponderada com a possibilidade de se dispor desses mesmos recursos em todos os outros feitos judiciais (existentes ou potenciais). O serviço público “justiça” deve ser gerido à luz da igualdade e a otimização do que é prestado não pode olvidar a massa de processos existentes, nem os critérios para a administração mais adequada dos limitados recursos postos à disposição do ente público*”. In: ARENHART, S.C. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

²²CNJ. *Estatística do (...)*, Idem.



O tempo médio entre o início do processo e o primeiro julgamento é de aproximadamente dois anos, sendo maior na Justiça Estadual – 787 dias – do que na Justiça Federal – 724 dias – e na Justiça do Trabalho – 532 dias. O tempo médio para a primeira baixa na Justiça Estadual é de 971 dias, na Justiça Federal é de 771 dias e na Justiça do Trabalho de 660 dias. Por fim, se considerado o tempo médio do pendente tem-se aproximadamente o tempo de 4,61 anos. A maior quantidade de processos novos está situada nos Juizados Especiais, segundo a mesma fonte (2.272.335, em 30.04.2023).

A primeira consideração envolve os Juizados Especiais, criados pela Lei n. 9.099/1995 para o processamento e julgamento das causas cíveis de menor complexidade (art. 3º). Em sua estrutura existem juízes, conciliadores e juízes leigos, dependendo a estrutura do recrutamento destes últimos para a prestação jurisdicional. O rol de legitimados para utilizar a estrutura dos Juizados Especiais é bastante ampla, iniciando com as pessoas físicas, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, OSCIPs, sociedades de crédito ao microempreendedor.

Alguns fatores parecem contribuir para o acesso demasiadamente excessivo aos Juizados Especiais: (i) nas causas de valor até vinte salários-mínimos²³ dispensa-se a presença de advogados; (ii) se uma das partes comparece assistida por advogado, faculta-se a outra parte ter assistência judiciária; (iii) se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, a outra parte poderá ter assistência judiciária; (iv) previsão da não dependência do pagamento de custas, taxas ou despesas, salvo na fase recursal; (v) a sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, salvo em

²³A partir de 1º de maio de 2023 o valor do salário-mínimo passou a ser de R\$ 1.320,00 (um mil trezentos e vinte reais).

caso de má-fé ou em segundo grau, quando poderá ser condenado a pagar custas e honorários de advogado entre 10% e 20% do valor da condenação ou do valor atualizado da causa; (vi) obrigatoriedade da implantação das curadorias necessárias e do serviço de assistência judiciária.

Há um grande conjunto, portanto, de fatores estimulantes da litigiosidade que justificam os elevados números de processos nos Juizados Especiais. A dispensa de advogado e a ausência de custas e despesas processuais representam dois importantes redutores dos chamados custos de transação²⁴ para litigar, o que acaba por estimular o acesso em excesso. De fato, de modo geral são levados a conhecimento do poder jurisdicional demandas muitas vezes desnecessárias ou frívolas porque foi eliminado o risco do litígio, ou seja, no momento de ponderar os fatores o indivíduo calcula, ainda que grosseiramente, os custos e benefícios daquela decisão. Ao verificar que está dispensado de constituir advogado e de que não existem custos para o acesso (ingresso), parece razoável presumir que a decisão será a escolha por litigar, afinal, eliminaram-se os riscos do litígio para aquele litigante. Ao final do litígio, caso seja derrotado, permanecerá na mesma situação em que se encontrava antes de iniciá-lo, deixando de sofrer, portanto, qualquer ônus derivado do risco de litigar.

A ausência de condenação em custas e honorários de advogado, a famosa sucumbência, também é um importante fator estimulante da litigiosidade, porque, novamente, estamos eliminando o risco do litígio, de tal sorte que o processo de tomada de decisão não envolverá uma análise mais acurada a respeito do direito que se pretende ver discutido.

O segundo fator reside na Lei n. 1.060/1950, que estabeleceu as normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, obrigando os poderes públicos federal e estadual, independentemente da colaboração, por exemplo, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a oferecer acesso à justiça na dimensão postulação em juízo, o que enfatiza o aspecto de acesso ao processo, mas não à justiça propriamente dita, porque privilegia apenas o

²⁴COASE, R.H. "O problema do custo social". *Revista de Direito Público da Economia*. Vol. 7, n. 26, Belo Horizonte, abril 2009.

aspecto do ingresso e não o da prestação jurisdicional final que, conforme dados do CNJ acima explorados, acaba por assorear o Poder Judiciário.

Ainda no campo da concessão da assistência judiciária, consolidou-se na jurisprudência pátria a ideia de que a simples declaração de hipossuficiência é suficiente para garantir o acesso sem maiores perquirições.²⁵ Era orientação jurisprudencial representa um importante incentivo para o litigante que pretende ingressar com uma demanda sem maiores convicções a respeito do bom direito invocado, pois basta uma declaração unilateral para lhe garantir o acesso ao mencionado direito. Novamente tem-se um caso em que os custos de transação envolvidos são módicos ou inexistentes, o que acaba por contribuir para o ajuizamento de demandas frívolas ou desnecessárias.

É importante contextualizar o fato de que a Lei n. 1.060/1950 estava inserida em um momento histórico relacionado à primeira onda do acesso à justiça, que trata das barreiras econômicas²⁶, e no contexto da previsão contida na Constituição Federal de 1946. Historicamente, os dois dispositivos estão posicionados no contexto da Segunda Guerra Mundial e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de ser o momento em que novos atores sociais passam a ser reconhecidos ou começam a exigir esse reconhecimento. Dessa forma, o acesso à justiça passa a ser uma demanda praticamente universal.

Com a edição do Código de Processo Civil (NCPC), em 2015, parte da Lei n. 1.060/1950 foi revogada e o tema ganhou novos contornos, com intensa

²⁵O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema 188, decidiu que a questão da justiça gratuita tem índole infraconstitucional. Assim, compete ao Superior Tribunal de Justiça fixar as diretrizes sobre o tema. Ao se analisar algumas decisões constata-se que a simples declaração é suficiente. A decisão a seguir é bem representativa do vasto conjunto de precedentes sobre o tema: *“PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. FAIXA DE RENDA MENSAL. CRITÉRIO ABSTRATO. INADMISSIBILIDADE. 1. É assente na jurisprudência do STJ que a simples declaração de hipossuficiência da pessoa natural, ainda que dotada de presunção iuris tantum, é suficiente ao deferimento do pedido de gratuidade de justiça quando não ilidida por outros elementos dos autos. 2. Esta Corte Superior rechaça a adoção única de critérios abstratos, como faixa de renda mensal isoladamente considerada, uma vez que eles não representam fundadas razões para denegação da justiça gratuita. 3. Agravo interno desprovido. (STJ - AgInt no REsp: 1836136 PR 2019/0263232-1, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 04/04/2022, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/04/2022)”. Na mesma linha, destacam-se, dentre outros: AgInt no AREsp: 1653878 SP 2020/0017568-6, AgRg nos EAREsp: 440971 RS 2013/0394356-9, AgInt no REsp: 1900902 DF 2020/0270000-3.*

²⁶Conforme já mencionado, a divisão em “ondas” foi realizada por: CAPPELLETTI, M. & GARTH, B. Acesso (...), idem.

discussão a respeito da gratuidade da justiça. Como é possível observar, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência e a legislação tratam assistência jurídica, assistência judiciária e gratuidade da justiça como uma espécie de “pacote” único, até mesmo com uma equivocada sinonímia que não nos compete, neste curto espaço, enfrentar.

O NCPC ganhou uma seção especial para o tema gratuidade da Justiça, partindo da premissa da “insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios”, conforme redação do artigo 98, caput. Novamente o foco está na primeira onda, ou seja, nas barreiras econômicas que possam impedir uma pessoa natural ou jurídica de litigar.

A gratuidade também funciona como uma redutora dos custos de transação porque parte do pressuposto de que o acesso ao Poder Judiciário faz parte de um bem público, em que o consumo por uma pessoa (o litigante) não reduz o bem para outra pessoa (outro litigante). A premissa, contudo, não é verdadeira. Embora seja um bem público, o acesso em excesso ao Poder Judiciário implica redução do bem para outros litigantes porque aumentará o tempo de duração do processo legítimo. Em outros termos, uma lide frívola ou desnecessária demandará um conjunto de recursos financeiros e de pessoas igual ou maior do que aquele esforço da mesma ordem para uma lide legítima, implicando, por conseguinte, na redução da qualidade do bem público denominado aqui de acesso ao Poder Judiciário. De fato, não há muita diferença em se apreciar uma lide legítima e relevante e uma lide frívola, desnecessária e que não deveria sequer ser objeto de apreciação, pois, ao final, todos tem direito a uma decisão fundamentada, outra mandamento de origem constitucional (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988).

Assim, mesmo lides ilegítimas deverão ser julgadas e receberão o mesmo tratamento destinado às legítimas, posto que, não é possível encerrar o litígio senão através de uma decisão fundamentada, o que, por conseguinte, impactará sobre a efetividade do processo e da justiça.

O artigo 99 do NCPC permite ao magistrado “indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade”, avaliação que estará sujeita à prova. Não obstante

essa possibilidade, fato é que o texto legal acaba por reafirmar criticamente o instituto sob a ótica da primeira “onda”, calcada apenas nas barreiras econômicas, pois utiliza a expressão “somente poderá indeferir” que indica claramente uma restrição ao indeferimento, o que leva a julgamentos das mais variadas ordens no plano jurisprudencial²⁷. O mesmo artigo reafirma novamente o instituto sob a sua ótica menos abrangente ao, no parágrafo 3º, reforçar que prevalece a presunção de insuficiência deduzida de forma simples.

Preocupante, ainda, o parágrafo 4º, do mesmo artigo, ao prever que mesmo quando fizer uso de advogado particular poderá fazer jus ao benefício da gratuidade. Esses dispositivos podem servir de verdadeiros incentivos ao litígio. Primeiramente, ao prever que o indeferimento somente poderá ocorrer se tiver elementos probatórios em sentido oposto e que a presunção é *iuris tantum*, condiciona o processo decisório inicial do magistrado que fica impedido de qualquer avaliação mais aprofundada sobre o pedido, nem mesmo um possível sinal de que há algo a se perquirir com a utilização de advogado particular serve de fundamento em razão da previsão legal. O segundo ponto reside no fato de que os próprios advogados podem estimular uma litigância frívola ou

²⁷Algumas decisões: (i) no sentido de que faixa de renda mensal não é um critério válido para apreciação da justiça gratuita: “(...) Esta Corte Superior rechaça a adoção única de critérios abstratos, como faixa de renda mensal isoladamente considerada, uma vez que eles não representam fundadas razões para denegação da justiça gratuita. 3. Agravo interno desprovido”. (STJ - AgInt no REsp: 1836136); (ii) no sentido de que ser empresário individual também não é critério para o indeferimento da justiça gratuita: “4. Assim, para a concessão do benefício da gratuidade de Justiça aos microempreendedores individuais e empresários individuais, em princípio, basta a mera afirmação de penúria financeira, ficando salvaguardada à parte adversa a possibilidade de impugnar o deferimento da benesse, bem como ao magistrado, para formar sua convicção, solicitar a apresentação de documentos que considere necessários, notadamente quando o pleito é realizado quando já no curso do procedimento judicial. 5. Recurso especial desprovido.” (STJ - REsp: 1899342 SP); (iii) enfocando o fato de que “somente poderá indeferir”, tem-se: “(...) Cinge-se a controvérsia a definir se é possível ao magistrado indeferir, de plano, o pedido de gratuidade de justiça, sem a abertura de prazo para a comprovação da hipossuficiência, e, por consequência, determinar o recolhimento em dobro do preparo do recurso de apelação. 3. Hipossuficiente, na definição legal, é a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com escassez de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios (art. 98, caput, do CPC/2015). 4. O pedido de gratuidade de justiça somente poderá ser negado se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão do benefício. Antes do indeferimento, o juiz deve determinar que a parte comprove a alegada hipossuficiência (art. 99, § 2º, do CPC/2015). (...)” (STJ - REsp: 1787491 SP); (iv) no sentido de que a propriedade de imóveis não impede a concessão da justiça gratuita: “(...) Declaração do imposto de renda com descrição de dois imóveis, na fração de 50%. Irrelevância. Patrimônio imobilizado, sem liquidez imediata. Precedente. Demonstrada a impossibilidade de arcar com as despesas processuais. Benefício concedido. Decisão reformada” Recurso Provido (TJ-PR 00709383320228160000).

desnecessária associando-se ao risco da parte que pretende representar. Assim, ajustam que se houver êxito os honorários poderão incidir sobre o valor recebido, ao passo que se não houve êxito ambos ficam em idêntica situação.

Portanto, ao menos inicialmente o litigante que invocar o direito à gratuidade a terá concedida, postergando-se a análise probatória para um momento secundário a depender da impugnação que o outro litigante poderá fazer, conforme disposto no artigo 100 do NCPC que, acaso acolhida, poderá levar à extinção sem resolução do mérito caso descumpridas as condicionantes previstas nos artigos 101 e 102 do NCPC.

Esse risco, contudo, é bem calculado, porque remete à situação similar àquela em que o litigante estaria se não tivesse formulado o pedido, exceto pelas custas que poderão ser cobrados mediante execução fiscal que, todavia, é muito ineficiente.

A pergunta a respeito do custo dos processos²⁸ não possui uma resposta simples, havendo controvérsia a respeito. Todavia, a Lei nº 10.522/2002 inaugurou a discussão em torno do tema ao prever, em seu artigo 20, que execuções fiscais poderão ser arquivadas se ajuizadas e sequer ajuizadas se ainda não o foram, quando o valor consolidado for igual ou inferior a R\$ 20 mil reais. Esse valor denota uma avaliação em torno do nível de utilidade envolvido no processamento de uma execução fiscal em valores inferiores àquele, bem como permite estimar que somente processos acima daquele montante justificam a movimentação judiciária e da própria Procuradoria da Fazenda Nacional.

No âmbito do Estado do Paraná, o tema foi regulado pelo Decreto Estadual n. 4060/2020 que autorizou o não ajuizamento de execuções fiscais em valores ainda superiores: I - R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), na hipótese de créditos tributários de qualquer espécie; II - R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), na hipótese de créditos não tributários”.

²⁸Uma das primeiras discussões objetivas e com dados sobre o tema foi: IPEA. *Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*. Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7862?mode=full>. Acesso em 30 abr. 2024.

Nos dois casos houve a substituição do processo judicial por outros meios como, por exemplo, a inscrição em dívida ativa e o protesto da certidão de dívida ativa. A justificativa empregada para os atos foi a observância dos critérios de eficiência administrativa, os custos de administração e de cobrança.

Como é possível observar, o problema reside no custo para o exercício do direito fundamental do acesso à justiça, franqueado tanto para pessoas físicas quanto jurídicas, sejam elas de direito privado ou de direito público. Todavia, sopesando os custos e benefícios, decidiu o Estado pelo não ajuizamento, justamente porque concluiu que o nível de utilidade extraído de ajuizamentos inferiores àqueles montantes era baixo e, portanto, não compensava o custo do litígio.

Essa política pública estatal, voltada (i) ao acesso pleno com superação das barreiras econômicas e (ii) ao não ajuizamento de execuções fiscais gera, por outro lado, um problema de risco moral (*moral hazard*) que consiste, basicamente, na mudança de comportamento a partir do novo contexto verificado a partir de informações derivadas de uma lei (como as normas que desobrigam do ajuizamento de execuções fiscais, ou que tratam da gratuidade da justiça) ou da jurisprudência (quando decide favoravelmente à gratuidade em casos limítrofes).

Logo, um indivíduo pode alterar o seu comportamento ao tomar conhecimento de que o ajuizamento de execuções fiscais até certo valor está dispensado, passando, a partir de então, a assumir um risco calculado de não efetuar o pagamento de certos tributos. Sob a ótica do NCPC e da gratuidade da justiça, aquele indivíduo que estava inclinado a não demandar os serviços judiciários passa a considerar seriamente a possibilidade contrária ao cogitar a possibilidade de ser dispensado do pagamento das custas e demais despesas processuais, além dos honorários de sucumbência.

Em certa medida, há também um problema de seleção adversa, porque o Estado está selecionando incorretamente aqueles que podem acessar o bem público judiciário, permitindo que lides ilegítimas sejam propostas, onerando o sistema e causando verdadeiras inundações de ações judiciais. A consequência nefasta deste modelo é a imposição de externalidades negativas aos litigantes legítimos, que tem seu direito atingido em razão de se permitir que litigantes

ilegítimos acessem o sistema. Segundo este modelo, o litigante legítimo acaba por arcar com um custo superior porque aumenta-se o tempo para a solução do seu processo.

É o paradoxo do acesso, em que o excesso de acesso acaba por violar o próprio acesso à justiça. Esse paradoxo, ao extremo, poderá levar a que restem mais demandas ilegítimas do que o oposto.

A partir das considerações acima é possível concluir que estamos diante da Tragédia dos Comuns^{29 30 31} do Poder Judiciário, situação em que cada indivíduo, agindo de forma independente e levando em consideração apenas seus interesses pessoais acabam por esgotar um determinado recurso em razão do livre acesso ao sistema judiciário. Essa superexploração de recursos escassos leva ao esgotamento e ao colapso do sistema.

Eis o problema que se quer destacar no presente ensaio, o modelo atual de acesso à justiça poderá levar ao colapso estrutural do sistema judiciário violando, por consequência, o princípio do acesso à justiça. De fato, o princípio possui uma complexidade superior àquela limitada ao problema dos recursos financeiros que levam ao modelo de gratuidade, porque não se trata de acesso ao processo, mas à justiça, um valor muito superior que não tem sido observado na modelagem atual.

Em alguns julgados o tema começa a ganhar repercussão sob a ótica da utilização excessiva. O Supremo Tribunal Federal, apreciando regulamentação do Tribunal de Justiça de São Paulo, rejeitou uma ação direta de inconstitucionalidade reconhecendo a legalidade da medida que aumentava o valor das custas em razão do valor da causa sob discussão. Destaca-se o seguinte trecho por sua aderência ao presente artigo:

²⁹A respeito do tema, destaca-se inicialmente a obra de Hardin que, embora tenha uma matriz ecológica é perfeitamente aplicável à hipótese versada neste texto “The Tragedy of the Commons” de Garrett Hardin. In. HARDIN, G. “The Tragedy of the Commons”. *JSTOR Science*, vol. 162, nº. 3859, 1968. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1724745>. Acesso em: 17 abr. 2024, pp. 1243–1248.

³⁰Outra autora que tratou do tema foi Elinor Ostrom, indicando-se para leitura e aprofundamento: OSTROM, E. et. all. “Revisiting the Commons: Local Lessons, Global Challenges”, *Science*, vol. 284, 9 de abril, pp. 278-282.

³¹Uma das melhores obras a respeito: ARAÚJO, F. *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-baldios: o Problema Económico do Nível óptimo de Apropriação*. Almedina, Lisboa, 2008.

(...9 4. Os serviços públicos adjudicatórios são *bens comuns* que a comunidade política brasileira decidiu tornar acessíveis a todos, independente da disposição de pagamento. Contudo, a tentativa de responsabilizar unicamente o ente federativo pela manutenção da Justiça e, por efeito, toda a população, mediante impostos, sem o devido repasse dos custos aos particulares, *levaria necessariamente a um problema de seleção adversa entre os litigantes, com sobreutilização do aparato judicial pelos usuários recorrentes do serviço*. Portanto, não incorre em inconstitucionalidade a legislação estadual que acresce a alíquota máxima das custas judiciais àqueles litigantes com causas de maior vulto econômico e provavelmente complexidade técnica. 5. (...). 6. Lei estadual não incorre em abuso ou imoderação, de modo a ofender os princípios do devido processo legal, da proporcionalidade e da razoabilidade, ao realizar majoração de alíquota em dois pontos percentuais, quando obedecem parâmetros construídos administrativamente pelo Conselho Nacional de Justiça com intensa participação popular. Anteprojeto da “Lei Geral das Custas Judiciais”. 7. Ação direta de inconstitucionalidade a que se nega procedência. (STF - ADI: 5612 DF, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 29/05/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 28/07/2020)

A abordagem da normativa paulista foi atacar justamente o elemento central da primeira “onda” do acesso à justiça, que foi a remoção das barreiras econômicas. Ao permitir a cobrança de custas judiciais em valor superior está impondo uma barreira econômica ao acesso, mas ressaltando que os litigantes “com causas de maior vulto econômico” devem pagar mais custas por essa razão. A decisão ainda presume que esse tipo de ação possui maior “complexidade técnica”, o que demandaria, ao menos em tese, mais esforço e tempo do magistrado para decidir o que, por outro lado, reduziria o tempo de atenção aos demais processos sob seus cuidados.

Em outras decisões, a Tragédia dos Comuns começa a ser invocada, por exemplo:

(...) Tragédia dos Comuns configurada pelo aqodamento recursal decorrente de utilização espúria de recurso que, mesmo acolhido, nenhum efeito prático produzirá. (TJ-SC - PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL: 50055768820208240018)

“(...) CONDOTA FIRME E ATIVA DO MAGISTRADO CONTRA O USO ABUSIVO E OPORTUNISTA DO ACESSO À JUSTIÇA. DISTINÇÃO ENTRE ACESSO À JUSTIÇA AUTÊNTICO E INAUTÊNTICO. LIÇÃO DE JÚLIO CESAR MARCELLINO JR. A UTILIZAÇÃO RACIONAL E ORIENTADA PELO INTERESSE PÚBLICO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DEVE COIBIR O OPORTUNISMO DA LITIGÂNCIA FRÍVOLA, MALICIOSA E/OU DISPERSIVA, EM QUE O FATIAMENTO BUSCA OBTER GANHOS INCOMPATÍVEIS COM A ESTRUTURA NORMATIVA. EXTINÇÃO CORRETA. AUTOVINCULAÇÃO DA PARTE AO COMPORTAMENTO PROCESSUAL. DO CONTRÁRIO, OPERA-SE A ‘TRAGÉDIA DOS COMUNS’ (LIÇÃO DE GARRETT HARDIN E DE JOSÉ EVERTON DA SILVA). EXTINÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (TJ-SC 50052096720218240135)

Nessa mesma linha é possível salientar o importante papel desempenhado pelos honorários de sucumbência, que podem variar entre dez e vinte por cento, como regra, excepcionada a questão da Fazenda Pública (art. 85, NCPC). A fixação de honorários sucumbenciais é um desestímulo às demandas ilegítimas, porque esse tipo de litigante é obrigado a avaliar o risco da decisão de litigar, pois se trata de um custo relevante. Assim, no processo de tomada de decisão ele deve considerar o risco do litígio e pode, então, por entender que seu direito não é suficientemente consistente, optar por não litigar. Em sentido semelhante, destaca-se:

"Como o Direito Processual pode evitar as demandas frívolas? O principal mecanismo para esse desiderato é a transferência dos custos da litigância para a parte que restar perdedora. Assim, a um só tempo, é estimulado o ajuizamento de demandas de valor esperado positivo e também desestimulado o ajuizamento das ações frívolas. Em passagem anterior desta obra, já se explicou por que a regra inglesa, que determina o ressarcimento dos custos de litigância ao vencedor, desestimula ações judiciais quando o otimismo do autor está abaixo de certo patamar, ao passo que estimula ações quando o otimismo excede esse ponto. Sob a perspectiva da economia comportamental, a possibilidade de que o autor tenha de ressarcir os custos de litigância do adversário atrai o fenômeno da aversão a perdas, o elemento da teoria dos prospectos segundo o qual, a partir de um mesmo ponto de referência, perdas geram experiências mais significativas que ganhos equivalentes. A excessiva expansão da gratuidade de justiça, assim, constitui fator essencial para o estímulo ao ajuizamento de demandas frívolas".

Por mais que o tema seja delicado, é preciso repensar o modelo de acesso à justiça a partir de uma nova percepção, segundo a qual acesso não pode ser apenas entrada. É preciso repensar o modelo para compatibilizar com o princípio da celeridade da prestação jurisdicional. Pensar no acesso como entrada e negar a rapidez na solução implica violar o princípio do acesso à justiça que se pretende proteger.

5. CONCLUSÃO

O modelo proposto pela “Tragédia dos Comuns” é perfeitamente aplicável à denominada “crise do Poder Judiciário”, construída em grande parte em razão do uso desmedido do bem público em atenção apenas aos interesses

individuais, racionalmente pensados para auferir vantagem a partir da super utilização da estrutura judiciária brasileira.

O acesso à justiça não pode ser pensado apenas sob a dimensão da redução ou exclusão das barreiras econômicas, devendo evoluir para se prestigiar soluções coletivas (criação de um modelo de processo civil coletivo); sancionar aqueles que utilizam a estrutura judiciária de forma abusiva (demandas frívolas, desnecessárias ou ilegítimas); valorizar os instrumentos de incentivos disponibilizados pelo legislador para desestimular litigantes ilegítimos (custas, honorários de sucumbência, multas processuais) e desenvolver políticas públicas voltadas à racionalização do uso da estrutura judiciária (limitar o ajuizamento de execuções fiscais até certo valor).

O tema ganha contornos mais urgentes porque envolve a pacificação social, de tal sorte que a prestação jurisdicional célere é uma dimensão importante do princípio do acesso à justiça. Na sua ausência, a pacificação pode restar comprometida e o próprio conceito de sociedade ser objeto de rediscussão a partir de um paradigma de regressão de valores e direitos individuais arduamente conquistados.

Assim, reconhecer que os recursos disponíveis para se garantir o acesso à justiça são escassos e precisam ser utilizados com eficiência é um importante passo para se encontrarem soluções, aqui usadas no plural porque o problema é multifacetado e exigirá um conjunto de medidas e não medidas isoladas para ser solucionado.

O artigo não pretende esgotar o tema, mas trazer luz para a necessidade da rediscussão do princípio do acesso à justiça para se garantir mais do acesso ao processo, mas ao seu objetivo central que é a justiça.

6. BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, F. *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-baldios: o Problema Económico do Nível óptimo de Apropriação*. Almedina, Lisboa, 2008.
- ARENHART, S.C. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

- BARROSO, L.R. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, 2007.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Campus, Rio de Janeiro, 1992.
- CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Ed. Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1988.
- CNJ. *Relatório Justiça em Números 2022*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2024.
- COASE, R.H. “O problema do custo social”. *Revista de Direito Público da Economia*. v. 7, n. 26, Belo Horizonte, abril 2009.
- FOGAÇA, A.R. & GONÇALVES, O.O. “Acesso à justiça e a tragédia dos comuns”, *Direito, ação & jurisdição: estudos em homenagem a ministra Rosa Weber*. Ejud-PR, Curitiba, 2023.
- FUX, L. & BODART, B. *Processo Civil e Análise Econômica*. Grupo GEN, Rio de Janeiro, 2020.
- GALDINO, F. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.
- HARDIN, G. “The Tragedy of the Commons”. *JSTOR Science*, vol. 162, nº. 3859, 1968. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1724745>. Acesso em: 17 abr. 2024.
- IPEA. *Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*. Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7862?mode=full>. Acesso em 30 abr. 2024.
- OLIVEIRA, R.N. *Assistência Jurídica Gratuita*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.
- OLIVEIRA, R.N. “A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial”. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, nº 4 e ano V, nº 5 - 2003-2004.
- PIGNANELI, G. *Análise econômica da litigância: uma busca pelo efetivo acesso à justiça*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019.

- PORTO, A.M. & GAROUPA, N. *Curso de análise econômica do direito*. Atlas, São Paulo, 2020.
- SARLET, I.W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012.
- TARTUCE, F. & DELLORE, L. “Gratuidade da Justiça no Nova CPC”. *Revista de Processo*, vol. 236, (DTR\2014\10502), 2014.
- TENENBLAT, F. “Limitar o acesso ao poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça”. *Revista CEJ*, Ano XV, n. 52, Brasília, jan./mar. 2011.
- WATANABE, K. “Tutela Antecipatória e Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer”. In: DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, S. (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. Saraiva, São Paulo, 1996.
- OSTROM, E. et. all. “Revisiting the Commons: Local Lessons, Global Challenges”, *Science*, vol. 284, 9 abr. 1999.