

Leandro Waldir de Paula

**GOVERNANÇA
JUDICIAL E ACESSO
À JUSTIÇA:**

**desigualdades permanentes,
(re)equilíbrios dinâmicos e novos
arranjos no sistema de justiça brasileiro**

2022

CONDICIONANTES LEGÍTIMAS E ILEGÍTIMAS AO ACESSO À JUSTIÇA

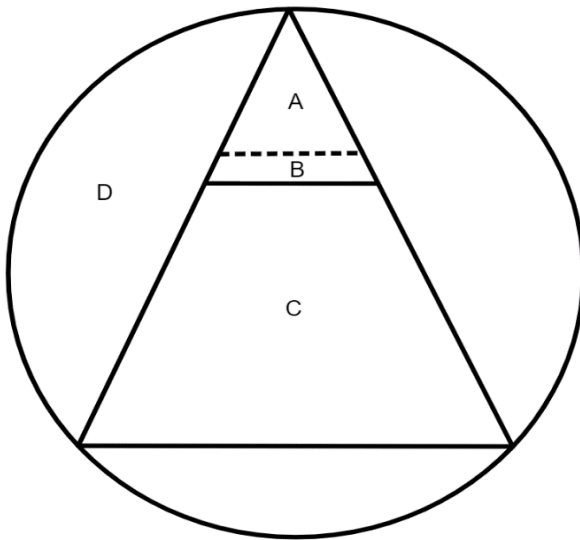
2.1 A TRAGÉDIA DO ACESSO (COMO A “TRAGÉDIA DOS COMUNS”)

Antes de examinar três das principais condicionantes ao acesso à justiça e a necessidade de (re)equilibrá-las dinamicamente, revela-se oportuno e necessário esboçar um retrato da concentrada e desigual litigiosidade no Brasil e um panorama do Poder Judiciário, *player* do sistema de justiça, contrastando seu gigantismo às suas limitações.

2.1.1 Os paradoxos da litigiosidade brasileira: vantagens dos litigantes habituais sobre os eventuais e o (in)tolerável uso predatório do Poder Judiciário

Duas ilustrações (uma figura e um gráfico) ajudam a compor a fotografia da atual litigiosidade brasileira. A figura 1 esboça, ainda que sem maiores rigores em termos de proporção, os espaços ocupados pelas diferentes litigiosidades na sociedade brasileira.

Figura 1 – Esboço dos espaços ocupados pelas diferentes litigiosidades na sociedade brasileira

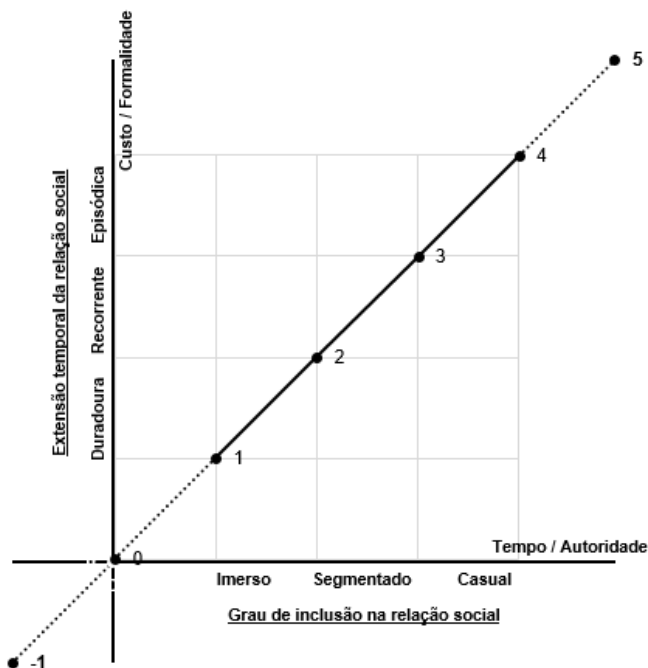


Fonte: Elaboração própria.

- A. Litigiosidade encaminhada ao Poder Judiciário.
- B. Litigiosidade encaminhada a vias de solução negociada.
- C. Litigiosidade latente (desconhecimento dos direitos) e contida (resignação ou desconfiança nas instituições).
- D. Não litigiosidade.

O gráfico 3 traceja uma escala de efetivação de direitos e de uso dos meios de solução de conflitos, variando conforme a densidade da relação social (medida pela extensão temporal e pelo grau de inclusão) e também conforme algumas condicionantes do acesso à justiça (tempo, custo, formalidade do processo e autoridade da decisão).

Gráfico 3 – Escala de efetivação de direitos e de uso dos meios de solução de conflitos



Fonte: Elaboração própria, a partir de adaptações das “figuras” 4, 5, 6 e 7 do texto *Why the ‘haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change*, de Marc Galanter (1974, p. 127, 129, 131 e 133).

-1. Direitos não reconhecidos ou não positivados.

0. Litigiosidade latente (desconhecimento dos direitos) e contida (resignação ou desconfiança nas instituições).

1. Solução negociada entre as partes, sem auxílio de terceiros.

2. Solução negociada entre as partes, com auxílio de terceiros privados.

3. Solução negociada entre as partes, com auxílio de terceiros públicos.

4. Solução adjudicada.

5. Estado hipotético de não conflito (direitos assegurados a todos, formal e materialmente, inclusive a minorias, voluntariamente).

Como visto no item 1.5.2, dados consolidados de 2017 apontam que somos estimados em 207,9 milhões de pessoas residentes no País (IBGE, 2019d) e 5 milhões de empresas ativas (IBGE, 2019a). Esse contingente de pessoas físicas e jurídicas, sujeitos de direitos e obrigações, diariamente encaminham parte de suas disputas de interesses (sociais, empresariais, econômicos, trabalhistas, consumeristas, previdenciários, fiscais, sucessórios, contratuais etc.) para algum método de resolução de conflitos.

Paradoxalmente, o Poder Judiciário, ainda que seja alvo de alto grau de desconfiança por parte da sociedade, é, no sistema multiportas, a porta mais procurada.²⁴⁰ No Brasil, o grau de confiança (percepção) das pessoas nas leis e na Justiça não parece determinar o comportamento (predisposição) de procura pelo Judiciário, em geral ascendente. Este, aliás, o padrão já constatado pelo ICJBrasil-2017 (FGV, 2018), segundo o qual, a má avaliação do Poder Judiciário não interfere na propensão das pessoas para procurá-lo para solucionar seus conflitos.²⁴¹

Uma outra parte – menor, frise-se²⁴² – das disputas é encaminhada a outros meios de solução de conflitos e outra parte – bem maior, vale enfatizar²⁴³ – permanece latente ou contida, fruto ou do desconhecimento dos direitos que possui, ou da descrença ou resignação daquele que se sente prejudicado quanto ao sistema de justiça. Este último, mesmo sabendo dos direitos que possui (*naming*) e conseguindo imputar responsabilidade a alguém para efetivá-lo (*blaming*), opta por permanecer indiferente e não o pleitear (*claiming*).²⁴⁴ Tanto a litigiosidade explodida como a latente e a contida trazem riscos.²⁴⁵

Embora escassos, há dados bastante úteis que permitem observar se a sociedade brasileira é mesmo muito litigante, se ela judicializa

240. Ver espaço da letra A na Figura 1.

241. O Relatório ICJBrasil-2017 (FGV, 2018, p. 13) revelou que apenas 24% da população confia no Poder Judiciário.

242. Ver espaço da letra B na Figura 1.

243. Ver espaço da letra C na Figura 1.

244. Cf. Felstiner, Abel e Sarat (1980).

245. Nesse sentido, Silva (2018, p. 122) alerta: “Se uma pequena parte do contingente de disputas de interesses havidas na sociedade brasileira for encaminhada ao Judiciário, argumenta-se, o sistema oficial de justiça pode vir a colapsar. As reformas legislativas da última década parecem apostar nesse argumento. Por outro lado, haverá sempre o risco de que, se o nível de resiliência diante de situações de conflito for muito grande, a própria sociedade pode vir a colapsar, diante de um insuportável desarranjo de relações sociais e jurídicas materiais”.

mesmo muitos dos litígios considerando o total de disputas travadas no seu bojo, quem de fato judicializa suas disputas no Brasil, como esses litigantes se comportam dentro do processo e como usam os instrumentos processuais.

Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) realizada pelo IBGE em convênio com o CNJ sobre acesso à justiça, divulgada em 2010 referente ao período de 2004 a 2009, 9,4% da população brasileira acima de 18 anos²⁴⁶ se envolveu em conflito de interesses ou direitos. Ao se desagregar esse percentual por sexo, idade, escolaridade, renda e região, observou-se que os maiores percentuais estão entre homens, acima dos 40 anos, com ensino superior completo, renda acima de 5 salários mínimos e na região Sul. No outro extremo, com baixos percentuais de envolvimento em disputas, estavam jovens entre 18 e 24 anos, pessoas sem qualquer instrução, com menor renda e na região Norte.

Como resultado positivo de políticas de acesso à justiça, entre as quais a assistência judiciária gratuita, constatou-se que em três das cinco regiões (Sudeste, Sul e Centro-Oeste) o percentual de pessoas sem renda assumiu a terceira posição entre os grupos que tiveram situação de conflito entre 2004 e 2009. Segundo Silva (2018, p. 125), “[...] a facilitação do acesso à justiça a esse estrato da população teria permitido a canalização de uma demanda anteriormente reprimida por deficiente educação e baixa renda [...]”, trazendo algum equilíbrio ao desigual acesso à justiça, cujos avanços não devem ser neutralizados por políticas que restrinjam, por exemplo, a assistência judiciária gratuita.

Outro fator a influenciar a litigiosidade judicial é o grau de informação e respeito à autoridade das leis, o qual, por sua vez, varia conforme a aprovação social das condutas nelas descritas. Com base em dados estatísticos, Silva (2018) aponta que o conhecimento sobre as leis no Brasil é baixo, acarretando uma maior judicialização na medida em que se transfere para o Poder Judiciário a regulação preventiva dos conflitos.²⁴⁷

246. Equivalente, à época, a 12,6 milhões de pessoas, dos quais 51% eram homens e 49% mulheres.

247. Aponta Silva (2018, p. 131-132): “Uma outra dimensão que afeta a litigiosidade judicial é o grau de respeito às leis e de cumprimento das regras. Teoricamente, há uma relação entre esses fatores no sentido de que a litigiosidade tende a ser menor quando há respeito às leis, já que seria maior o cumprimento voluntário das regras. O caso brasileiro, mais uma vez, parece colocar em xeque essa relação. O conhecimento sobre as leis é muito baixo e o senso de respeito às leis parece contraditório, no sentido de que um discurso disseminado de autoridade da lei convive com um

A ideia de “jeitinho” – já bem descrita na antropologia nacional – caracteriza o nosso senso de justiça e legalidade, revelando um considerável grau de leniência diante de hipóteses de descumprimento das leis. A naturalização da desobediência legal entre nós mitiga a expectativa de redução da litigiosidade judicial por um eventual incremento da observância voluntária do ordenamento.

As desigualdades socioeconômicas e a legitimidade das autoridades legais e judiciárias influenciam mais o grau de respeito às leis do que propriamente a técnica legislativa e as sanções previstas.²⁴⁸ Em conjunturas de desigualdades abismais, concentração de renda e negativa de acesso a direitos sociais básicos – como a brasileira –, a judicialização – que normalmente tende a ser equivocadamente reprimida socialmente²⁴⁹ – torna-se a alternativa derradeira para assegurar um grau mínimo de justiça e coesão social, sobretudo para os grupos sociais mais vulneráveis. Não devem, pois, as políticas judiciárias do Estado – teoricamente o maior interessado no cumprimento das leis –

discurso oposto, de descumprimento. A consequência é que a litigância judicial parece onerada com uma responsabilidade regulatória extraordinária. A lei não consegue desempenhar a atividade de regulação preventiva e, nos casos concretos, esse encargo é transferido para os processos de resolução de disputas. O resultado é o maior uso do processo judicial e o aumento dos litígios judicializados”.

248. Silva (2018, 134-135) ressalta: “No Brasil, como sintetizam Cunha e Oliveira (2017), o respeito à lei é influenciado menos pelo desenho de regras jurídicas e previsão de sanções do que pelo contexto particular de respeito a lei e à autoridade legal. Elementos como a moralidade pessoal, o controle dos pares e a confiança na honestidade das autoridades compõem este contexto. Por consequência, argumentam as autoras, a desigualdade social e econômica e a alta concentração de renda podem ser mais determinantes dos comportamentos de respeito e cumprimento à lei do que o seu mais perfeito desenho técnico ou o acompanhamento da mais pesada sanção. [...] Além da desigualdade social, a legitimidade depositada nas autoridades legais e judiciárias afeta o grau de respeito às leis. E, neste ponto, há um dado que contribui para compor o perfil da litigiosidade no Brasil. No Brasil (CUNHA et al., 2016), a autoridade judicial detém um grau de legitimidade sensivelmente maior do que a autoridade policial – vale dizer, o cumprimento de comandos proferidos por uma autoridade policial é menor (46%) do que quando o comando provém de um juiz (77%) (CUNHA; OLIVEIRA, 2017). Este dado, que é diferente do observado em outros países – no caso, nos EUA, precisamente em Chicago, em que os percentuais são respectivamente de 84% e 74% (TYLER, 2006), permite induzir que, em situações de violações de direito, o brasileiro tende a procurar o Judiciário, mais do que a Polícia, por exemplo”.
249. Adverte Silva (2018, p. 135): “Em primeiro lugar, o envolvimento das pessoas em conflitos e a mobilização por direitos não necessariamente é e nem sempre é considerado um comportamento patológico. Pelo contrário. Eles refletem o comportamento legalmente previsto para uma situação de violação de direitos e evidenciam um considerável grau de cidadania. Perceber-se vítima de uma violação, seja por que caminho isso aconteça, não é em si um comportamento oportunista, doloso ou ilegítimo. É uma atitude que o direito espera que aconteça para que o ordenamento jurídico se efetive integralmente. Pela mesma razão, resistir a uma reivindicação injusta de direitos é igualmente legítimo. Em ambos os casos, o sistema de justiça deve trabalhar com a possibilidade e a normalidade desses comportamentos, não o contrário. O comportamento ordinário dos cidadãos não deve ser considerado um fator de risco de colapso do sistema oficial de justiça. Ao menos, não o comportamento do cidadão médio”.

reprimir, ao invés de incentivar, a mobilização pela concretização de direitos, sobretudo aqueles já formalmente assegurados em lei.

A preferência dentre aqueles que se predis põem a buscar a solução de seus conflitos pela via jurisdiccional estatal²⁵⁰ torna o acesso ao Poder Judiciário ainda mais disputado. Na concorrência pelos espaços dos fóruns e tribunais prevalecem, como seria fácil deduzir, os grupos com mais experiência e recursos (os litigantes habituais), os quais, não raras vezes, fazem uso predatório e oportunista do sistema de justiça. Afinal, aparatos institucionais sobrecarregados e passivos constituem o cenário no qual as vantagens de posição estratégica de litigantes habituais podem operar por completo, servindo de fundamento ao “dualismo” do sistema jurídico.²⁵¹

Por mais que a litigiosidade judicial (isto é, a judicialização de disputas) pareça alta no Brasil, os dados do IBGE de 2010, como visto, revelaram que apenas 9,4% da população brasileira acima de 18 anos se envolveu em conflito de interesses ou direitos e o levou adiante. Desse percentual – que projetado para os dias de hoje representaria cerca de 14,8 milhões de residentes²⁵² –, 70,2% optou por solucionar o conflito pela via judicial. Logo, em tese, todo o Poder Judiciário brasileiro funcionaria para resolver conflitos que envolvem 10,3 milhões de residentes (ou 4,9% da população total atual), além,

250. Nesse sentido, com base em dados do IBGE de 2010, Silva (2018, p. 136) ilustra: “Por fim, parece haver uma preferência da população brasileira, voluntária ou não, por encaminhar os conflitos aos canais institucionais estatais, particularmente o Poder Judiciário. O encaminhamento de conflitos à Justiça comum, Juizados Especiais e Polícia acumula 76% dos casos. O encaminhamento do conflito a canais organizados pela própria sociedade, como o Procon, sindicatos, associações e amigos ou parentes não chega a 10% das respostas. A Justiça comum é a preferência da maioria – 57,8%, na média. Os juizados especiais são buscados em apenas 12,4% dos casos, seguidos pela Polícia (6,6%), Procon (3,9%). Sindicatos ou associações aparecem menos do que um amigo ou parente (1,5% contra 2,4%) (IBGE, 2010)”.

251. Contrapondo a universalização simbólica ao particularismo operacional, Galanter (2018, p. 125-126) descreve aludido dualismo do sistema jurídico: “Assim, seu caráter não reformado articula o sistema jurídico às discontinuidades da cultura e estrutura social: ele proporciona um modo de acomodar heterogeneidade cultural e diversidade social enquanto propõe universalismo e unidade; de acomodar vastas concentrações de poder privado enquanto sustenta a supremacia da autoridade pública; de acomodar desigualdade de fato enquanto estabelece igualdade no direito; de facilitar ações de grandes conluios enquanto celebra o individualismo. Assim, a ‘não reforma’ – isto é, ambiguidade e sobrecarga de regras, aparatos institucionais ineficientes e sobrecarregados, desigualdade na oferta de serviços jurídicos e disparidades nas posições estratégicas das partes – é o fundamento do ‘dualismo’ do sistema jurídico. Isso permite unificação e universalismo no nível simbólico e diversidade e particularismo no nível operacional”.

252. Segundo dados do site do IBGE, descontada da atual população total (209,2 milhões) as pessoas de 0 a 13 anos (38,4 milhões) e as de 14 a 17 (12,6 milhões), alcança-se 158,2 milhões de residentes acima de 18 anos. (Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5918#resultado>. Acesso em: 30 out. 2019).

claro, dos conflitos envolvendo apenas pessoas jurídicas (de direito público e privado).

Os perfis de disputas judicializadas, em regra, espelham os de disputas em geral na sociedade. Por isso, não é difícil pressupor que no interior desse contingente aproximado de 10,3 milhões de pessoas estejam reproduzidas as desigualdades sociais já expostas (item 1.5.2), não apenas em termos de sexo, idade, escolaridade, renda e região, mas também em termos de raça, gênero, informação/capacidade de mobilização etc. Se apenas 4,9% da população total atual estaria, em tese, envolvida em algum processo judicial, é indutivo que as minorias sociais estejam ainda mais subrepresentadas em termos de acesso à justiça.

Embora se esteja aqui a conjecturar sobre uma projeção feita a partir dos dados de pesquisa divulgada em 2010, tal conclusão parece suficiente para contrapor o alardeado argumento segundo o qual a sociedade brasileira (como um todo) é muito demandista.

Vejam dados mais recentes. O Relatório *Justiça em Números 2019* (ano-base 2018) do CNJ aponta que a cada grupo de 100.000 habitantes, 11.796 ingressaram com uma demanda judicial no ano de 2018 (CNJ, 2019c, p. 84). Isso, projetado, significa que dos atuais 209,2 milhões de habitantes, 24,6 milhões (ou 11,7% da população total) acionaram o Poder Judiciário para resolver algum conflito. Este percentual, embora seja pouco maior que o dobro do anterior (que não considerava pessoas jurídicas e fazia recorte por idade), ainda nos parece insuficiente para permitir concluir que o brasileiro judicializa excessivamente seus conflitos.

Em verdade, enquanto a maioria da população segue sem acessar o Poder Judiciário, muito menos a ordem jurídica justa, alguns poucos *players* – em especial Estado, bancos e empresas de telefonia – dominam a utilização do caro serviço público de justiça prestado por magistrados e servidores.²⁵³ Tal serviço, além de crescente e inevitável,²⁵⁴ é distribuído de forma desigual entre os grupos sociais.²⁵⁴

253. Silva (2018, p. 138) sinaliza: “Embora o encaminhamento judicial seja maioria (70,2%), ele se refere aos 10% da população que identificaram um conflito e o levaram adiante. Esse percentual tende naturalmente a aumentar. Como avalia Galanter (2005), nós não viveremos em um mundo livre de disputas e a consciência de que sofremos uma violação de direitos aumenta em proporção inversa à nossa paciência para suportá-los. Natural e ordinariamente, a reivindicação de direitos aumentará”.

254. Destaca Silva (2018, p. 140): “No outro extremo, disputando espaço com os ‘litigantes repetitivos’, um contingente disperso de 1 em cada 10 cidadãos tenta, uma vez ou outra, levar seus conflitos para apreciação judicial. Encontram um ambiente já tomado por processos judiciais, conduzidos

Com base no relatório *100 Maiores Litigantes*, do CNJ, de 2011 e 2012,²⁵⁵ e em pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros em 2015, Sadek (2017, p. 45) aponta:

A grandiosidade dos números relativos à judicialização pode levar à conclusão de que à extraordinária demanda corresponderia um amplo acesso à justiça. Trata-se, contudo, de ilusão. Com efeito, pesquisas do CNJ, com o objetivo de identificar quem são os principais demandantes do Poder Judiciário, mostram que os 5 maiores litigantes na justiça nacional são: o setor público federal; os bancos; o setor público estadual; serviços de telefonia; e o setor público municipal. Segundo o relatório de 2012, o setor público e os bancos lideram a lista dos maiores litigantes. Esses dois entes respondem sozinhos por mais do que 3/4 dos processos que estavam em tramitação no período do levantamento.

[...]

Na Justiça Federal, os 5 maiores setores são: setor público federal; bancos; conselhos profissionais; educação; e serviços. Na Justiça do Trabalho, destacam-se: o setor público federal; bancos; indústria; telefonia; e setor público estadual. Na Justiça Estadual, as primeiras colocações são ocupadas por: bancos; setor público estadual; setor público municipal; telefonia; e setor público federal.

Ainda que com limitações para colheita e validação dos dados, o relatório trouxe avanços ao possibilitar conhecer *quem litiga*. À época em que a pesquisa foi feita ainda não se contava com as tabelas processuais unificadas²⁵⁶ para se conhecer *sobre o que se litiga*. O estudo, no entanto, contribuiu para investigação do perfil dos litigantes contumazes ao listá-los por setor e também por nome, de acordo com o ramo da justiça (primeiro grau da justiça comum e juizado especial).

burocraticamente por servidores desmotivados e pressionados para o cumprimento de metas de produtividade”.

255. O relatório de 2012, último feito pelo CNJ sobre o tema (CNJ, 2012), considera a litigiosidade existente no período de dez meses, compreendidos entre janeiro e outubro de 2011.

256. A unificação de tabelas processuais do Poder Judiciário foi iniciada em 2007, objetivando a padronização e uniformização taxonômica e terminológica de classes, assuntos e movimentação processuais. Sobre o tema, confira-se a Resolução CNJ nº 46/2007.

Tabela 3 – Listagem dos dez maiores setores contendo o percentual de processos em relação ao total ingressado entre 1º/1/2011 e 31/10/2011 por Justiça

Ordem	Setores dos Cem Maiores Litigantes							
	Total		Justiça Estadual		Justiça Federal		Justiça do Trabalho	
1	SETOR PÚBLICO FEDERAL	12,14%	BANCOS	12,95%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	83,19%	INDÚSTRIA	2,03%
2	BANCOS	10,88%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	9,25%	BANCOS	9,60%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	1,84%
3	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	6,88%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	4,85%	CONSELHOS PROFISSIONAIS	2,76%	BANCOS	1,78%
4	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	3,75%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	3,11%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	0,56%	SERVIÇOS	1,44%
5	TELEFONIA	1,84%	TELEFONIA	2,38%	OAB	0,41%	COMÉRCIO	0,93%
6	COMÉRCIO	0,81%	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,93%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	0,14%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	0,85%
7	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,74%	COMÉRCIO	0,92%	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,08%	ASSOCIAÇÕES	0,80%
8	INDÚSTRIA	0,63%	INDÚSTRIA	0,44%	OUTROS	0,06%	TELEFONIA	0,60%
9	SERVIÇOS	0,53%	SERVIÇOS	0,42%	EDUCAÇÃO	0,04%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	0,45%
10	CONSELHOS PROFISSIONAIS	0,32%	TRANSPORTE	0,18%	SERVIÇOS	0,02%	TRANSPORTE	0,40%

Fonte: Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ. (CNJ, 2012, p. 8).

Tabela 4 – Parte da listagem dos 100 maiores litigantes contendo o percentual de processos em relação ao total de processos ingressados entre 1º/1/2011 e 31/10/2011 no 1º grau da Justiça Comum

Ordem	Com Maiores Litigantes no 1º Grau							
	Consolidado das três Justiças		Justiça Estadual		Justiça Federal		Justiça do Trabalho	
1	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	4,38%	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	3,09%	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	34,35%	CNA - CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL	0,72%
2	B.V. FINANCEIRA S/A	1,51%	B.V. FINANCEIRA S/A	2,04%	FAZENDA NACIONAL	12,89%	CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	0,64%
3	MUNICÍPIO DE MANAUS	1,32%	MUNICÍPIO DE MANAUS	1,79%	CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	12,71%	UNIÃO	0,56%
4	FAZENDA NACIONAL	1,20%	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	1,57%	UNIÃO	11,51%	PETROBRAS - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A	0,47%
5	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	1,17%	MUNICÍPIOS DE SANTA CATARINA	1,53%	ADVOGACIA GERAL DA UNIÃO	2,01%	EBCT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS	0,36%
6	UNIÃO	1,16%	BANCO BRADESCO S/A	1,26%	RECÉTA FEDERAL DO BRASIL	1,20%	BANCO BRADESCO S/A	0,31%
7	MUNICÍPIOS DE SANTA CATARINA	1,13%	BANCO ITALCARD S/A	1,13%	IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS	1,19%	BANCO SANTANDER BRASIL S/A	0,28%
8	BANCO BRADESCO S/A	0,99%	BANCO ITAÚ S/A	1,07%	OAB - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL	1,02%	VALE S/A	0,26%
9	CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	0,95%	AVMORÉ CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A	1,06%	INMETRO - INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL	0,89%	BANCO DO BRASIL S/A	0,25%
10	BANCO ITALCARD S/A	0,85%	BANCO SANTANDER BRASIL S/A	1,01%	CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE	0,71%	FAZENDA NACIONAL	0,24%
11	BANCO ITAÚ S/A	0,82%	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO	0,99%	CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM - COREN/RB	0,68%	TELESP - TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S/A	0,24%
12	BANCO SANTANDER BRASIL S/A	0,80%	MUNICÍPIO DE GOIÂNIA	0,95%	INCRA - INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA	0,50%	FUNCEF - FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS	0,22%

Fonte: Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ. (CNJ, 2012, p. 15).

Tais dados explicitam quem são os litigantes habituais no quadro da litigiosidade brasileira. Marcellino Junior (2018, p. 207-208), sintetizando o tipo de litigância habitual que cada qual pratica, ressalta:

Nesse caso da litigância habitual, destacam-se ações, propostas aos milhares, contra conglomerados econômicos, tais como operadoras de telefonia, instituições bancárias, incorporadoras, etc. De regra, são ações ajuizadas contra abusos ou omissões praticadas por essas empresas e que, malferindo direitos consumeristas, ensejam o ingresso de uma enxurrada de ações perante o Poder Judiciário.

O Estado, em seus diferentes níveis (União, Estado e Municípios), também figura como litigante habitual. São milhares de ações propostas contra o poder público, em caráter repetitivo, destacando-se aquelas ações que tratam de questões funcionais, envolvendo servidores públicos. Em muitos casos em que ações coletivas poderiam resolver a situação, inúmeras ações individuais são manejadas.

Pimenta (2000, p. 9-10), ressaltando a importância de diferenciar os litigantes habituais dos eventuais, elenca as vantagens dos primeiros: As vantagens dos litigantes “habituais” em confronto com os “eventuais” são numerosas:

- a) maior experiência com o Direito, que lhes possibilita melhor planejamento de cada litígio e do conjunto de litígios em que eles estão ou estarão envolvidos;
- b) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos (o que significa que, para cada um deles, ser-lhe-á menos oneroso atuar em Juízo; por exemplo, em se tratando das mesmas lesões eventualmente cometidas contra um número expressivo de empregados, suas defesas e seus meios de prova serão sempre iguais, padronizados ou ao menos semelhantes);
- c) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora (que, embora não sejam capazes de influenciar o conteúdo de suas decisões imparciais, não deixam de constituir uma vantagem adicional, ao menos para lhe permitir saber qual a melhor maneira de se conduzir ao longo dos feitos e de se argumentar da forma mais persuasiva possível, em função do seu conhecimento das posições de cada julgador, já manifestadas em casos similares);
- d) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos (o que por sua vez vai diminuir o peso de cada derrota, que será eventualmente compensado por algumas vitórias);
- e) ele pode testar estratégias diferentes com determinados casos (de natureza material ou processual), de modo a criar precedentes favoráveis em pelo menos alguns deles e a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.

Além dos litigantes habituais, outro segmento frequentemente lembrado quando se aborda a “litigância excessiva” é o da população economicamente hipossuficiente, a qual faz jus à assistência judiciária gratuita (AJG). Segundo o CNJ (2019c, p. 84), o percentual de casos solucionados com o benefício foi de 34% no ano de 2018, confirmando uma tendência de aumento do percentual de

beneficiados.²⁵⁷ A alusão, frequentemente equivocada, toma os beneficiários da AJG como se fossem um só litigante habitual, enquanto, em verdade, são milhares de litigantes eventuais, que, fugindo à regra prevalente na base da pirâmide de litigiosidade (v. figura 1), compreenderam que possuem um direito e que este foi violado (*naming*), conseguiram imputar responsabilidade ao violador (*blaming*) e reivindicar o direito (*claiming*).²⁵⁸ No que se refere aos custos, os gastos com AJG em 2018 equivaleram a 1,09% do total de despesas do Poder Judiciário (CNJ, 2019a, p. 86), percentual que, vale frisar, não retrata o total da despesa pois há casos em que os pagamentos pela AJG são feitos por órgãos públicos integrantes de outro Poder.

A AJG é conquista histórica do direito brasileiro na marcha pela ampliação do acesso à justiça. Acredita-se que o percentual de casos solucionados com o benefício tem muito a crescer, na medida em que condicionantes como informação (sobre direitos) e confiança (no sistema de justiça) forem (re)equilibrados. Todavia, a sua concessão inautêntica, isto é, em demandas abusivas (frívolas ou habituais), representa um dos principais inconvenientes do sistema judiciário brasileiro.²⁵⁹ A não adoção de um critério custo-benefício para decidir sobre a admissão de tais ações traz disfuncionalidades ao sistema.²⁶⁰

257. “A concessão da AJG tem crescido ao longo dos últimos 4 anos, quando o índice passou a ser calculado. O índice foi de 27% em 2015, de 32% em 2016, 33% em 2017 e de 34% em 2018, ou seja, um aumento de 6,7 pontos percentuais no período” (CNJ, 2019c, p. 84). Sobre os impactos da concessão da AJG no âmbito da Justiça Federal, confira-se: Conselho da Justiça Federal (2019).

258. Com base em Felstiner, Abel e Sarat (1980), Silva (2018, p. 137-138) esclarece: “Em segundo, o comportamento de litigar judicialmente é, do ponto de vista da ação social, um ato mais complexo do que em geral supõe a teoria jurídica. Ele exige algum grau de mobilização que não se consegue nem se restringe facilmente, por mera disposição legal. Segundo um dos estudos analisados no capítulo 1, o ato de reivindicar um direito – o *claiming* – depende, antes, da vítima compreender que possui esse direito e que ele fora violado – o *naming* –, seguido da imputação de responsabilidade ao violador – o *blaming* (FELSTINER *et al.*, 1980). Desconhecemos como a população brasileira se comporta em cada uma dessas etapas. Mas não é improvável pensar que, em não poucos casos, as violações são sequer percebidas e, ainda que o sejam, nem sempre valerá investir o custo patrimonial, pessoal ou político de reivindicar publicamente direitos. Os dados da figura anterior sugerem, na linha da ‘pirâmide’, na ‘árvore’ ou no ‘pagode chinês’ das disputas (v. capítulo 1), que o fluxo de resolução de disputas no Brasil seria representado por uma figura de base muito mais larga do que o afinamento brutal que vem em seguida, de cerca de 9 vezes (9,7% de envolvimento em disputas). E, a partir de então, a figura seguiria quase que linearmente até o topo da litigância judicial (70,2% de encaminhamento a órgãos do Judiciário, somando-se justiça comum e juizados especiais). Ou seja, ainda que o *claiming* e o *blaming* pareçam intensos, e dirigidos ao sistema oficial de justiça, o *naming* pode estar abaixo da média desejável para sociedades desenvolvidas”.

259. Tal observação foi expressamente assinalada por Teori Albino Zavascki, em prefácio de Marcellino Junior (2018, p. 26).

260. Ao descrever a “gratuidade inautêntica”, ressaltando a distorção dos propósitos da criação do benefício e o potencial prejuízo àqueles que realmente dele precisam, Marcellino Junior (2018, p.

Do mesmo modo, ao se permitir que litigantes habituais que preenchem as condições da ação ingressem em juízo independentemente da análise de custo do processo em relação ao erário, acentuam-se as disfunções, a perpetuação de desigualdades de acesso e a sobrecarga ao Poder Judiciário, que, refém de sua receptividade universalizante, torna-se demasiadamente permissivo com a intolérável litigância predatória.

Apontando o flagrante abuso de direito de ação por parte de litigantes habituais que utilizam da via judicial estatal para defesa de interesses nem sempre republicanos (como protelar prejuízos financeiros ou limitações orçamentárias), Marcellino Junior (2018, p. 30) ressalta o prejuízo advindo de tal conduta à massa de litigantes não frívolos, além de prejuízos ao erário:

No caso de ações com litigantes habituais, percebe-se com destaque a presença de grandes conglomerados econômicos como partes processuais. Os referidos conglomerados eventualmente praticam atos que acarretam prejuízos aos consumidores, e estes acionam as empresas em juízo na tentativa de buscar compensação financeira. Ocorre que as empresas, de alguma forma, usam a lentidão e a burocracia do processo judicial para obter vantagens econômicas frente aos jurisdicionados lesados e, não raro, por meio da realização de acordos judiciais nem sempre favoráveis aos consumidores.

O ponto fundamental a ser considerado é que esse jogo ocorre sob alto custo do erário. Muito embora essas empresas paguem custas judiciais ao final do processo e, em alguns casos, até mesmo antecipem despesas processuais, não se pode deixar de considerar o alto custo indireto (funcionários, salários, estrutura, etc.) acarretado pelo processo judicial, que se arrasta por vários anos.

Os entes públicos (Município, Estado e União) também figuram, em muitos casos, como litigantes habituais e usam do processo como parte de um jogo econômico, considerando os limites de seus orçamentos

236) salienta: "Contudo, reconhece-se que o excesso de litigância gera externalidades com sérias consequências. É que, quando a gratuidade é concedida como benefício à parte em hipótese de demandas frívolas, cria-se, de certa forma, uma *gratuidade inautêntica*. Em outras palavras, o instituto da gratuidade acaba sofrendo distorção em relação aos propósitos estabelecidos na Constituição da República. Quando se permite que alguém se beneficie da gratuidade processual, transferindo ao erário o ônus financeiro do processo, em situações de demandas frívolas, acaba-se por ferir de morte o próprio instituto e prejudicar a possibilidade de sua efetivação plena, eis que inúmeros outros demandantes não frívolos também beneficiados com a gratuidade sofrerão pelo excesso de litigância e pela dificuldade de o Poder Judiciário assimilar todas as ações que lhe são apresentadas". As decorrências da concessão inautêntica da gratuidade serão retomadas no item 2.2.2.

anuais. São milhares de ações que abarrotam o Judiciário brasileiro e que implicam altíssimos custos aos cofres públicos.

Vê-se que a litigiosidade judicial no Brasil, ao envolver – em estimativa – 11,7% da população e estar concentrada em estratos específicos da pirâmide social, apresenta um inegável componente socioeconômico, relacionado à capacidade de as pessoas mobilizarem seus direitos, o qual não pode ser ignorado quando da regulação da litigiosidade se o propósito dos sistemas (de justiça e processual), mais que retórico, for concretamente voltado para o acesso isonômico à justiça.²⁶¹

Se ao olhar para o fenômeno da litigiosidade pela lupa dos litigantes (*quem litiga*) identifica-se certa homogeneidade, pela lupa do conteúdo das disputas (*sobre o que se litiga*) o mesmo não ocorre.

Segundo o Relatório *Justiça em Números 2019* (ano-base 2018), na Justiça Estadual, que recebeu cerca de 70% dos casos novos ingressados no Poder Judiciário no período de referência, os assuntos mais demandados foram *Obrigações/Espécies de Contratos* (3,81%), *Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral* (3,74%), *Família/Alimentos* (2,07%), *Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral* (1,90%) e *Obrigações/Espécies de Títulos de Crédito* (1,88%).²⁶²

Já na Justiça Federal, os assuntos centrais referem-se a *Benefícios em Espécie/Auxílio-Doença Previdenciário* (1,90%), *Benefícios em Espécie/Aposentadoria por invalidez* (1,23%), *Benefícios em espécie/Aposentadoria por idade* (0,55%), *Organização Político-Administrativa/Administração Pública/FGTS* (0,55%) e *Dívida Ativa* (0,53%).²⁶³

Não há muitos pontos comuns na origem dos conflitos judicializados atinentes às grandes áreas de Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Tributário, Direito Previdenciário e Direito Administrativo. Os grupos sociais geralmente neles envolvidos também

261. Nesse sentido, Silva (2018, p. 126) enfatiza: “A litigiosidade, como tem ficado claro, apresenta um componente social integrado ao seu aspecto jurídico. A maior ou menor propensão de uma sociedade à reivindicação de direitos resultará em maior ou menor litigiosidade. E se a preferência das pessoas for pelo encaminhamento das suas disputas de interesses ao Judiciário, maior será a litigância judicial. Por isso, a regulação da litigiosidade precisaria tomar em conta as características e os graus de mobilização formal por direitos da sociedade”.

262. Cf. CNJ (2019c, p. 205).

263. Cf. *Ibidem*, p. 205

variam (idade, renda etc.). A maior frequência de determinada questão de direito material nos processos judiciais pode significar uma falha do sistema regulatório estatal naquela relação social. A diversificação de assuntos – sobretudo na justiça comum (estadual e federal), que concentra 92,8% do estoque nacional e 84,8% dos casos novos²⁶⁴ – e a distribuição heterogênea dos casos nas diferentes instâncias (juizados, justiça comum, órgãos de segundo grau e tribunais superiores) e regiões geográficas, permite inferir que há mais variedade do que unidade de matérias e pessoas envolvidas, sobretudo quando considerado o Poder Judiciário como um todo e não um órgão isoladamente.

Quanto ao comportamento processual, dados revelam que os litigantes judiciais preferem mais atomizar do que molecularizar as demandas,²⁶⁵ além de se mostrarem ainda bastante avessos à conciliação.²⁶⁶ Não bastasse tal aversão, os meios alternativos de solução de disputas, embora possam trazer benefícios relevantes sob os pontos de vista social, econômico e jurídico, não estão imunes às estratégias dos litigantes habituais, nem sempre muito interessados na qualidade dos acordos.²⁶⁷

264. Cf. CNJ (2019c, p. 84).

265. Com base em dados dos *painéis* de consulta dos sistemas *Justiça em Números* do CNJ, Zaneti Júnior e Lino (2019) apontam: “Apenas em 2017, ingressaram no Judiciário 62.210 ações coletivas, sendo 41.686 ações civis públicas, 14.119 ações de improbidades administrativa, 4.211 ações civis coletivas e 2.194 ações populares. Desse total de ações coletivas, 46.738 (75,13%) ingressaram na Justiça estadual (TJs) e 15.472 (24,87%) ingressaram na Justiça Federal e na Justiça do Trabalho (TRFs e TRTs).” O total de 62.210 ações coletivas encontrado por Zaneti Júnior e Lino representa menos de 0,21% do total de casos novos que ingressaram no Poder Judiciário em 2017 (o total atingiu 29.113.579 casos novos, segundo o Relatório *Justiça em Números 2018* – ano-base 2017) (CNJ, 2018a, p. 33). Ainda sobre a incipiente utilização das ações coletivas, confira-se: *Relatório analítico propositivo*. Direitos e garantias fundamentais. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. (CNJ, 2018b).

266. Segundo o Relatório *Justiça em Números 2019* (ano-base 2018) (CNJ, 2019c, p. 143), as sentenças homologatórias de acordo representaram, em 2018, apenas 0,9% do total de processos julgados. A Justiça que mais faz conciliação é a Trabalhista, que solucionou 24% de seus casos por meio de acordo. Na fase de conhecimento dos juizados especiais, o índice de conciliação foi de 16%, sendo de 18% na Justiça Estadual e de 11% na Justiça Federal. Na execução dos juizados especiais, os índices são menores e alcançam 13%. Como se vê, escapa a tal percentual os casos encaminhados à solução negociada entre as partes, com ou sem auxílio de terceiro privado, cujo montante, estima-se, não seria suficiente para infirmar a aversão generalizada aos meios alternativos.

267. Em avaliação empírica do uso da mediação e da conciliação (cf. CNJ, 2019c, p. 178), os pesquisadores constataram: “Os participantes argumentaram, de forma geral, que pessoas físicas têm mais chances de sucesso na conciliação. Pessoas jurídicas, principalmente bancos e pessoas jurídicas de grande porte em relações de consumo (telecomunicações, por exemplo), são apontadas como mais resistentes à conciliação. Como justificativas, afirmam que essas pessoas jurídicas não aceitam abrir precedentes e enviam prepostos sem poder algum de decisão para as audiências. Quando foi criado o expediente de aplicação de multas para obrigar que uma proposta fosse feita, as partes começam a levar propostas não factíveis, com o intuito exclusivo de não receberem a multa. O

As atuais restrições processuais na admissão de demandas (condições da ação, regime de custas/sucumbência, jurisprudência excessivamente dispersiva) não têm sido suficientes para impedir o uso predatório e abusivo do asoberbado serviço público de justiça. Marcellino Junior (2018, p. 229) aponta como principais faces da litigância abusiva, responsáveis por grande parte do inchaço da máquina judiciária, a litigância frívola e a litigância habitual, assim as descrevendo:

Quando se fala em litigância abusiva refere-se mais especificamente à litigância frívola e à litigância habitual. O primeiro caso diz respeito àquelas demandas propostas com baixíssima probabilidade de êxito e/ou com custo negativo, isto é, com custo processual superior aos benefícios que possam ser alcançados pelo proponente ou, nos casos em que, mesmo que o custo não seja negativo, impõem ao erário dispêndio desarrazoado.

A litigância habitual, por sua vez, refere-se às ações de massa, ou seja, àquelas demandas repetitivas em que, normalmente, figuram como partes grandes conglomerados econômicos. Tais demandas tratam, na maioria das vezes, de questões consumeristas, em que o processo serve como instrumental de um jogo econômico para obtenção de vantagens. O poder público também figura com destaque na condição de litigante habitual.

A utilização dos instrumentos geradores de precedentes, atrelados ou não à ocorrência de repetição de causas, visando a conferir maior segurança, isonomia e eficiência ao sistema de justiça, colocou à prova a capacidade das cortes de equilibrar o ritmo de afetação ao ritmo de admissibilidade e de julgamentos de mérito para fixar as teses de observância obrigatória no prazo legal.²⁶⁸ O percentual de processos sobrestados, que aguardam decisão do caso-piloto e definição de precedente judicial obrigatório, é ainda relativamente baixo.²⁶⁹ Se, por um lado, o microsistema de precedentes pode in-

poder aquisitivo também foi indicado como fator influenciador do desfecho. Nesse contexto, há a percepção de que quanto maior o poder aquisitivo, mais difícil é a realização do acordo. Fatores como personalidade e o envolvimento emocional com a causa foram também mencionados como influenciadores do acordo final". Sobre o tema, confira-se, na doutrina: Menkel-Meadow (1999, p. 19-61); Fiss (2017b, p. 133-150).

268. Confira o *Relatório do Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios* (BNPR) do CNJ, 2018c, p. 8-14.

269. Segundo o Relatório do BNPR (art. 979, CPC/2015), o número total de processos sobrestados vinculados a temas geradores de precedentes judiciais obrigatórios – que podem tanto ser recursos

fluenciar positivamente na adoção dos meios consensuais de solução de conflitos²⁷⁰ e na gestão do demandismo,²⁷¹ por outro, a etapa de formação dos precedentes pode funcionar como amplificadora das vantagens dos grandes litigantes, desde a maior influência que exercem na escolha do caso-paradigma e dos temas afetados, até déficits de participação durante o procedimento que culminará com uma decisão vinculante.²⁷²

Em vista dos dados expostos, não se pode imputar o fenômeno da judicialização excessiva ao todo da sociedade brasileira. Parece-nos que repetitivos são mais os litigantes (habituais), não tanto a litigiosidade judicial.²⁷³ A expressiva presença de alguns poucos litigantes habituais como parte na maioria dos processos judiciais em trâmite pelo país, a grande dispersão dos temas verificada na classificação por assunto e o ainda relativamente baixo percentual de demandas repetitivas apontam que a litigiosidade é menos homogênea e repetitiva do que rotineiramente se afirma.

extraordinários com repercussão geral, repetitivos ou não, recursos especiais ou de revista repetitivos ou, ainda, incidentes de resolução de demandas repetitivas ou incidentes de assunção de competência – era, em 2017, de 2.133.045 de feitos em todo o País (2,5% do total de processos pendentes ao final de 2016) (cf. CNJ, 2018c, p. 19). Dados do Painel de Consulta ao BNPR do CNJ (Disponível em: <https://paineis.cnjus.br/>. Acesso em: 1º nov. 2019) apontam a existência de 2.795.206 processos sobrestados vinculados a 2.991 temas geradores de precedentes judiciais obrigatórios (dos quais 1.071 decorrem de repercussão geral, 1.048 de recurso repetitivo, 371 de IRDR, 229 de controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo STF ou pelo STJ, 166 de grupo representativo da controvérsia encaminhados pelos tribunais locais para os tribunais superiores e 106 de IAC).

270. “Nesse sentido, basta citar a homologação de acordo entre representantes dos bancos e de poupadores com relação às controvérsias representadas pelos temas de repercussão geral 264, 265, 284 e 285, os quais, somados, possuem 442.338 processos (20,7% de todos os processos sobrestados) paralisados em todo o Poder Judiciário brasileiro” (CNJ, 2018c, p. 26).
271. Dados do BNPR (CNJ, 2018c) apontam que os assuntos mais recorrentes – conforme cadastrados nos processos paradigmáticos segundo as tabelas processuais unificadas do CNJ – são temas relacionados ao Direito Público (em especial Direito Administrativo e Direito Tributário). O tema 731 STJ, que trata da aplicação da TR como índice de correção monetária de saldos de contas do FGTS, era aquele com maior número de processos sobrestados em janeiro de 2018 (407.280 processos). O TJSP era o tribunal com maior número de processos sobrestados sobre sua jurisdição, em 1º e 2º grau (536.241 processos). A repercussão geral e o recurso repetitivo, até por serem anteriores aos CPC/2015, eram os institutos aos quais estavam vinculados o maior número de processos sobrestados (2.181.270 processos, 92,6% do total de processos sobrestados em janeiro de 2018).
272. Sobre o tema, confira-se: Asperti (2018); Francisco (2018).
273. Ressalta Silva (2018, p. 140): “A litigiosidade, nesses casos, possui origem comum, derivada da atuação regional ou mesmo nacional de órgãos de estado ou empresariais, o que levaria a uma outra hipótese para explicar a percepção da litigiosidade: o fenômeno que se tem identificado como ‘judicialização em massa’, ‘litigância de massa’ ou repetitiva seria, na verdade, consequência de políticas centralizadas e de amplo espectro; práticas ou políticas governamentais ou empresariais ‘de massa’ que, segundo os demandantes, violariam seus direitos. Seriam, alegadamente, ‘violação em massa de direitos subjetivos’, menos do que ‘litigância de massa’ ou ‘litigiosidade repetitiva’”.

A observação do perfil dos litigantes em cada caso concreto e do modo como a legislação e a jurisdição (des)consideram a questão da falta de isonomia revela a aptidão para neutralizar ou potencializar os efeitos das desigualdades que comprometem a justiça que se busca por meio do processo.

Silva (2018, p. 174), ressaltando que “[...] o principal desafio das políticas judiciárias no Brasil, em termos de acesso à justiça, não é tanto o acesso ao Judiciário ou à ordem jurídica justa, mas a *desigual distribuição* desse acesso”,²⁷⁴ aponta que a opção de política legislativa do legislador processual brasileiro merece reconhecimento por optar por estruturar o sistema a partir da neutralização das desigualdades.²⁷⁵

Entretanto, o próprio Silva adverte que a efetividade da novel legislação processual em termos de acesso isonômico à justiça depende de um novo olhar para o fenômeno da litigiosidade, diferente do que está presente nos discursos de senso comum, que, para além da perspectiva “de cima para baixo” (*top-down*), mais difundida e familiar, também enfatize a “de baixo para cima” (*bottom-up*),²⁷⁶ seja reconhecendo novas arenas de resolução de disputas,²⁷⁷ seja afinando

274. Com base em autorizada doutrina, alerta o autor: “A ideia original de acesso à justiça, segundo esclarecido, sustenta-se sobre a premissa de que a desigualdade social pode inviabilizar as pretensões de justiça do sistema jurídico (CARLIN, HOWARD; MESSINGER, 1966; GALANTER, 1974, CAPPELLETTI; GARTH, 1978)” (SILVA, 2018, p. 120-121).

275. Nesse sentido, Silva (2018, p. 174) aponta: “A adesão das leis processuais a essa missão é uma opção de política legislativa, evidentemente. Os exemplos variam desde uma menção retórica no bojo das justificativas até uma estruturação completa de suas técnicas. [...] O legislador brasileiro felizmente reconhece essa sua incumbência. As exposições de motivos dos códigos anteriores fazem menção às características da Justiça brasileira e o código atual se reconhece potencialmente ‘mais justo, porque mais rente às necessidades sociais’ [...]. Esse é um passo fundamental para que o sistema se estruture a partir da neutralização das desigualdades que comprometem o escopo de justiça e merece o devido reconhecimento”.

276. Mencionando Sandefur (2008), Silva (2018, p. 121) descreve tal perspectiva: “Neste estudo, a seleção dos dados e a estrutura da exposição são adaptados para privilegiar o que Sandefur (2008) chamou de perspectiva *bottom-up* (de baixo para cima) de análise do acesso à justiça: ênfase em dados sobre disputas e litigantes, em detrimento dos dados sobre estrutura e funcionamento do sistema (v. cap. 1). Serão privilegiados os dados sobre a natureza das demandas judiciais, o perfil dos conflitos e dos litigantes, as preferências dos atores do sistema quanto ao uso de diferentes instrumentos processuais e a estrutura e movimentação judiciária”.

277. Após ressaltar que o desenho dos métodos e técnicas de resolução de disputas pode ser feito tanto no âmbito de instituições oficiais instituídas como no âmbito da própria sociedade, Silva (2018, p. 172) aponta para a complementariedade entre tais esferas e para a necessidade de articulá-las: “Ambas perspectivas oferecem caminhos válidos e não necessariamente excludentes. Pela perspectiva ‘de cima para baixo’ (*top-down*), que nos é mais familiar, o direito processual trabalha na construção de instrumentos e órgãos formais, geralmente no âmbito do Estado. Pela ‘de baixo para cima’ (*bottom-up*), a lei processual precisaria investir em mecanismos de articulação entre os sistemas social e judicial formal de resolução de disputas – o que passa, por exemplo, por concordar que existem etapas prévias de resolução de disputas e optar por não as regular expressamente

a sintonia entre os mecanismos processuais e o perfil da litigância no Brasil.²⁷⁸

De fato, as reformas do sistema de justiça tendentes à ampliação do acesso à justiça devem ter em conta não somente a litigiosidade manifestada (no Poder Judiciário e nas demais portas do sistema), mas também as litigiosidades latente e contida. A jurisdição estatal e o processo judicial, porque de natureza técnica, tendem a intensificar a desigualdade entre os litigantes, privilegiando aqueles com mais experiência e recursos, isto é, exponenciando as vantagens dos litigantes habituais sobre os litigantes eventuais, ou dos *repeat players* sobre os *one shooters* na conhecida taxonomia de Galanter.

O total da população custeia o Poder Judiciário, que, embora formalmente a todos acessível, é intensamente dominado por poucos litigantes habituais, mais preparados para disputar tal arena do que os muitos litigantes eventuais. Daí se afirmar que o Poder Judiciário é muito utilizado por poucos e pouco utilizado por muitos. No ponto, Sadek, Lima e Araújo (2001b, p. 40-41) sustentam:

[...] defrontamo-nos com uma situação paradoxal: a simultaneidade de demandas demais e de demandas de menos: ou, dizendo-o de outra forma, poucos procurando muito e muitos procurando pouco. Assim, o extraordinário número de processos pode estar concentrado em uma fatia especial da população, enquanto a maior parte desconhece por completo a existência do Judiciário, a não ser quando é compelida a usá-lo, como acontece em questões criminais. Desta forma, a instituição seria muito utilizada exatamente por aqueles que sabem tirar vantagens de sua utilização [...]. Tornou-se lugar comum afirmar que sem uma Justiça acessível e eficiente coloca-se em risco o Estado de Direito. O que poucos ousam sustentar, completando a primeira afirmação, é que, muitas vezes, é necessário que se qualifique de que acesso se fala. Pois a excessiva facilidade para um certo tipo de litigante ou o estímulo à litigiosidade podem transformar a Justiça em Justiça não apenas seletiva, mas sobretudo inchada. Isto é, repleta

ou, mais explicitamente, criar dispositivos específicos para articular o fluxo integrado da solução do conflito”.

278. Descrevendo sua hipótese de pesquisa, Silva (2018, p. 175) aponta: “[...] a nova legislação processual brasileira, a par de oferecer um repertório de novos mecanismos capazes de instituir um novo modelo processual, tem baixa correspondência ao nosso perfil de litigância judicial, desigual e concentrado em alguns atores. Há, no discurso legislativo, uma compreensão equivocada do fenômeno da ‘litigiosidade’, o que dificulta a sua regulação normativa e compromete a própria efetividade da nova legislação, sobretudo em termos de acesso à justiça”.

de demandas que pouco têm a ver com a garantia de direitos – esta sim uma condição indispensável ao Estado Democrático de Direito e às liberdades individuais.

A ideia de que todos pagam, mas poucos utilizam – e ainda, muitas vezes, de forma oportunista e predatória –, reflete a má distribuição do uso desse serviço (de justiça) e a “tragédia do acesso”. Ao instituir mecanismos de controle da litigiosidade judicial, equacionando condicionantes ao acesso (como tempo, custo, previsibilidade, informação, participação etc.), a lei processual aponta qual tipo de acesso (legítimo ou ilegítimo) irá admitir e está, em última análise, espelhando a complexa decisão que determina quais litígios devem ocupar a agenda do Poder Judiciário e quais terão que ser resolvidos em outras arenas. Em outras palavras, a promoção do acesso isonômico à justiça é muito mais uma *escolha política* do que propriamente jurídica ou de capacidade estrutural.²⁷⁹

Sadek, analisando o sistema de justiça em 1999, já destacava, com base em dados oficiais então disponíveis, que quanto mais eficiente fosse para compor este ou aquele tipo de conflito, mais procurado era o Poder Judiciário para resolvê-lo.²⁸⁰ A autora também já ressaltava que a falta de eficiência nesta ou naquela questão igualmente estimulava a procura pelo Poder Judiciário por aqueles que adotavam a estratégia de se valer exatamente de sua ineficiência para ganhar tempo na resolução de suas disputas.²⁸¹

279. Apontando os reais desafios das políticas judiciárias, Silva (2018, p. 138) ressalta: “Em terceiro, ainda não temos muita clareza sobre os fatores que levam o brasileiro a litigar judicialmente. Os dados recentes sugerem alterações no volume total de processos sem uma razão específica aparente. Em 2015, por exemplo, a quantidade de processos entrados sofreu uma retração de 4,2%, seguida de aumento da ordem de 5,6% no ano seguinte (CNJ, 2016; CNJ, 2017). Na teoria, o que desencadeia pedidos de intervenção judicial são os comportamentos das pessoas em relação a seus *direitos* e em relação a suas *obrigações*. A grande questão é, e sempre foi, diferenciar, dentre esses, os legítimos e os ilegítimos. Em um ponto da cadeia social, há aqueles que não demandam seus direitos quando poderiam e que deixam de oferecer resistência quando isso seria legítimo. Em outro ponto, há aqueles que demandam direitos que sabidamente não têm ou que resistem injustificadamente a demandas legítimas de direitos. O desafio imposto às políticas judiciárias não é, portanto, a de controlar a demanda por direitos conforme o que o sistema pode receber, mas a de saber quais desses tipos de comportamento ele tem admitido e quais ele deve admitir. Em última análise, não é apenas uma questão de capacidade estrutural, mas de opção política”.

280. Atesta Sadek (1999, p. 10): “Em outras palavras e resumindo: os dados oficiais revelam que o Judiciário é mais procurado exatamente para arbitrar aquelas questões em que sabidamente sua resposta é mais eficiente e mesmo imprescindível; e é menos procurado precisamente quando se trata de solucionar problemas para os quais sua eficiência tem sido muito baixa. [...] Ou seja, o ideal de uma justiça eficiente e igual para todos está menos distante da realidade quando se trata de questões para as quais o judiciário está mais equipado e vem demonstrando maior eficiência”.

281. Nesse sentido, Sadek (1999, p. 11) ressalta: “Por fim, não se pode descartar a hipótese segundo a qual para alguns setores da população é exatamente a falta de eficiência da justiça que estimula a

Em não se considerando – seja na práxis, seja no ensino jurídico – todas as principais condicionantes do acesso à justiça e as peculiaridades da (concentrada e desigual) litigiosidade brasileira corre-se o risco de se reverberar intraproceto as abismais desigualdades extraproceto, ampliando-as ao invés de se combatê-las.²⁸² A qualidade dessa decisão política – sobre promover ou não uma justiça mais distributiva do que corretiva – pode ser diretamente influenciada por uma boa governança.

O retrato da litigiosidade brasileira aqui esboçado (a partir das ilustrações, dados e argumentos da doutrina) revela seus paradoxos e permite inferir: a) o aperfeiçoamento da técnica processual, voltado tradicionalmente para a solução adjudicada, beneficia uma parcela reduzida da população que consegue reconhecer violações aos seus direitos, imputar responsabilidade ao violador, reivindicá-los perante o Poder Judiciário e nele competir; b) quanto mais informação/educação/participação e quanto mais confiável e eficiente o Poder Judiciário, menores as litigiosidades latente e contida e maior a mobilização pela efetivação de direitos; c) quanto mais asoberbado o Poder Judiciário, mais propício o cenário para as estratégias dos litigantes habituais terem êxito e menores as possibilidades de sucesso dos litigantes eventuais e de diminuição das desigualdades

sua procura. Isto é, como se sabe que a justiça é lenta, muitos preferem transferir para o judiciário a solução de suas disputas, uma vez que, desta forma, ganham tempo. Questões que envolvem dívidas e trabalhistas representam os melhores exemplos para o exame desta hipótese”. Passados vinte anos, pesquisadores da Universidade de São Paulo (CNPJ, 2019d, p. 16), em avaliação empírica do uso da mediação e da conciliação, apontaram, no mesmo sentido, que: “As observações de Castelar (2009), entretanto, levam à conclusão de que nem todas as empresas entendem como negativa essa lentidão. Causas podem ser iniciadas com o intuito de proteger direitos, mas também por má fé, explorando-se o mau funcionamento do sistema. Tribunais lentos (ou imprevisíveis) estimulam as partes a litigar em casos injustificáveis. Empresas financeiramente fortes usam o mecanismo de liminares para prejudicar as mais fracas, de modo a forçar soluções que lhes sejam mais favoráveis. Empresas deixam de pagar tributos para conseguirem liquidez e pagarem na justiça com prazo bastante dilatado. A morosidade da justiça brasileira, portanto, não se mostra completamente prejudicial às empresas”.

282. Silva (2018, p. 125-126) arremata: “Conjugados, esses dados renovam as hipóteses para explicação da litigiosidade no Brasil. Em primeiro, o fenômeno pode não ser tão amplo e enraizado na cultura brasileira como se tem afirmado, uma vez que a taxa de envolvimento em conflitos de menos de 10% da população não pode ser considerada alta – sobretudo diante da complexidade das sociedades contemporâneas somada, no nosso caso, ao alto grau de desigualdade. Em segundo, parece válida a relação entre litigiosidade formal, conhecimento sobre direitos e exercício de atividade econômica, o que sugere que seu aumento é uma consequência natural de estágios mais avançados de desenvolvimento. No Brasil, o envolvimento formal em conflitos é maior entre pessoas no ápice da atividade econômica e com grau maior de escolaridade. Em terceiro e nada menos importante, o acesso à justiça no Brasil reproduz a desigualdade que caracteriza a sociedade brasileira. A litigiosidade cível parece relacionada à maior renda e escolaridade e a criminal, à cor e menor renda”.

sociais reproduzidas intraproceto, restritas a episódicas decisões contramajoritárias; d) embora as soluções negociadas demandem, em regra, menores custo, tempo, formalidade e autoridade e melhor preservem as relações sociais subjacentes aos conflitos, é grande ainda a aversão à adoção dos métodos consensuais; e) uma diminuição do acesso ao Poder Judiciário para os litigantes habituais por meio de (re)equilíbrios dinâmicos das principais condicionantes ao acesso (tempo, custo e previsibilidade) pode ampliar a adoção dos meios alternativos de resolução de disputas; e f) uma melhor distribuição do acesso à justiça, tal como concebido nesta pesquisa, requer uma decisão política, cuja qualidade pode ser diretamente influenciada por uma boa governança.

2.1.2 O gigantismo (e limitações) do Poder Judiciário, outro *player* do sistema de justiça

A busca pela eficiência do processo e da máquina judiciária muitas vezes coloca de escanteio, inadvertidamente, a busca pela redução das desigualdades e pela distribuição de justiça social, fontes históricas de legitimação do Direito e do próprio sistema de justiça.

A escassez de acesso à justiça decorre da ineficiência não de um só Poder, mas de todos os *players* do sistema de justiça. A crise de eficiência do Poder Judiciário, protagonista desse sistema, todavia, é a mais alardeada. Os acertos e desacertos do Poder responsável pela jurisdição, por dizer o direito no caso concreto, por resolver lides e dissuadir conflitos, por pacificar com justiça, por prover segurança jurídica – fundamental para o desenvolvimento econômico e social do País – são apontados desde os anos de 1990.²⁸³

Dentre os avanços obtidos a partir da criação do CNJ em 2005,²⁸⁴ destaca-se a produção e publicação de dados sobre o Poder Judiciário

283. Dentre as referências desta época, confira-se: Sadek e Arantes (1994); Zaffaroni (1995); Vianna *et al.* (1999); Sadek (2001a). Um mapeamento dos trabalhos sobre o sistema de justiça brasileiro pautados por metodologias empíricas, com ênfase nos produzidos nas décadas de 1990-2010, pode ser encontrado em: Sadek e Oliveira (2012). Ainda sobre a produção neste período sobre o tema, Marcellino Junior (2018, p. 235) recorda: “O diagnóstico sobre os problemas de funcionamento do Poder Judiciário já havia sido estabelecido na década de 90 do século XX pelo Banco Mundial, algo que foi detalhado no Documento Técnico nº 319, no sentido de reconhecer que aquele Poder precisava de um ‘choque de gestão’ voltado à eficiência e à rapidez no trâmite das ações”.

284. O CNJ é órgão administrativo-constitucional que integra o próprio Poder Judiciário, nos termos do art. 103 da Constituição Federal. Apresenta composição política e híbrida, capaz, em tese, de