

As Custas Judiciais como Mecanismo de Desincentivo à Litigância Abusiva

Autoria: Fernanda Elisabeth Nöthen Becker, Alexandre Morais da Rosa

RESUMO: Este ensaio teórico busca expor a concepção das custas judiciais como mecanismo de desincentivo à litigância abusiva. O debate acerca das custas judiciais no âmbito do Conselho Nacional de Justiça não tem adotado a perspectiva dos incentivos e oportunismos que o atual modelo gera. O viés de análise considera ideal a menor taxa possível como meio para garantia do acesso à justiça. Tal premissa, no entanto, desconsidera que o Poder Judiciário é um recurso escasso rival, e que garantir a entrada a preços módicos ou inexistentes garante acesso pleno apenas em teoria. Esse cenário, somado à pródiga concessão da justiça gratuita é fator de asoberbamento e desincentivo a litigantes legítimos demandarem. Ainda, é a parcela mais informada da sociedade que costuma litigar, de modo que a discussão do preço da taxa das custas não garante o acesso aos menos favorecidos economicamente, mas um melhor mecanismo de distribuição dos recursos e de coibição da exploração sim. Ainda, o entendimento corrente acerca das custas judiciais enquanto taxa implicaria esforços em quantificar o preço real dos serviços judiciários, mas o panorama de cobrança se dá conforme o valor da causa. As custas judiciais são taxas e, como tal, tributos de responsabilidade de recolhimento do Poder Judiciário. Assim, a fixação de valor muito aquém dos custos reais do serviço, assim como a não cobrança das custas sem comprovação efetiva da carência econômica representariam conduta equivalente à renúncia indireta de receitas: condutas que, ainda que de boa-fé, ocasionam a concessão inautêntica de recursos públicos.

Palavras-chave: custas judiciais; acesso à justiça; justiça gratuita; renúncia indireta de receitas.

Introdução

A perspectiva que se quer demonstrar é a legitimidade e possibilidade da utilização das custas judiciais como mecanismo inibitório da litigância abusiva (habitual e frívola). A par disso, pretende-se esboçar que o panorama da discussão nacional acerca das custas judiciais, em tramitação no Conselho Nacional de Justiça, não aborda a concessão inautêntica de recursos públicos mediante taxa insuficiente (não aproximada dos custos reais do serviço) ou concessão indevida de gratuidade judiciária, sugerindo-se que tal atitude pode ser equivalente à renúncia indireta de receitas. No plano geral da distribuição de recursos públicos, o Poder Judiciário é mantido com os tributos de todos; a coletividade, assim, financia cada demanda que adentra o sistema judiciário, de modo que a discussão se torna legítima, na perspectiva de melhor distribuição dos recursos escassos do sistema judiciário. O que se quer suscitar é que o atual estado de discussão das custas judiciais, seu *quantum* e sua cobrança podem se constituir de mecanismo democrático de equalização do acesso à justiça, de modo a inibir a litigância abusiva e oportunismo. A par disso, o Conselho Nacional de Justiça apurou em relatório do perfil de fixação das custas no país que os estados mais ricos da federação possuem os valores mais baixos de custas judiciais. O assunto tem reflexos na questão do acesso ao judiciário, panorama em que o discurso predominante apenas aborda o aumento da estrutura judiciária como solução, desconsiderando a escassez de recursos – este,

um problema fundamental da economia, daí a aproximação com a análise econômica do direito. De maneira transversal, os dados serão analisados no caso do Poder Judiciário de Santa Catarina em virtude de estudos realizados nos autos administrativos 30515/2016; não obstante, conforme estudos do Conselho Nacional de Justiça, o Estado não destoaria da situação das demais unidades federativas.

Desenvolvimento

Todos estão financiando o acesso à justiça mediante a tributação, de modo que cada litígio individual deve ser passível de critérios – daí se falar na categoria dos litigantes abusivos, os habituaisⁱ e os frívolosⁱⁱ. Nesse sentido, quando se fale que acesso à justiça não deve ser criterioso se está aceitando que todos financiem aventuras jurídicas incentivadas pela possibilidade da gratuidade ou custos insignificantes; nesse sentido, não se pode conceber que demandas oportunistas, incentivadas pela gratuidade ou modicidade nos custos sejam suportadas por todos. Problema similar é o da concessão isolada de medicamentos e tratamentos de alta monta, em desfavor de uma grande maioria que perece por conta dos gastos exorbitantes em demandas individuais. É a equalização correta de recursos escassos que legitimam a discussão.

A base teórica de análise é a perspectiva descritiva da Análise Econômica do Direito, que pode elucidar a repercussão do Direito no mundo real dos fatos, bem como analisa como as noções de justiça se comunicam com conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e bem-estar (Salama, 2017). A perspectiva adotada, da Análise Econômica do Direito, é a de conceber as leis “como incentivos para mudar o comportamento – isto é, como preços implícitos – e como instrumentos para atingir objetivos de políticas públicas (eficiência e distribuição).” (Salama, 2017).

A análise econômica do Direito fornece visão para compreensão do excesso de litigância, com destaque à consideração que se dá à questão dos estímulos econômicos que se possa ter para ingressar com ação, sem que lhe seja custoso. A teoria processual tradicional não oferece mecanismos de controle do excesso de litigância que essa ausência de custos gerará, especialmente nos casos de abusividade (Marcellino Junior, 2016).

Como ilustração, em palestra no Tribunal de Justiça recentemente, o presidente da Associação Brasileira de Jurimetria relatou que no Poder Judiciário de São Paulo foi verificado que os bairros onde se concentrava a ampla maioria dos pedidos de gratuidade judiciária eram bairros reconhecidamente habitados por pessoas de alto poder econômico. O caso da concessão da gratuidade é um dos aspectos do atual estado de asoberbamento e utilização quase que inconsciente dos recursos públicos.

Nesse sentido, dado que a morosidade é provocada em grande medida pelo excesso de ações em relação à estrutura disponível, o elastecimento na cobrança das custas judiciais que são devidas representa um incentivo a mais para a litigância predatória (abusiva). O raciocínio é – porque não interpor ação ou recurso se é “grátis”, se os preços são módicos, ou se a obtenção da gratuidade em qualquer caso é fácil. Esse cenário coopera para os demandados habituais, para os devedores, pois favorece o descumprimento de obrigações – a morosidade, aliada ao custo quase zero para litigar incentivam esse descumprimento, pois a obrigação de reparação é remota e demorada.

A atual conformação do acesso ao Poder Judiciário não atinge uma regulação eficiente: a situação atual prejudica os litigantes legítimos, e os desincentiva a procurar o Judiciário em face do asoberbamento. Os litigantes abusivos, então, são o grupo mais beneficiado pelo estado de coisas: em grande medida eles são os demandados, de modo que são os grandes interessados na morosidade, ineficiência e demora no cumprimento das decisões judiciais. Neste último quesito, o resultado é trágico: a garantia do duplo grau de

jurisdição derrota a garantia da prestação jurisdicional célere, e o abarrotamento das instâncias decisórias superiores gera asoberbamento que impede a eficiência da prestação a fim de garantir a celeridade. Essa realidade justifica a regulação por meio das custas judiciais, de modo que seja mais caro ascender em busca de modificação da decisão do juiz do caso.

Como mencionado, a questão do cumprimento efetivo das decisões judiciais tem transformado o Poder Judiciário em balcão de rolagem de dívidas. O amplo acesso à justiça sem uma política de custos invariavelmente acarretará o que se chamou de “acesso inautêntico”: o mero ingresso de uma demanda não é garantia de acesso efetivo (Marcellino Junior, 2016). Estudos do CNJ [Conselho Nacional de Justiça] (2012) apontam como um dos focos principais do problema o fenômeno da litigância repetitiva, cujos maiores demandantes ou demandados são os setores público, bancários e de telefonia. As proporções dessas demandas massivas encontram fundamento na pluralidade de ofensas por parte de agentes econômicos a direitos nas relações de consumo, medicamentos e a correlata deficiência do setor regulatório competente; quanto ao setor público, destacam-se as ações de executivo fiscal.

Daí se falar que esses litigantes habituais consomem grande parcela da máquina judiciária, ao lado também dos litigantes frívolos, que constituem os oportunistas do sistema. Nesse contexto, o litigante legítimo (eventual) é prejudicado. A ausência de custos significativos para a litigância habitual e frívola, somada à prodigalização na concessão da assistência judiciária gratuita é um dos grandes motivadores de comportamentos oportunistas, recursos protelatórios, ações frívolas, bem como o próprio uso do Poder Judiciário como forma de prolongamento de disputas e dívidas (Salama, 2014).

Uma nova forma de abordagem do problema, segundo a análise econômica do direito atende, ainda, ao planejamento estratégico do CNJ e TJSC 2015-2020, que destaca “a proposição de inovações legislativas, a criação e aplicação de mecanismos para penalizar a litigância protelatória”, formalizado na Resolução CNJ n.º 198, de 1º de julho de 2014.

O Banco Mundial emitiu o Documento Técnico n.º 319, que atribuiu grande fator do propalado risco Brasil ao Poder Judiciário. Esse Documento condicionou, ainda, o atual modelo de gestão do Judiciário, fundado na diretriz da eficiência e estabelecimento de metas, a fim de promover a celeridade nas respostas às demandas judiciais. A sintomática da morosidade, portanto, foi atribuída principalmente a questões internas, de modo que as recomendações estipuladas visaram aspectos de administração e gestão do Poder Judiciário apenas. Embora tal quadro inspire olhares localizados, não se trata de problemática relacionada unicamente ao funcionamento e gestão da Justiça.

No entanto, esse foi o foco da realização do I Pacto pelo Judiciário, assinado em dezembro de 2004, cujo objetivo declarado era o de organizar as instituições públicas em favor de um Judiciário mais rápido e republicano. O acordo admite que o fator lentidão retarda o desenvolvimento nacional, desestimula investimentos, propicia a inadimplência, gera impunidade e solapa a crença do cidadão no regime democrático (Gico Junior, 2012).

A morosidade judicial, causada também pelo excesso de ações, é o problema maior do Poder Judiciário. Desde sua criação, o Conselho Nacional de Justiça opera no sentido de determinar cumprimento de metas de gestão para redução da morosidade. Não por outra razão a apuração do Justiça em Números existe. No entanto, os recursos são finitos e a demanda, infinita. A dizer, por mais que se aumente a estrutura, esta nunca fará frente à demanda. As iniciativas do CNJ não modificaram a situação.

Apesar do diagnóstico, não constam dados ou estudos prévios que motivem ou informem as razões ou causas dessa crise – não há um único dado mencionado no referido documento ou diagnóstico oficial. Cinco anos após o primeiro acordo, um novo pacto foi celebrado entre os Poderes, cujo objetivo também era o de um sistema mais acessível, ágil e efetivo. Entretanto, enquanto o primeiro Pacto fazia referência ao problema da morosidade, o

segundo optou por “fortalecer a proteção aos direitos humanos, a efetividade da prestação jurisdicional, o acesso universal à Justiça e também o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça”. Assim, ignorando-se a falta de solução para o congestionamento e excesso de demandas, concentraram-se esforços em formas de incentivar mais demandas por segmentos considerados excluídos desse serviço público (Gico Junior, 2012).

De fato, mesmo a pesquisa efetuada pelo Conselho Nacional de Justiça “Perfil da fixação de custas judiciais no Brasil e análise comparativa da experiência internacional” (2010) apenas destaca a necessidade de ampliação do acesso à justiça, sem abordar a necessidade de estipulação dos custos reaisⁱⁱⁱ do processo, que deveriam ser arcados pelos maiores litigantes. Na sequência será analisado o caso do Estado de Santa Catarina, mas não é isolado do restante das unidades federativas. Destaca-se o gráfico da página 18 do relatório, que Santa Catarina aparece como o penúltimo estado com menor valor de custas para uma causa de R\$ 2.000,00. E para causas acima de R\$ 20.000,00 Santa Catarina é o terceiro menor preço (gráfico da p. 19). Para causas de outro valor Santa Catarina varia praticamente na mesma posição, quarto, terceiro lugar dentre as menores – o próprio relatório conclui que “observa-se que Distrito Federal, São Paulo e Santa Catarina mostram-se como os Estados que adotam valores mais baixos para as custas e taxas judiciárias.” E que Santa Catarina pratica o valor médio de R\$ 500,00 (gráfico p. 22). Veja-se que os três estados que praticam os valores mais baixos têm o PIB e índice de desenvolvimento humano mais alto do país, segundo o gráfico 8 da p. 24 do relatório indica, sendo Santa Catarina apenas suplantada pelo Distrito Federal no índice IDH; já no gráfico do PIB de fl. 25, Santa Catarina é o 5º maior PIB do país – com destaque de que o estudo é de 2010. Já o gráfico 10 da fl. 26 traz interessante indicativo – no quesito de “percentual de pobres nas UFs”, Santa Catarina desponta como o Estado com o menor número de “pessoas pobres” nos termos do relatório. Mais adiante, o Relatório pondera, à p. 39, que “não há como negar que o recolhimento de custas, mesmo por aqueles que podem suportá-las, constitui fator de inibição à atuação dos litigantes perante a justiça”. Outra conclusão relevante está à p. 42: “A sistemática da cobrança das custas nas UFs parece constituir incentivo para a interposição de recurso de apelação. Os valores de custas praticados na segunda instância são consideravelmente inferiores aos cobrados no primeiro grau”.

Conforme o relatório do Justiça em Números 2017, ano base 2016, o Poder Judiciário de Santa Catarina é o 3º dentre os tribunais de médio porte que mais gasta com assistência judiciária gratuita^{iv}. Não somente isso: o TJSC se mantém na 3ª posição de maior gasto com assistência judiciária gratuita em relação aos seus habitantes. Nos tribunais de seu porte, é o que mais gasta em proporção aos habitantes. Em relação às despesas da justiça, com um percentual de 1,31%, o TJSC é o terceiro tribunal estadual com maior gasto em assistência judiciária gratuita. Considerando apenas os tribunais de seu porte, o TJSC é o primeiro neste indicador, seguido por TJGO (1,2%), TJPA (0,21%), TJDF (0,04%), TJPE (0,03%), TJBA (0,02%) e TJCE (0,02%).

Ademais, outros dois Estados da região sul também apresentam indicador muito inferior ao verificado em Santa Catarina: 0,46% no TJRS e 0,02% no TJPR. Na soma dos TJs, esse indicador é de 0,48%. Isto é, o TJSC está bem abaixo do índice obtido pela soma dos dados dos TJs. Assim, em comparação com os indicadores dos demais TJs, Santa Catarina apresenta um elevado gasto com assistência judiciária gratuita em comparação com o total das despesas.

Esse dado, porém, é revelador se confrontado com os últimos indicadores sociais do Estado de Santa Catarina^{vi} em relação aos demais Estados da Federação: Santa Catarina é o 1º lugar no *ranking* nacional com menor desigualdade de renda (índice Gini); o 1º lugar com os melhores índices nos seguintes indicadores: trabalho informal; mortalidade infantil, IDEB EF

II, taxa de desemprego, expectativa de vida, pobreza; é o sexto maior PIB do Brasil, o quarto maior PIB per capita do país, o terceiro maior IDH-M e o Estado com menor desigualdade de rendimentos.

O fato de o Estado de Santa Catarina despontar em 1º lugar no cenário nacional com melhor índice de distribuição de renda, pobreza, e possuir o 4º maior PIB per capita do país e o 6º maior PIB geral é sintomático em relação à concessão de assistência judiciária gratuita. Essa gratuidade está atrelada à manifestação de riqueza (ou ausência) do jurisdicionado; o fato de o PJSC figurar em 3º lugar dentre os Tribunais que mais gastam com a gratuidade (conforme o último relatório público Justiça em Números do CNJ) demonstra que o número de concessões é discrepante com os índices de riqueza.

Não se desconhece a relação existente entre índice de riqueza e instrução de uma população e a taxa de litigiosidade, uma vez que o grau de informação, e o acesso a ela é elevado. Contudo, o que se quer demonstrar aqui não é que a litigiosidade seja alta, mas o paradoxo consistente no fato de que a concessão de assistência judiciária gratuita não poderia ser elevada diante do índice de igualdade de distribuição de renda e de riqueza dos habitantes de Santa Catarina, e este é um exemplo.

Desse modo, percebe-se que há uma grande diferença em indicadores que deveriam ter forte correlação. Isto é, com excelente classificação em produção, distribuição de renda e IDH-M, o Estado de Santa Catarina não poderia estar tão mal classificado nos indicadores de concessão de assistência judiciária gratuita – o que indica superexploração do benefício da gratuidade, a saber, a prevalência da gratuidade inautêntica.

O acesso à justiça inautêntico vai ocasionar rivalidade entre as ações, gerando cada vez mais acúmulo. O enfrentamento do tema até então, (Gico Junior, 2012) além de não manter o foco na busca das causas, desconsidera que existe um ponto de equilíbrio que deve ser buscado. Isso porque mesmo o funcionamento ótimo do sistema provocará mais e mais utilização, aumentando o valor da demanda. Há um efeito compensatório. As recentes políticas públicas direcionadas única e exclusivamente à ampliação do acesso ao Judiciário (reformas cujo objetivo declarado é apenas reduzir o custo de litigar), sem qualquer alteração das demais variáveis da condição de litigância, aumentam o número de litígios.

Entretanto, em um Judiciário já sobrecarregado, se, por um lado, o aumento do número de litígios constitui um legítimo exercício da cidadania, por outro, contribui ainda mais para a morosidade judicial e, assim, o tempo necessário para resolução de um litígio qualquer aumenta, o que, por sua vez, reduz o valor presente da demanda para o titular do direito, em outras palavras, o incentivo isolado à litigância pela redução de custos de litigar (acesso ao Judiciário) induz à morosidade que reduzirá a utilidade real dos direitos. Não somente isso: um grupo marginal de usuários potenciais do Judiciário deixará de usá-lo para fazer valer seus direitos, porque não compensará acionar, o que é um resultado oposto ao inicialmente pretendido com a política de acesso ao Judiciário (Gico Junior, 2012).

A abordagem não tem resolvido o problema. A causa não é apenas questão de administração e gestão. Por exemplo, nos Estados Unidos há muito já se constatou que, ao se conceder direito de ação a qualquer um, mesmo sem demonstração preliminar de haver dano, a consequência seria o sobrecarregamento do sistema judicial, levando a sua derrocada (Gico Junior, 2012). Outra conclusão a que chegaram é que esse é o efeito causado por outros dois fatores: a concessão indiscriminada de assistência judiciária gratuita e o aumento do número de advogados. Ainda, a causa desse congestionamento é explicada pela “Tragédia dos Comuns” (Hardin, 1968): múltiplos agentes têm acesso ilimitado a recursos finitos, o que induz o comportamento inevitável de utilização imoderada, uma vez que é impossível saber se os demais cooperarão e utilizarão apenas o necessário^{vii}.

A tendência, portanto, é que todos usem além do que precisam, na tentativa de garantir um espaço. O fato de indivíduos gozarem de direitos ilimitados na exploração de um bem

finito leva à exploração acima dos níveis sustentáveis, provocando a extinção do recurso (Gico Junior, 2012). Nesse contexto, o Judiciário é um recurso escasso rival – quanto mais é usado, mais difícil é que outros o usem. No entanto, quando um litigante individual decide levar o seu caso aos tribunais, ele leva em consideração apenas seus custos e benefícios privados. O agente não computa o custo social de seu litígio, incluindo o tempo que outras ações mais ou menos importantes, mais ou menos meritórias, terão de aguardar até que seu caso seja decidido. Assim como, por exemplo, um criador de gado, na Tragédia dos Comuns, possui incentivos para colocar quantas cabeças conseguir no pasto comum, os litigantes têm incentivos para acionar o Judiciário enquanto seu benefício individual esperado for maior que seu custo individual esperado. A sua contribuição individual para o congestionamento é substancialmente externalizada (Gico Junior, 2012).

Sob essa perspectiva, a grande questão que se impõe é a capacidade de a administração pública estabelecer uma “alteração em sua estrutura de incentivos”, que é entendida, aqui, como a atual conformação do acesso à justiça no sentido do atual custo para o litigante. A grande implicação do postulado da conduta racional maximizadora dos agentes econômicos – ponderar os custos e benefícios na hora de decidir, visando o maximizar suas vantagens – é que uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha. O que também é uma ideia central no direito, pois o estabelecimento de leis visa desestimular condutas danosas e estimular condutas adequadas. Um escalonamento no patamar das custas para os grandes litigantes habituais, de modo que incentivem a realização de acordos, por exemplo – a fim de que seja invertida a lógica atual que sustenta essa conformação. Uma modificação no atual sistema de recompensas que gere a modificação de sua atuação.

Ainda, a concessão de assistência judiciária gratuita sem lastro na hipossuficiência econômica do requerente, e o baixo valor das custas e preparo não corresponderem ao custo do processo representam, portanto, fatores de incentivo à litigância abusiva (frívola e habitual) e ao descumprimento de obrigações. Não se fale em restrição ao acesso à justiça mediante o aumento no valor das custas porquanto a solução para aquele que não pode pagar já existe no sistema e é amplamente contemplada: a assistência judiciária gratuita, englobada, no Novo Código de Processo Civil no novel termo “gratuidade judiciária”, conforme dicção do artigo 98.

Esses apontamentos se fazem, ao contrário, no sentido de se garantir a assistência judiciária/gratuidade àqueles que efetivamente dela necessitam, zelando pelo correto gasto dos recursos públicos^{viii}, bem assim, pelo recolhimento que é devido ao Poder Judiciário pela utilização do serviço público.

A mera garantia de interposição de ação ou recurso não é acesso à justiça, mas acesso ao Poder Judiciário. A garantia do acesso à justiça compreende a providência final, que reflete no fluxo da vida em determinada sociedade ou nação. A visão que se pretende trazer é a de que o aumento do preparo e a cobrança das receitas legalmente devidas ao Poder Judiciário é um dos pontos da morosidade. E não atentar para a verdadeira atividade arrecadatória que se constitui as custas judiciais e preparo se constitui em conduta equiparada à de irresponsabilidade fiscal. A partir da implementação da cobrança pelos custos que realmente enseja teremos uma diminuição, ainda, na litigância frívola, abusiva, protelatória; ou seja, a parte realmente recorrerá quando efetivamente tiver razão, do contrário, não valerá os custos.

Conforme a Lei complementar 101/00, em seu artigo 11, “constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação”. E a Constituição da República indica, no artigo 24, inciso IV, que compete concorrentemente à União, Estados e Distrito Federal legislar concorrentemente sobre “custas do serviço forense”. Veja-se que a Lei 8.429/92, em seu artigo 10, inciso X, prevê que constitui ato de improbidade

administrativa que causa lesão ao erário o “agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público”, especialmente o inciso II “permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie”. Desde que incumbe ao Judiciário a arrecadação do tributo espécie taxa consistente nas custas judiciais, há que se dar a devida atenção a essa arrecadação, por decisões de política pública que atentem a esse fator.

Nesse sentido, as custas judiciais consistem em taxas devidas pelo uso do Poder Judiciário, e por medida de responsabilidade fiscal há a obrigatoriedade de atuação no sentido de se evitar atuação equivalente à de renúncia indireta de receitas, que começa com a necessidade da conferência do valor da causa indicado pelas partes, dado que o valor da causa é a base para o cálculo das custas devidas; ainda, deve haver rigor na cobrança das custas iniciais, uma vez que as relegar para cobrança final, quando os autos findaram-se depois de trâmite de anos diminui drasticamente, portanto, a chance de localização do devedor, o que implica gastos excessivos.

Ainda, a causa mais importante de renúncia de receita tributária das custas judiciais consiste na não averiguação da capacidade econômica daquele que pleiteia a assistência judiciária gratuita, ou a gratuidade judiciária. Muito embora a Lei 1.060/50 e o novel § 3º do artigo 99 do NCPC estabeleça a presunção de insuficiência com base em mera alegação, a Constituição da República, em seu artigo 5º, LXXIV, dispõe que a assistência jurídica integral e gratuita será concedida para aqueles que comprovarem insuficiência de recursos. Não obstante tal estipulação na Lei Maior, a permissão para que o juiz proceda à verificação dessa capacidade está no artigo 99, § 2º do NCPC, bem como na disposição do artigo 319, II, consistente na informação obrigatória do CPF, que deve constar dos autos e que contém informações a respeito de patrimônio/renda, uma vez que o Cadastro de Pessoa Física constitui-se na identificação do contribuinte perante o sistema da Receita Federal. Ainda, uma vez que o art. 98, § 3º do NCPC determina que as custas do sucumbente que obteve sua gratuidade permaneçam em suspenso, devendo em até cinco anos “o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade”, é condição óbvia que o credor (Poder Judiciário) possa exercer a faculdade prevista neste artigo e ter ferramentas que o possibilitem verificar se deixou de existir a situação de hipossuficiência – uma vez que as custas constituem receita do Tribunal de Justiça.

Não cabe, pois, a alegação de que o Poder Judiciário, credor, não possa ativamente verificar a concessão correta de recursos públicos, a quem de direito, e prova disso é a disposição em comento; quem pode averiguar a situação de insuficiência de recursos em fase final para evitar a evasão de receita, com igual ou mais razão pode averiguar a situação de insuficiência, ou não, quando do requerimento de gratuidade inicial, por questão de lógica.

Outro aspecto que deve ser observado são as novas possibilidades do artigo 98, §§ 5º e 6º, que dispõem que a gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento, e que, conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

Atente-se, ainda, que a isenção apenas permanece sob condição suspensiva de exigibilidade, uma vez que o NCPC prevê que “a concessão de gratuidade [taxas, custas e honorários de advogado] não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência” (art. 98, § 2º), ou seja, “vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob

condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário” (art. 98, § 3º).

A atividade equivalente à renúncia de receitas ocorre, ainda, no valor fixado para o preparo e custas judiciais porquanto não correspondam ao custo do serviço – e, como tributos da espécie taxas, essa ligação deve estar presente. Por aproximação, essa correlação não se dá nos valores cobrados para custas e preparo no país, dado que, a partir dos dados do relatório Justiça em Números 2017 do Conselho Nacional de Justiça, o custo de um processo é de R\$ 2.059,44. Isso porque, para se apurar o custo de um processo, tem-se em conta a despesa total por processo baixado, ou seja, por amostragem, em relação aos já baixados, apura-se o custo de tramitação. Esse índice também demonstra que, quanto mais processos baixados, mais houve produtividade – e quanto maior for a produtividade (mais processos baixados), mais barato ficará o custo do processo. Veja-se que o custo apresenta tendência de crescimento. Assim, quanto mais processos baixados, seu custo em relação à despesa diminui, no entanto, a morosidade ocasionada pelo asoeramento provoca despesa crescente (tendência a haver mais contratações, etc), de modo que o asoeramento, o excesso de ações pode ser apontado como uma das causas da elevação do custo do processo.

Note-se que o fato de o processo tramitar eletronicamente não significa que esse trâmite não tenha custos ao Poder Judiciário. É aspecto negligenciado o custo humano que a tramitação eletrônica ainda envolve, bem assim, a estrutura que deve ser mantida a fim de que esse trâmite eletrônico ocorra: há distribuição, alocação em diversas filas do sistema, mobilização de servidores no manejo e impulso processual, e, sobretudo, alocação de tempo cognitivo de servidores do operacional e do jurídico. O trâmite envolve, portanto, na cadeia intermediária e final, trabalho intelectual jurídico, assim como trabalho de análise e impulso na tramitação (sequência de cliques, remessas, juntadas, etc). Veja-se, ainda, o dispêndio de recursos com contrato para acesso à internet, bem como com servidores envolvidos no melhoramento contínuo dos fluxos eletrônicos, bem como os valores que envolvem a manutenção e melhora desse sistema. O fato de não haver autos físicos não significa que o processo não custe, uma vez que a estrutura de servidores ainda deve movimentá-lo e analisá-los, rivalizando com outros processos que poderiam ser mais eficientes. O argumento de que não há custos é ingênuo de desconsidera o desenvolver processual e burocrático, associado, ainda, ao julgamento posterior (confirmando ou reformando).

A Associação dos Magistrados Brasileiros recebeu proposição de magistrado^{ix} que conclui que as custas processuais devem ter uso extrafiscal, como já é feito em outros institutos jurídicos, a exemplo da outorga onerosa do direito de construir e de taxas ambientais, revertendo a parcela extra por uso predatório ao Poder Judiciário: a elevação que deve ser limitada aos dez maiores litigantes privados, que seriam inseridos em uma lista anual e sujeitos a custas majoradas, enquanto permaneçam na referida lista. Isso porque, segundo aponta a referida proposição, observa-se o fenômeno da gradual instrumentalização do Poder Judiciário, especialmente o Estadual, como depósito de contenção das inadequações dos produtos ou serviços de um grupo de companhias privadas. Não obstante integrarem o polo passivo das demandas, o funcionamento irregular ou ilegal de seus serviços é que tem ensejado a litigância massiva.

O quadro se instala, por exemplo, ante a dispensa do pagamento de custas processuais no primeiro grau (Lei 9.099/95, artigo 54), em que essas grandes companhias multibilionárias estão isentas do ônus financeiro do litígio. Não obstante, mesmo quando as custas processuais são devidas, seu valor não é compatível com o fenômeno do uso predatório do Judiciário, dado que produz comprometimento do serviço em graus muito superiores aos módicos valores pagos.

Dessa forma instala-se o uso massivo do Poder Judiciário, cujo ônus representado para esses grandes litigantes é incorporado aos seus ativos como uma espécie de investimento de risco calculado, dado que o custo para corrigir as falhas na prestação dos serviços ou produtos é bastante superior. Os litigantes habituais, assim, consomem grande parte dos recursos públicos mediante o consequente ajuizamento de demandas decorrentes de suas práticas abusivas – as quais se computam nos custos da atividade empresarial como externalidade para a sociedade. Nem mesmo as condenações judiciais cotidianas repercutem de alguma maneira na coibição ou desestímulo desses comportamentos. Tal situação é lucrativa também sob o aspecto de conjuntura: essa utilização massiva torna extremamente morosa a obtenção de justiça nessas relações, desestimulando outros consumidores lesados a ajuizarem ações.

Conclusão

O fenômeno do litigante habitual e frívolo deve ser considerado, e o enorme dispêndio de recursos públicos que acarretam, sob o viés da análise econômica do direito a fim de que se estabeleçam mecanismos de aversão à litigância, bem como mecanismos de aceleração de acordos, com o fito de barrar a subutilização do sistema judiciário e o desperdício dos recursos públicos como hoje se observa. A deficiência da análise e abordagem consiste na desconsideração do mau uso que vem ocorrendo e, mais além, da enorme quantia de valores despendida com aquele litigante que se utiliza do sistema judiciário como meio de protelação de obrigações e como meio de persistência em práticas ilegais.

É imprescindível o uso das custas judiciais para sustento do sistema. Entretanto, como sua fixação se dê com base no valor da causa, não tem qualquer correlação com o custo do serviço, que é o pressuposto legal do tributo taxa de que se constituem. Nesse sentido, a falta de apuração do custo real para sua divisão com os litigantes na medida de seu uso do sistema (onerando os habituais e frívolos) é medida de transparência. Assim, os estudos e discussões no Conselho Nacional de Justiça, assim como os posicionamentos majoritários do Supremo Tribunal Federal tergiversam sobre uma ficção, e o mesmo padrão se espraia nas legislações de custas estaduais.

Ainda, conclui-se que é necessário potencializar a efetividade da cobrança das custas processuais, mesmo as módicas, também mediante a utilização do protesto extrajudicial, com o intuito de modificar a estrutura de benefícios. Por outro lado, é crucial o escalonamento dos valores em patamares diversos de custas, a fim de inibir a litigância habitual e frívola. Isso porque, à semelhança de imposição de multas ou penas, o pagamento de custas, por envolver custo, mostra-se meio eficaz de se impor fator de desestímulo ao acesso à justiça para reclames oportunistas ou condutas ilegais. Diagnosticado o panorama dos litigantes habituais e frívolos como causa do asoberbamento, a imposição de custos diferenciados para os maiores litigantes/demandados apresenta potencial para modificar a estrutura de benefícios, de modo que haja efetivo acesso à justiça para os litigantes legítimos.

Referências bibliográficas

- Conselho Nacional de Justiça (2010). *Perfil da fixação de custas judiciais no Brasil e análise comparativa da experiência internacional*. Brasília, DF.
- Hardin, G. (1968). *The Tragedy of the Commons*. Science v. 162.
- Gico Junior, I. T. (2012). *A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese de Doutorado*. (P. d.-G. Departamento de Economia, Ed.) Brasília, DF.
- Marcellino Junior, J. C. (2016). *Análise Econômica do Acesso à Justiça: a Tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico*. Florianópolis: Lumen Juris.

Conselho Nacional de Justiça (2012). *100 Maiores Litigantes*. Fonte: Conselho Nacional de Justiça: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf

Conselho Nacional de Justiça (2017). *Justiça em Números 2017*. Fonte: Conselho Nacional de Justiça: http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opedoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT

Patrício, M. C. (2005). *Análise Econômica da Litigância*. Coimbra: Edições Almedina S.A.

Morais da Rosa, A. (2016). *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Florianópolis: Empório do Direito.

Salama, B. M. (2014). *O fim da responsabilidade limitada no Brasil: História, Direito e Economia*. São Paulo: Malheiros Editores.

Salama, B. M. (2017). *Estudos em direito & economia: micro, macro e desenvolvimento*. (E. V. EVG, Ed.) Curitiba, PR, Brasil. Fonte: <http://editoravirtualgratuita.com.br/wp-content/uploads/2017/07/obra-completa-estudos-em-direito-economia.pdf>

ⁱ “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 em 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.” (Marcellino Junior, 2016)

ⁱⁱ A litigância frívola pode ser definida como a litigância com baixa probabilidade de êxito provocada pelo queixoso.[...] o queixoso (frívolo) inicia a litigância com um custo reduzido e sabe que irá „ganhar“ algo em acordo, a não ser que o „infractor“ realize um esforço assinalável para a sua defesa.” (Patrício, 2005)

ⁱⁱⁱ Taxa judiciária e custas são espécies tributárias, classificando-se como taxas, resultando da prestação de serviço público específico e divisível e que têm como base de cálculo o valor da atividade estatal diretamente prestada ao contribuinte, pelo que deve ser o valor da atividade estatal referida diretamente ao contribuinte, que deve ser proporcional ao custo da atividade do Estado a que está vinculada, devendo ter um limite, sob pena de inviabilizar o acesso de muitos à Justiça” (STF – ADI MC n. 1772, rel. Min. Carlos Velloso, j. 15.4.1998).

^{iv} (Justiça, Justiça em Números 2017, 2017)

^v Na prática forense, é comum a utilização da gratuidade das custas abarcada no termo “assistência judiciária gratuita”. Traz-se definição célebre de Pontes de Miranda, citado por Marcellino Junior, Julio Cesar. Análise econômica do acesso à justiça: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P. 123: “Sobre assistência judiciária gratuita e justiça gratuita, tornou-se célebre a diferenciação formulada por Pontes de Miranda (2001, p. 383) especialmente no que se refere à natureza jurídica de cada um dos institutos. Segundo referido autor, a justiça gratuita é um instituto eminentemente processual, que atinge as custas do processo e honorários e é requerida perante o magistrado competente para a tramitação e processamento da demanda judicial. Já a assistência judiciária é um instituto de direito administrativo, posto que envolve, além da isenção das custas processuais e honorários advocatícios, a disponibilização, por parte do ente estatal ou paraestatal, de profissional tecnicamente habilitado para a defesa dos interesses judiciais do requerente da assistência judiciária.”

^{vi} Divulgado em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/levantamento-aponta-desempenho-de-sc-em-28-indicadores-de-gestao-estadual.ghtml>.

^{vii} A Tragédia dos Comuns é um tipo de armadilha social de fundo econômico, a qual envolve o paradoxo entre os interesses individuais ilimitados e o uso de recursos finitos. Por ela, se declara que o livre acesso e a demanda irrestrita de um recurso finito terminam por condenar estruturalmente o recurso por conta de sua superexploração.” (Morais da Rosa, 2016)

^{viii} A concessão da assistência judiciária gratuita/gratuidade deve ser autêntica, excluindo-se o atual panorama em que esse uso é inautêntico, uma vez que rivaliza e incrementa a morosidade.

^{ix} Magistrado José Gutemberg Gomes Lacerda (Juiz de Direito no Estado da Paraíba). Disponível em <http://www.amb.com.br/novo/wp-content/uploads/2015/10/Jose-Gutemberg.pdf>. Pág. 4. Acesso em 26.02.2016.