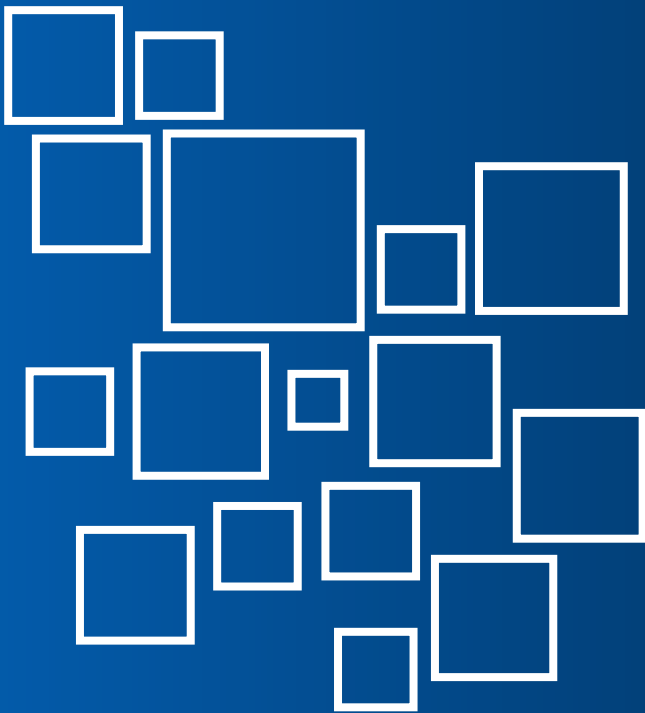


ISSN 1022-4057



Português

English

Español

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW

abde
Associação Brasileira
de Direito e Economia

 **Universidade
Católica de Brasília**


EDITORA
universa

www.ealr.com.br

Economic Analysis of Law Review

De Graça, até Injeção na Testa: análise juseconômica da gratuidade de Justiça

If It's Free Then It's For Me: the law & economics of waiver of fees

Henrique Arake¹

FD-UnB

Ivo T. Gico Jr.²

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

RESUMO

A gratuidade de justiça para os “juridicamente pobres” é um solução possível para garantir o livre acesso ao Judiciário. No entanto, concedida de forma irrestrita, a gratuidade pode induzir à litigância frívola. O presente artigo emprega a Análise Econômica do Direito para analisar a estrutura de incentivos dos agentes privados criada pela gratuidade de justiça e explora suas consequências sociais.

Palavras-chave: Direito Processual, Gratuidade, Análise Econômica do Direito.

JEL: K0, K41

ABSTRACT

The waiver of fees is a possible solution to grant free access to the Judiciary to those who may be unable to pay for it. However, if indistinctly granted, it may lead to frivolous litigation. The present paper explores the Law and Economics of waiver of fees to identify the incentive structure created by litigation gratuitousness and associated social consequences.

Keywords: Procedural Law, Waiver of Fees, Law & Economics.

R: 6/11/13 **A:** 24/2/14 **P:** 3/8/14

¹ E-mail: henrique@arake.com.br.

² E-mail: gico@ghdadvogados.com.br.

1. Introdução

Um dos objetivos do direito processual moderno é democratizar o acesso ao Judiciário, não permitindo que a pobreza seja um empecilho para que cidadãos tenham o direito de ver questões de seu interesse discutidos em juízo, evitando segregações sociais em função da renda. Não por outra razão, o “livre acesso ao Judiciário” foi alçado ao status de cláusula pétrea, prevista no art. 5º, XXXV, da CF/88. Para atender a essa necessidade, o legislador criou ao menos duas maneiras de se litigar sem custas sucumbenciais ou despesas processuais: i) litigar nos juizados especiais ou ii) ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (AJG)³. O presente trabalho explora as implicações estratégicas da AJG.

A AJG foi instituída pela Lei nº 1.060/50, segundo a qual serão beneficiados com isenção de despesas processuais e de honorários sucumbenciais e periciais “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”⁴. Curiosamente, para fazer jus a esses benefícios não há necessidade de comprovar sua situação de “juridicamente pobre”: basta a simples declaração desse fato, sendo ônus da outra parte provar o contrário⁵. Apenas no caso do pedido ser feito de má-fé, pode o beneficiário da AJG ser punido⁶.

A pergunta é, portanto, se, da forma como está estruturada, a AJG viabiliza que pessoas pobres tenham acesso ao serviço público adjudicatório sem incentivar que pessoas juridicamente ricas utilizem indevidamente desse subsídio público ao litígio. Sabendo-se que a função do instituto é beneficiar aqueles que dele necessitam, e evitar a sua concessão àqueles que tenham condições de arcar com os custos de um litígio, discutiremos tanto se sua estrutura legislativa quanto sua aplicação pelo Judiciário estão coerentes com esse objetivo.

Para tanto, na primeira parte do artigo apresentamos a estrutura de incentivos atual. Em seguida, verificamos como alguns tribunais tem aplicado as regras de AJG para, então, apresentarmos nossas conclusões.

2. Estrutura Teórica de Incentivos dos Litigantes

Tradicionalmente, os integrantes da academia jurídica iniciam suas análises partindo do pressuposto de que o direito é composto por normas e seu objeto prioritário de pesquisa é identificar o conteúdo e o alcance dessas normas. A normatividade das regras jurídicas é pressuposta e o instrumental de pesquisa predominantemente utilizado é a hermenêutica. Assim, um jurista tradicional preocupado com a questão processual aqui apresentada poderia discutir se “diminuição de renda”

³ Lembramos, ainda que é possível o empregado ajuizar uma reclamação trabalhista sem o pagamento das custas, que são adiadas para o final do processo e devidas apenas se vier a sucumbir.

⁴ Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

⁴Parágrafo único. Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

⁵ Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

⁶ Art. 4º [...] §1º. Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

integra o conjunto de significados associados à expressão “juridicamente pobre” e, se a resposta for positiva, se pessoas que não são pobres poderiam ter acesso ao benefício da AJG, por exemplo.

Por outro lado, os juseconomistas têm como principal característica considerar o direito enquanto um conjunto de regras que estabelecem custos e benefícios para os agentes que pautam seus comportamentos em função de tais incentivos. Assim, a abordagem juseconômica investiga as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso essa regra seja alterada. Nesse sentido, “a normatividade do direito não apenas não é pressuposta como muitas vezes é negada, isto é, admite-se que regras jurídicas enquanto incentivos – em algum caso concreto – podem ser simplesmente ignoradas pelos agentes envolvidos.” (Gico Jr., 2010, p. 21).

É justamente essa abordagem pragmática do direito como conjunto de normas que podem alterar o comportamento humano que será utilizada para investigar a estrutura de incentivos criada pela AJG. Por outro lado, ao invés de assumir que o direito é o resultado da lei, partimos do pressuposto que o que importa para o agente privado é a regra tal como é aplicada, isto é, o direito como é efetivamente praticado pelos tribunais e não necessariamente como escrito no texto legal (cfr. Gico Jr., 2012, pp. 45 e ss. e 2013a).

Nesse sentido, assumindo-se a racionalidade dos agentes, temos que, ao decidir ajuizar ou não uma ação, um potencial litigante avalia previamente os custos e os benefícios esperados da referida medida judicial. Nos custos, grosso modo, são contabilizados as custas processuais, honorários de advogado, honorários de perito e as despesas sucumbenciais envolvidas, caso a ação seja malsucedida. Nos benefícios são contabilizados não apenas o bem da vida pleiteado, mas os eventuais benefícios extraprocessuais obteníveis, como a satisfação de um desejo de vingança ou uma melhor posição negocial. Essa avaliação é, muitas vezes, intuitiva e sua sofisticação varia com a quantidade de informações disponíveis e com a sofisticação do próprio agente. Dessa forma, a premissa é que a parte que escolhe litigar sopesa os custos e os benefícios esperados de se usar esse mecanismo social de resolução de conflito versus outros mecanismos ou mesmo o abandono do litígio.

Da forma como empregada aqui, essa abordagem segue a tradição dos trabalhos de Landes (1971), Gould (1973), Posner (1973) e Landes & Posner (1976), mas a lógica é há muito conhecida pelos juristas, como demonstra a obra de Ihering (2002 [1872]), na qual ele debate se um indivíduo lesado em seu direito ponderará se deve resistir ou ceder ao seu adversário. Aliás, mesmo quando Ihering afirma que a luta pelo direito envolve não apenas um cálculo de custos e benefícios, mas também “um motivo ideal, a defesa da pessoa e do seu sentimento pelo direito” (2002 [1872], pp. 32-33), ele apenas reconhece que um agente leva em consideração mais do que meramente ganhos e custos financeiros.

Feita essa breve contextualização, podemos modelar o comportamento do agente litigante da seguinte forma. Seja A o autor de um litígio em potencial, denotaremos por U_A o benefício que este espera obter do litígio a um custo esperado $C_{A(\text{total})}$ (tais como as custas iniciais, honorários advocatícios, honorários periciais). Seja R o réu desse litígio em potencial, denotaremos por U_R o retorno esperado desse litígio para o réu (que apesar de ser negativo na maioria das vezes, não o é obrigatoriamente) e por $C_{R(\text{Total})}$ os custos incorridos por este para utilizar o sistema judicial como mecanismo de solução de controvérsia (para resistir à lide). Logo, na eventualidade de um litígio, o retorno máximo do Autor é $U_A - C_{A(\text{Total})}$ e do Réu é $U_R - C_{R(\text{Total})}$.

É certo, entretanto, que esse retorno dependerá das chances de êxito da demanda, pois estará sujeita ao escrutínio do juiz, um terceiro supostamente desinteressado (cfr. Gico Jr., 2013b), que declarará a quem pertence o direito. A percepção subjetiva quanto à probabilidade de êxito do pleito do autor, que chamaremos de P_A , está sujeita a um elemento de incerteza correspondente à sua ex-

pectativa quanto às provas e fundamentos jurídicos que serão apresentados pelo réu e quanto à avaliação do magistrado de todo o conjunto. Nada obstante, qualquer que seja o valor de P_A , postula-se que o autor deduzirá seu pedido caso acredite que os benefícios esperados em fazê-lo superem os custos esperados:

$$P_A \cdot U_A - (1 - P_A) \cdot C_S - C_A \geq 0 \quad [1]$$

onde, C_S são os custos de sucumbência e C_A os custos de ajuizamento de uma ação. O modelo acima nos diz o seguinte: o autor acredita ter uma chance P_A de que sua pretensão será deferida de sorte a obter o benefício U_A . Por seu turno, existe uma chance $(1 - P_A)$ de que venha a sucumbir em seu pedido, sofrendo um prejuízo C_S . Seja qual for o resultado, o autor incorrerá em custos fixos C_A para ajuizar a ação. Dessa maneira, se o resultado esperado da ação, dado pelo benefício esperado $P_A \cdot U_A$ subtraído do prejuízo esperado $(1 - P_A) \cdot C_S$ e pelos custos de ajuizamento C_A , for maior que zero, é racional o ajuizamento dessa ação⁷.

Trabalhando algebricamente a inequação [1], podemos isolar P_A em função das demais variáveis de sorte a podermos concluir que o autor ajuizará uma ação se a probabilidade de êxito que atribuir ao caso for superior à divisão da soma dos custos de sucumbência e de ajuizamento pela soma do benefício esperado com os custos de sucumbência. Assim, podemos dizer que a **condição de ajuizamento da ação** pode ser expressa da seguinte forma⁸:

$$\begin{aligned} P_A \cdot U_A - (1 - P_A) \cdot C_S - C_A &\geq 0 \\ P_A \cdot U_A - C_S + P_A \cdot C_S - C_A &\geq 0 \\ P_A \cdot (U_A + C_S) &\geq C_S + C_A \\ P_A &\geq \frac{C_S + C_A}{U_A + C_S} \end{aligned} \quad [2]$$

Ainda que não pareça, esse modelo traz conclusões coerentes com a intuição, pois, quanto maiores os custos, maior será o numerador do lado direito da inequação [2], que precisará de maiores valores de P_A para que a condição de ajuizamento seja satisfeita. Por seu turno, quanto maior o valor do bem envolvido, maior será o denominador do lado direito da inequação e, conseqüentemente, menores serão os valores de P_A necessários para que a condição de ajuizamento seja satisfeita. Em outras palavras, (a) quanto maior o custo de litigar ($C_S + C_A$), maior a chance de êxito exigida para que seja racional entrar com a ação e (b) quanto maior o ganho associado com a ação (U_A), menor essa probabilidade P_A precisa ser.

Assim, há um universo não desprezível de ações que não serão propostas por não atenderem à condição de ajuizamento representada pela inequação [2]. Por isso, o legislador optou por criar mecanismos para mitigar os efeitos dos custos de litigar ($C_S + C_A$) sobre a decisão de ajuizar ou não uma ação, incluindo a criação de defensorias públicas e o subsídio público ao litígio por meio da gratuidade de justiça, a chamada assistência judiciária gratuita – AJG.

⁷ Obviamente, a existência de um litígio também pressupõe que seja racional para o réu resistir à pretensão do autor, é o que Gico Jr. (2012, p. 115) chamou de **condição fundamental de litigância**, mas isso depende de uma série de fatores, que não serão discutidos no presente artigo.

⁸ A inequação [2] foi discutida, originalmente, em Arake (2012), porém a expressão “**condição de ajuizamento da ação**” somente foi cunhada neste trabalho.

Para se litigar por meio da AJG, temos os seguintes cenários: *i*) litigar pela defensoria pública e em gratuidade de justiça; *ii*) litigar pela defensoria pública, mas sem gratuidade de justiça; e *iii*) litigar por meio de advogado particular em gratuidade de justiça.

Sabendo-se que, para que a defensoria pública patrocine o seu caso, é necessário comprovar a carência financeira, temos que o primeiro cenário abrangerá a maior parte dos juridicamente pobres e o segundo cenário é incoerente. É, portanto, no terceiro cenário que é possível a pleiteantes de má-fé litigarem sob o pálio da gratuidade de justiça, caso inexistam instrumentos aptos a desestimular esse comportamento. Em que situação, contudo, a gratuidade de justiça será requerida?

Partindo do mesmo raciocínio subjacente à condição de ajuizamento, podemos concordar que a gratuidade de justiça será pedida se o benefício esperado desse pedido for maior do que o prejuízo esperado no caso de seu indeferimento. Assim, partindo da inequação [1]:

$$\begin{aligned} P_A \cdot U_A - (1 - P_A) \cdot C_S - C_A &\geq 0 \\ P_g \cdot U_g - (1 - P_g) \cdot C_g - C_{A_g} &\geq 0 \end{aligned} \quad [3]$$

onde, P_g é a chance de êxito que o pleiteante acredita ter, U_g o benefício que a gratuidade de justiça lhe proporcionará, C_g o prejuízo sofrido caso o pedido seja indeferido e C_{A_g} o custo envolvido com o pedido. Como os beneficiados litigam com isenção de despesas processuais, de honorários de sucumbência e de honorários de peritos, podemos identificar o êxito da sua obtenção do benefício com o exato valor das custas sucumbenciais C_S , por seu turno, como o pedido é deduzido no bojo de uma ação já ajuizada, C_{A_g} pode ser desconsiderado, eis que desprezível. Assim,

$$\begin{aligned} P_g \cdot U_g - (1 - P_g) \cdot C_g - C_{A_g} &\geq 0 \\ P_g \cdot C_S - (1 - P_g) \cdot C_g - 0 &\geq 0 \\ P_g \cdot C_S - C_g + P_g \cdot C_g &\geq 0 \\ P_g \cdot (C_S + C_g) &\geq C_g \\ P_g &\geq \frac{C_g}{C_S + C_g} \end{aligned} \quad [4]$$

O benefício será pedido, portanto, se a probabilidade de êxito que atribuir à concessão da gratuidade de justiça for superior à razão entre o prejuízo decorrente do indeferimento pela soma dos custos de sucumbência e desse mesmo prejuízo. Chamaremos essa condição de **condição de gratuidade**. Novamente, algumas conclusões podem ser retiradas desse modelo. Quanto maior o prejuízo decorrente do indeferimento do pleito, maior o numerador do lado direito da inequação e mais difícil será satisfazer a condição de gratuidade. Por seu turno, quanto maior for a expectativa dos ônus de sucumbência (i.e. histórico de concessões de grandes honorários de sucumbência, realização de inúmeras perícias, entre outros), maior será o denominador do lado direito da inequação e mais facilmente a condição de gratuidade será satisfeita.

Interessante observar, contudo, que se o legislador houvesse optado por igualar o prejuízo decorrente do indeferimento do pleito de gratuidade de justiça com o mesmo ônus que o pleiteante buscava evitar, ou seja, supondo que $C_g = C_S$, ainda assim, caso a expectativa de concessão P_g fosse superior a 50% faria sentido arriscar o pleito. Vejamos:

$$\begin{aligned} P_g &\geq \frac{C_g}{C_S + C_g} \\ P_g &\geq \frac{C_S}{C_S + C_S} \end{aligned}$$

$$P_g \geq \frac{C_S}{2 \cdot C_S}$$

$$P_g \geq \frac{1}{2}$$

Esse simples exercício demonstra a utilidade do modelo, pois, supondo-se que o legislador deseje que o pedido seja feito apenas por quem tem certeza de que é merecedor do benefício, ou seja, que $P_g \approx 100\%$, então, as consequências do indeferimento da gratuidade deveriam ser bem superiores às custas sucumbenciais, de sorte que $C_S \approx 0$. Logo:

$$P_g \geq \frac{C_g}{C_S + C_g}$$

$$P_g \geq \frac{C_g}{0 + C_g}$$

$$P_g \geq \frac{C_g}{C_g}$$

$$P_g \geq 1$$

Nada obstante, vejamos quais são, de fato, as consequências legais do indeferimento do pleito de gratuidade de justiça, quais sejam, multa e sanção criminal. O § 1º do art. 4º da Lei nº 1.060/50⁹ prevê multa de até o décuplo das custas judiciais (excluídos, portanto, os honorários periciais e sucumbenciais) para a parte que pedir o benefício tendo condições de arcar com essas despesas. Além dessa multa, a inserção de declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante é ato tipificado como crime, a saber, crime de falsidade ideológica¹⁰. Há, portanto, consequências pecuniárias e penais que fazem parte da estrutura teórica de incentivos do pleiteante de má-fé. Substituindo-se os valores, temos que a condição de gratuidade prevista no ordenamento jurídico pátrio é dada por:

$$P_g \geq \frac{C_g}{C_S + C_g}$$

$$P_g \geq \frac{\text{multa} + P_m \cdot \text{pena}}{C_S + (\text{multa} + P_m \cdot \text{pena})} \quad [5]$$

onde P_m é a probabilidade de o pleiteante ser condenado pelo crime de falsidade ideológica.

Assim, como as custas iniciais são, via de regra, um percentual do valor da causa, temos que uma multa que represente dez vezes esse valor, somada a possibilidade de prisão, o prejuízo C_g previsto na legislação parece ser suficiente para que a inequação [5] se verifique e apenas aqueles que tenham certeza de serem merecedores do benefício o peçam.

Um modelo, contudo, somente é útil ao pesquisador se puder descrever adequadamente a realidade em estudo (Gico Jr., 2010, pp. 25 e ss.), sendo imprescindível, portanto, que investiguemos se o cenário acima está de acordo com o entendimento jurisprudencial majoritário. O que será feito na próxima seção.

⁹ Art. 4º [...] §1º. Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

¹⁰ Art. 299 do Código Penal: Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante [...]

3. Estrutura Real de Incentivos do Litigante

3.1. Racionalidade do Pedido de Gratuidade de Justiça

Na seção anterior, identificamos em que condições a concessão da gratuidade de justiça estaria suficientemente contrabalançada para desestimular o pleito frívolo e de má-fé. Ocorre, contudo, que a jurisprudência pátria consolidou-se no sentido de não satisfazer a estas condições e, portanto, a não empregar os contrapesos legalmente previstos, o que discutiremos neste tópico.

Tanto o Superior Tribunal de Justiça¹¹ quanto o Supremo Tribunal Federal¹² consolidaram entendimento de que a falsa declaração de pobreza é conduta criminalmente atípica por ter o documento apenas presunção *iuris tantum*. Dito de outra forma, segundo o entendimento atual, caso o pleiteante minta a respeito de suas condições financeiras com a finalidade de tentar obter a gratuidade de justiça ele não será punido e, portanto, $P_m = 0$. Quando inserimos esse valor de P_m no modelo de tomada de decisão (Inequação 5) temos que:

$$\begin{aligned}
 P_g &\geq \frac{\text{multa} + P_m \cdot \text{pena}}{C_S + (\text{multa} + P_m \cdot \text{pena})} \\
 P_g &\geq \frac{\text{multa} + 0 \cdot \text{pena}}{C_S + (\text{multa} + 0 \cdot \text{pena})} \\
 P_g &\geq \frac{\text{multa}}{C_S + \text{multa}} \quad [6]
 \end{aligned}$$

Como já dito, as custas sucumbenciais C_S são calculadas, via de regra, em função do valor da causa, enquanto que a multa foi estipulada em até o decuplo do valor das custas iniciais. Desse modo, nas causas em que seja estabelecido, pelo Tribunal, um limite máximo para o valor das custas iniciais, quanto maior o valor da causa envolvido, maior o valor de C_S . Por seu turno, quanto maior o valor de C_S , maior o valor do denominador do lado direito da inequação [7] que, no limite, tenderá a zero:

$$\begin{aligned}
 P_g &\geq \frac{\text{multa}}{C_S + \text{multa}} \\
 \lim_{C_S \rightarrow \infty} P_g &\geq 0 \quad [7]
 \end{aligned}$$

Esse resultado não é inesperado, uma vez que, quanto mais valioso o bem da vida em litígio, maior o risco decorrente da sucumbência e menos importante se torna a multa face ao que está em jogo. Para evitar esse problema, o ideal é que o valor da multa supere substancialmente o valor das custas sucumbenciais de sorte a desestimular o pedido indevido, como é intuitivo.

Entretanto, realizamos pesquisa jurisprudencial nos sítios eletrônicos do STJ e do STF tendo como parâmetros o art. 4º, §1º, da Lei nº 1.060/50 e a palavra “multa”, mas não encontramos nenhum acórdão que nos desse indício acerca de como os magistrados de instâncias ordinárias deveriam proceder com relação ao instituto. Assim sendo, decidimos investigar como a questão vem sendo tratada no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF, utilizando como critérios de pesquisa a expressão “décuplo E gratuidade”¹³, tendo sido encontrados 15 resultados, dos quais apenas 4 têm pertinência com o assunto em discussão.

¹¹ Veja, por exemplo, o HC nº 218570, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura - DJe 5.3.2012.

¹² Veja, por exemplo, o HC nº 85976 de relatoria da Ministra Ellen Gracie - DJe 24.2.2006.

¹³ Cogitamos ampliar a pesquisa utilizando outros critérios. Porém “multa E gratuidade” e “indeferimento E gratuidade” não nos permitiu isolar os resultados desejados.

Desses, apenas no processo nº 2006.01.1.003353-8 foi reconhecida a má-fé, mas o autor foi condenado apenas ao dobro das custas judiciais, e não ao décuplo, parecendo-nos seguro, portanto, afirmar que a multa não é aplicada de modo significativo pelos magistrados. Assim, ajustando nosso modelo para afastar a aplicação da multa como consequência do indeferimento do pedido de gratuidade, pois na prática ela não é aplicada, temos a seguinte situação:

$$\begin{aligned} P_g &\geq \frac{\text{multa}}{C_s + \text{multa}} \\ P_g &\geq \frac{0}{C_s + 0} \\ P_g &\geq 0 \end{aligned} \quad [8]$$

Assim sendo, no cenário institucional atual, a condição de gratuidade é satisfeita para qualquer estimativa de P_g , inclusive se o pleiteante tiver certeza que não é merecedor do benefício, ou seja, quando $P_g = 0$. Desse modo, como inexistente qualquer consequência para o indeferimento do pedido, é esperado que o autor sempre pleiteie a gratuidade de justiça, pois é racional fazê-lo sempre. Vejamos, agora, em que condições o pleito será ou não deferido.

3.2. Hipóteses em que o Pleito de Gratuidade de Justiça será Deferido

A legislação prevê que a declaração de pobreza goza de pressão relativa de validade, isto é, admite prova em contrário. O indeferimento depende da existência de “*fundadas razões para indeferir o pedido*”¹⁴ ou a procedência à impugnação ao pleito de gratuidade de justiça promovido pela contraparte¹⁵. Essa é, inclusive, a interpretação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme exemplifica o julgamento do REsp nº 1.115.300¹⁶. Para o STJ, a declaração da parte pleiteante é suficiente para a presunção *iuris tantum* de sua condição, cabendo à parte *ex adversa* provar não ser o caso (inversão do ônus da prova).

Como a previsão legal autoriza o magistrado a indeferir apenas os pleitos manifestamente indevidos, é contraditório e, portanto, irracional, que aquele que pleiteia o benefício de gratuidade de justiça produza provas contra si mesmo. Interessante notar, todavia, que a estrutura de incentivos para o pleito de gratuidade de justiça está de tal sorte inadequada, que pleitos acompanhados de prova contraditória, conquanto irracionais, não são inesperados de serem observados, eis que, como discutido na construção da inequação [8], mesmo quando a parte tiver certeza que seu pedido deveria ser indeferido, ela vai deduzi-lo. Na prática, porém, como regra, a forma de o pleito não ser concedido erroneamente é se o réu impugná-lo. Assim sendo, vejamos a estrutura de incentivos para que o réu apresente sua impugnação.

O réu, diante do pedido de gratuidade de justiça formulado pelo autor, deve escolher se dispensará esforços e recursos para provar ao juiz que aquele é ou não merecedor do benefício, ponderando as consequências de ambas as opções. Discutimos que o único benefício extraído do deferimento do pedido de gratuidade para o autor é que este deixe de correr os riscos de sucumbência.

¹⁴ Art. 5º. O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas.

¹⁵ Art. 4º. [...] § 2º. A impugnação do direito à assistência judiciária não suspende o curso do processo e será feita em autos apartados.

¹⁶ Primeira Turma. Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES. DJe 19/08/2009. EALR, V. 5, nº 1, p. 166-178, Jan-Jun, 2014

Por seu turno, ao contrário do que ocorrerá se o autor vencer o litígio principal, o indeferimento do pedido de concessão do benefício ao autor não tem nenhuma consequência direta sobre o réu, salvo tornar o litígio mais custoso para o autor e, com isso, viabilizar, por exemplo, uma desistência ou a aceitação de um acordo mais modesto. É que, como vimos acima, mesmo a multa decorrente do indeferimento do pedido (que seria revertida em seu favor) não é aplicada pelo Judiciário. Assim, exceto nas hipóteses em que tenha adiantado honorários periciais — caso em que se o autor for beneficiário da gratuidade de justiça e perca a ação, essa despesa não lhe será indenizada —, o réu não perceberá nenhum benefício direto do deferimento de sua impugnação.

Há, entretanto, consequências diretas para o réu caso este opte por impugnar o pedido do autor, mas sua impugnação seja indeferida, pois o nosso sistema processual determina que o magistrado condene o vencido nas despesas do incidente processual¹⁷. Além disso, temos que considerar que o réu deverá realizar diligências probatórias (que têm custo) para convencer o magistrado de que o autor tem condições de arcar com as despesas do processo.

Delineados esses parâmetros, a abordagem juseconômica nos indica que o réu impugnará o pedido de gratuidade de justiça do autor apenas se os benefícios esperados superarem os custos esperados. Entretanto, da forma como instituto está construído, o réu está sujeito a um prejuízo direto caso a impugnação seja indeferida, mas não está sujeito a nenhum benefício direto caso seja deferida, além de incorrer em despesas decorrentes das diligências probatórias que não serão indenizadas caso sua impugnação seja bem sucedida. Nesse cenário, portanto, o réu impugnará apenas se a soma das custas do incidente, ponderadas pela probabilidade do indeferimento da impugnação (que é idêntica à probabilidade de deferimento do pedido da gratuidade de justiça P_g), com as despesas com as diligências probatórias, forem inferiores a zero. Formalmente,

$$\begin{aligned} (1 - P_g) \cdot \text{benefício direto} &\geq P_g \cdot \text{despesas} + \text{diligências} \\ (1 - P_g) \cdot 0 &\geq P_g \cdot \text{despesas} + \text{diligências} \\ 0 &\geq P_g \cdot \text{despesas} + \text{diligências} \end{aligned} \quad [9]$$

Considerando esse cenário, verificamos que o réu simplesmente não tem incentivos para impugnar o pedido de concessão de gratuidade de justiça do autor. Logo, salvo as hipóteses em que o próprio autor produza provas contra si ao deduzir o pleito de gratuidade de justiça, ou quando, pela própria natureza do pedido, se possa inferir o seu descabimento, esse pedido tende a ser deferido e mantido, pois o réu não o impugnará.

Essa situação, entretanto, é socialmente indesejável, uma vez que, em caso de sucumbência do autor erroneamente beneficiado com a gratuidade de justiça, é o Estado quem arcará com as custas sucumbenciais, aumentando as despesas do Judiciário desnecessariamente.

É importante destacar que o texto do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil traz algumas modificações que alterarão esse cenário ao elencar a impugnação ao pedido de gratuidade de justiça como matéria a ser discutida em preliminar de contestação (art. 338, XIII), e não mais em incidente processual¹⁸. Desse modo, caso a preliminar não seja acolhida, o réu não terá despesas a arcar com esse tema em particular. Assim, é de se esperar que o réu apresente impugnações com maior frequência, pois o tema se tornará apenas mais um elemento da contestação, indicando uma pe-

¹⁷ Art. 20. [...] §1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

¹⁸ Não há, entretanto, procedimento específico a ser adotado caso seja o réu quem venha a pedir a gratuidade de justiça. Nada obstante, caso seja feito em contestação, o autor poderia impugnar o pedido em réplica e, excepcionalmente, o réu seria ouvido em tréplica apenas quanto a esse tema.

quena melhora institucional, eis que o réu estará, no mínimo, indiferente entre impugnar ou não o pedido.

O ideal, contudo, seria que, não só a multa pelo pleito indevido fosse aplicada efetivamente e sua importância face ao valor da causa fosse aumentada, mas que fossem estabelecidos critérios objetivos para o que se deve considerar como “juridicamente pobre” como, por exemplo, o piso para incidência do imposto de renda ou o triplo do salário mínimo vigente.

Dessa maneira, o ônus de provar sua própria condição financeira passaria ao pleiteante, que, a custo próximo de zero, deverá demonstrar apenas que sua renda disponível é inferior ao patamar estabelecido, tornando o juízo acerca da concessão do benefício mais célere e acurado, desestimulando sua concessão a quem não for de direito.

Observado, contudo, que, a condição de gratuidade no cenário jurídico institucional atual será atendida em qualquer caso (o que não significa dizer que o benefício será concedido em qualquer caso), é esperado que todos os autores peçam o benefício, mesmo quando tenham certeza de que não são merecedores ou que o pedido será indeferido. Vejamos, por fim, os efeitos desse achado na condição de ajuizamento da ação.

4. O Estímulo à Litigiosidade

Iniciamos este trabalho apresentando o nosso modelo para a condição de ajuizamento da ação pelo autor em condições normais, dada pela inequação [1] relembra abaixo:

$$P_A \cdot U_A - (1 - P_A) \cdot C_S - C_A \geq 0 \quad [1]$$

Se, contudo, o autor estiver considerando pleitear a gratuidade de justiça, considerando a condição de gratuidade discorrida nos tópicos anteriores, a condição de ajuizamento será alterada, pois deverá considerar uma chance P_g de não sofrer os efeitos da sucumbência, bem como uma chance $(1 - P_g)$ de sofrer um prejuízo C_g , caso seu pleito de gratuidade seja indeferido. Assim sendo, o benefício esperado com a ação terá de ser superior ao ônus sucumbencial esperado, ao prejuízo esperado em caso de indeferimento do pleito de gratuidade e aos custos de ajuizamento da ação.

$$P_A \cdot U_A - (1 - P_A) \cdot (C_S - P_g \cdot C_S) - (1 - P_g) \cdot C_g - C_A \geq 0 \quad [10]$$

Interpretando os novos parâmetros inseridos na condição de ajuizamento da ação, faremos alguns exercícios algébricos para demonstrar as seguintes hipóteses:

- i) o autor tem o benefício deferido e ganha a ação;
- ii) o autor tem o benefício deferido e perde a ação;
- iii) o autor não tem o benefício deferido e ganha a ação; e
- iv) o autor não tem o benefício deferido e perde a ação.

No primeiro caso, temos a melhor situação para o autor, pois ele não correrá os riscos da sucumbência e não será condenado aos prejuízos do pleito de má-fé. Assim, para $P_A = 1$ e $P_g = 1$, temos:

$$\begin{aligned} P_A \cdot U_A - (1 - P_A) \cdot (C_S - P_g \cdot C_S) - (1 - P_g) \cdot C_g - C_A \\ 1 \cdot U_A - (1 - 1) \cdot (C_S - 1 \cdot C_S) - (1 - 1) \cdot C_g - C_A \\ U_A - 0 \cdot 0 - 0 \cdot C_g - C_A \\ U_A - C_A \end{aligned} \quad [11]$$

Verificamos que, nesse cenário, o autor receberia o bem da vida, descontadas as despesas de ajuizamento da ação. Já no segundo caso, supondo que o autor perca a ação, mas ganhe o benefício, vejamos a inequação resultante para $P_A = 0$ e $P_g = 1$:

$$\begin{aligned} P_A \cdot U_A - (1 - P_A) \cdot (C_S - P_g \cdot C_S) - (1 - P_g) \cdot C_g - C_A \\ 0 \cdot U_A - (1 - 0) \cdot (C_S - 1 \cdot C_S) - (1 - 1) \cdot C_g - C_A \\ 0 - 1 \cdot 0 - 0 \cdot C_g - C_A \\ -C_A \end{aligned} \quad [12]$$

Nesse cenário, o resultado é justamente o prejuízo decorrente do ajuizamento da ação. Vejamos o terceiro cenário, em que o autor tem o benefício indeferido e ganha a ação ($P_A = 1$ e $P_g = 0$):

$$\begin{aligned} P_A \cdot U_A - (1 - P_A) \cdot (C_S - P_g \cdot C_S) - (1 - P_g) \cdot C_g - C_A \\ 1 \cdot U_A - (1 - 1) \cdot (C_S - 0 \cdot C_S) - (1 - 0) \cdot C_g - C_A \\ U_A - 0 \cdot C_S - C_g - C_A \\ U_A - C_g - C_A \end{aligned} \quad [13]$$

Agora o resultado será o bem da vida, deduzido os custos de ajuizamento da ação e o prejuízo decorrente do indeferimento do pleito de gratuidade de justiça. Por fim, o quarto cenário em que todos os pedidos são indeferidos ($P_A = 0$ e $P_g = 0$):

$$\begin{aligned} P_A \cdot U_A - (1 - P_A) \cdot (C_S - P_g \cdot C_S) - (1 - P_g) \cdot C_g - C_A \\ 0 \cdot U_A - (1 - 0) \cdot (C_S - 0 \cdot C_S) - (1 - 0) \cdot C_g - C_A \\ 0 - 1 \cdot C_S - 1 \cdot C_g - C_A \\ -C_S - C_g - C_A \end{aligned} \quad [14]$$

Pior cenário possível, pois o autor teria de arcar com os ônus sucumbenciais, o prejuízo do indeferimento do pleito de gratuidade e as despesas de ajuizamento da ação. Entretanto, como vimos nos tópicos anteriores, na atual realidade institucional brasileira, não existe nenhuma consequência para o indeferimento do pleito de gratuidade de justiça, ou seja, $C_g = 0$ e a condição de gratuidade é atendida para qualquer valor de P_g .

Ademais, como é razoável considerar que o réu tenderá a não impugnar o pedido de gratuidade de justiça do autor, independente do pleito ter ou não mérito, sabendo que, excetuando-se os casos em que o autor se comporte irracionalmente ou os casos extremos em que haja incompatibilidade entre o pleito e a natureza da ação, este sempre deve ser deferido, é seguro considerarmos que a probabilidade de êxito no pedido é quase certa, ou seja, $P_g \simeq 1$. Assim sendo, na prática, a condição de ajuizamento da ação combinada com o pleito de gratuidade de justiça se resume à seguinte inequação:

$$\begin{aligned} P_A \cdot U_A - (1 - P_A) \cdot (C_S - P_g \cdot C_S) - (1 - P_g) \cdot C_g - C_A \geq 0 \\ P_A \cdot U_A - (1 - P_A) \cdot (C_S - 1 \cdot C_S) - (1 - 1) \cdot 0 - C_A \geq 0 \\ P_A \cdot U_A - (1 - P_A) \cdot 0 - 0 \cdot C_g - C_A \geq 0 \\ P_A \cdot U_A - C_A \geq 0 \end{aligned} \quad [15]$$

Dito de outra forma, ou bem o autor vence a ação e obtém o bem da vida menos os custos de ajuizamento da ação, dado por [11]; ou perde a ação e sofre o prejuízo apenas dos custos de ajuizamento da ação, dado por [12]. Assim, atualmente, a condição de ajuizamento da ação, quando consi-

derada em conjunto com a condição de gratuidade, é que o autor ajuizará uma ação caso acredite que sua chance de êxito é superior à razão entre os custos de ajuizamento da ação pelo benefício que espera obter:

$$P_A \cdot U_A - C_A \geq 0$$

$$P_A \geq \frac{C_A}{U_A} \quad [16]$$

Relembrando a condição de ajuizamento da ação original [1] e comparando com a Inequação [15], verificamos que sua correção pela condição de gratuidade atual a torna mais fácil de ser atingida, pois, se antes o benefício esperado deveria ser superior aos custos de ajuizamento somados ao prejuízo esperado em caso de sucumbência, agora basta que sejam superiores aos custos de ajuizamento.

Tabela 1: Efeito da Gratuidade de Justiça sobre a Condição de Ajuizamento

| | |
|---|---|
| $P_A \cdot U_A - (1 - P_A) \cdot C_S - C_A \geq 0$ $P_A \cdot U_A \geq (1 - P_A) \cdot C_S + C_A$ | $P_A \cdot U_A - C_A \geq 0$ $P_A \cdot U_A \geq C_A$ |
|---|---|

Os resultados teóricos aqui apresentados foram testados empiricamente por Tenenblat (2011), que analisou 25 processos cujo pleito de gratuidade foi indeferido por sentença. Desses, 23 ações (92%) foram extintas por desistência do autor, o que nos permite inferir duas hipóteses: *i*) a decisão de indeferimento foi correta e essas desistências denotam que os autores não estavam dispostos a correr o risco da sucumbência face o benefício que esperavam obter e, portanto, a lide seria frívola ou temerária; ou *ii*) a decisão de indeferimento foi incorreta e essas desistências denotam que os autores realmente não tinham condições de arcar com as despesas processuais.

Entretanto, o autor posteriormente analisou 1.223 ações propostas por pessoas físicas das quais em 767 foi concedida gratuidade de justiça. Tenenblat (2011) descobriu que as ações em que a gratuidade de justiça não foi concedida tiveram mais de 116% de sucesso que aquelas em que o benefício foi deferido. Esse percentual de êxito e insucesso foi interpretado como “forte indicativo do grau de frivolidade e inconsistência” dessas ações, corroborando a teoria apresentada neste trabalho.

Por fim, a concessão da gratuidade de justiça, ainda que feita de maneira correta não nos parece viabilizar os casos em que as condições financeiras do litigante tornariam proibitivas o ajuizamento de uma ação, mas apenas, e tão somente, as ações frívolas e temerárias.

Vale lembrar que o benefício alcançado com a gratuidade de justiça é perceptível apenas em caso de sucumbência. Dito de outra forma, ele influencia a probabilidade de êxito necessária para que seja racional a propositura da ação e não o acesso ao Judiciário em si, mais afeito às custas e despesas de ajuizamento da ação, denotadas neste trabalho por C_A , que não foi afetado por nenhuma das hipóteses discutidas acima (cfr. Tabela 1).

Verifica-se que a concessão da gratuidade de justiça afeta os **riscos** envolvidos, caso o autor venha a sucumbir em sua ação, mas este continua incorrendo nos custos de ajuizamento da ação C_A em qualquer caso. Assim sendo, a gratuidade de justiça não está ampliando o acesso ao Judiciário para o juridicamente pobre, mas, sim, permitindo que ações frívolas e temerárias sejam ajuizadas.

5. Conclusão

Neste trabalho, partindo do pressuposto que o Estado não deve permitir que questões financeiras impeçam o cidadão de ajuizar uma ação para defender seus interesses, estudamos se o benefício da gratuidade de justiça instituído pela Lei nº 1.060 está adequado para atingir esse objetivo.

Para tanto, o benefício deve: *a)* ampliar o acesso ao Judiciário para aqueles que não teriam condições financeiras para tanto; *b)* evitar que o benefício financeiro fosse concedido para quem não fosse de direito.

Entretanto, demonstramos que *i)* apesar de o benefício da gratuidade de justiça, tal como instituído pela Lei nº 1.060, possuir instrumentos aptos a desestimular a dedução de alguns pedidos de má-fé, *ii)* a interpretação do instituto dada pelo Judiciário torna inócuos esses contrapesos e *iii)* o benefício será concedido a virtualmente qualquer pessoa que o pedir, sendo, portanto, *iv)* irracional não pedir o benefício, mesmo tendo certeza que ele não será concedido. Por derradeiro, *v)* a gratuidade de justiça não amplia, necessariamente, o acesso ao Judiciário ao juridicamente pobre, mas apenas reduz o risco de sucumbência das ações ajuizadas, *vi)* estimulando o ajuizamento de ações frívolas e temerárias.

6. Referências Bibliográficas

- Arake, H. (2012). A lógica do processo: uma análise juseconômica do processo civil brasileiro. *Dissertação (mestrado)*. Brasília, DF, Brasil: Universidade Católica de Brasília.
- Gico Jr., I.T. (2010). Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito, *Economic Analysis of Law Review*, 1, pp. 7-32.
- _____. (2012). A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação - FACE, Departamento de Economia. Brasília: Universidade de Brasília – UnB, 2012.
- _____. (2013a). Anarquismo Judicial e Teoria dos Times, *Economic Analysis of Law Review*, 4, pp. 269-294.
- _____. (2013b). O Capital Jurídico e o Ciclo da Litigância, *Rev. direito GV*, Vol. 9, nº 2, São Paulo, jul/dez, pp. 435-468.
- Gould, J. P. (1973). The economics of legal conflicts. *The Journal of Legal Studies*, 279-300.
- Ihering, R. (1872/2002). *A Luta pelo Direito*. São Paulo: Martin Claret.
- Landes, W. (1971). An economic analysis of the courts. *Journal of Law and Economics*, 61-107.
- Landes, W., & Posner, R. A. (1976). Legal precedent: A theoretical and empirical analysis. *NBER Working Paper Series*, 1-69.
- Posner, R. (1973). An economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*, 399-458.
- Tenenblat, F. (2011). Limitar o acesso ao poder judiciário para ampliar o acesso à justiça. *Revista CEJ*, n. 52, p. 23-35, jan/mar.