

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUIZ PAULO DAMMSKI

CONTRIBUIÇÕES À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL:  
CONCILIAÇÃO E PROCESSO COLETIVO

CURITIBA  
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUIZ PAULO DAMMSKI

CONTRIBUIÇÕES À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL:  
CONCILIAÇÃO E PROCESSO COLETIVO

Trabalho apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas no curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Clayton Maranhão

CURITIBA  
2013

## TERMO DE APROVAÇÃO

*Àqueles que ainda têm esperança na realização da verdadeira justiça, aquela que não se compadece diante de interesses obtusos, tampouco se combali por argumentos falaciosos ou reacionários.*

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus pela existência e pela criação, pela chance que me foi dada de desfrutar das incríveis sensações e momentos vivíveis neste plano.

À família, pelo incessante e inabalável apoio, ainda que inúmeras e calamitosas tenham sido as dificuldades superadas desde a tenra idade até o presente, sem que em momento algum faltasse o carinho e o apoio essenciais à superação de qualquer dificuldade e à persecução de um ideal há muito traçado, em parte alcançado, jamais esquecido.

Ao Professor e muitíssimo orientador, egrégio Dr. Clayton Maranhão, pela inspiração ao aprofundamento dos estudos de uma temática tão insigne, todavia pouco compreendida e certamente subutilizada.

Aos colegas pelas incontáveis horas de acalorados debates, refrescantes devaneios e confortantes conversas.

A Leticia, pela compreensão nos momentos de ausência e pela presença constante e despreendida; arrimo nos momentos de abatimento, companheira que me concede dias de frugal e incomparável plenitude e felicidade.

## RESUMO

Trata a presente tese do exame dos instrumentos disponibilizados pela disciplina legal do processo civil nacional para a resolução de conflitos de forma mais célere e eficaz sob a ótica da Análise Econômica do Direito. Um estudo pormenorizado dos efeitos desejados e verdadeiramente reproduzidos na realidade quando da utilização de instrumentos menos ortodoxos da disciplina processual brasileira - tal como a conciliação proposta pela Lei 9.099/95, a transação extraprocessual e o ferramental das ações coletivas – busca a verificação da eficácia dos remédios hoje disponíveis aos operadores do direito para a resolução célere de conflitos na seara cível, em especial envolvendo relações de fato e de direito assimétricas, tais como as de consumo. Paralelamente à análise econômica dos instrumentos atualmente disponíveis, a crítica às instituições consolidadas e comprovadamente ineficazes e às disposições legais que geram uma falsa impressão de tutela dos hipossuficientes é delineada de forma a apontar para a solução mais eficaz para a tutela de direitos indisponíveis da grande fatia da população que se vê inserida de forma menosprezada em relações que envolvem imensa disparidade de poder.

Palavras-chave: Tutela. Hipossuficiente. Análise Econômica do Direito. Conciliação. Ações coletivas. Custos de transação.

## **ABSTRACT**

This thesis treats of the exams about the tools available in the legal discipline of the Brazilian civil process for the swift and efficacious resolution of conflicts under the conception of the Law and Economics analysis. A detailed study of the wished effects and truly reproduces onto the plan of reality when less orthodox instruments of the civil process discipline – such as conciliations proposed by the law 9.099/95, extraprocessual transactions and the class action instruments – seeks the verification of the efficacious of the medicine available for law workers for the quick resolution of conflicts in the civil ground, specially that concerning asymmetrical relations, such as consume ones. Parallely to the Law and Economics analysis of the processual instruments available, it's drawn a critic about the consolidated and inefficacious institutions and the legal prescriptions that generates a false impression of interests tutelage to the hiposuficient. This critic is concerned in pointing the best way to a efficacious tutelage of unavailable rights owned by big part of brazilian population which is inserted in a scorned way in relations that involve a big disparage of power.

Keywords: Tutelage. Law and Economics. Conciliation. Class actions. Transaction costs.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. A PROPOSTA CONCILIATÓRIA: ORIGEM E CONCEPÇÃO.....	11
2.1 OPERACIONALIZAÇÃO E UTILIZAÇÃO NO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO.....	14
2.2 PANORAMA ATUAL DOS ACORDOS JUDICIAIS NO CENÁRIO NACIONAL .....	19
3. A QUESTÃO DA EFICIÊNCIA SOB A ÓTICA DA ANÁLISE DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO: DIVERGÊNCIAS E PONTOS DE TOQUE ENTRE CECIL PIGOU E RONALD COASE .....	23
3.1 A SUPERAÇÃO DA TRADICIONAL ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONFLITOS: A TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO SOB A ÓTICA DE OLIVER WILLIAMSON .....	28
3.2 ATRIBUTOS INDIVIDUAIS DOS CUSTOS TRANSACIONAIS: BUSCA DA EFICIÊNCIA, LIMITAÇÃO DA RACIONALIDADE E OPORTUNISMO .....	30
3.3 DIMENSÕES ANALÍTICAS DAS TRANSAÇÕES: ESPECIFICIDADE DOS ATIVOS, INCERTEZA DO CUMPRIMENTO E FREQUÊNCIA DOS ACORDOS .....	33
3.4 A VIA CONCILIATÓRIA – AVANÇOS E RETROCESSOS SOB A ÓPTICA PROPOSTA OLIVER WILLIAMSON.....	35
3.4.1 ESPECIFICIDADE DOS ATIVOS ENVOLVIDOS NAS NEGOCIAÇÕES.....	36
3.4.2 INCERTEZA DE CUMPRIMENTO DOS ACORDOS .....	37
3.4.3 A RACIONALIDADE LIMITADA DAS PARTES.....	39
3.4.4 A BUSCA DA EFICIÊNCIA E O OPORTUNISMO DOS AGENTES .....	40
4 A LÓGICA PERNICIOSA DOS REGRAMENTOS SUPOSTAMENTE FAVORÁVEIS AOS DIREITOS DOS HIPOSSUFICIENTES E A NECESSIDADE DE UM INSTRUMENTO ADEQUADO À SUA PROTEÇÃO: UM REFLEXO DO INTERESSE PRIVATISTA NA JURISDIÇÃO INDIVIDUAL.....	46
4.1 A QUESTÃO DA INEFICÁCIA DA JURISDIÇÃO INDIVIDUAL .....	51
4.2 A COLETIVIZAÇÃO DAS DEMANDAS COMO INSTRUMENTO IDÔNEO À PERSECUÇÃO DA TUTELA DE DIREITOS DESACOBERTADOS PELA JURISDIÇÃO SINGULAR .....	54
4.2.1 DAS ESPÉCIES DE TUTELAS COLETIVAS PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL .....	58
4.2.2 DA EFETIVIDADE DAS AÇÕES COLETIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL.....	63
5. CONCLUSÃO .....	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	73

## 1. INTRODUÇÃO

Diversas foram as vertentes e inúmeras foram as divagações enfrentadas na elaboração do presente trabalho, o qual foi pautado desde o princípio em uma única proposição central: a maximização da eficácia da prestação judicial tanto no que concerne à celeridade, quanto ao cumprimento das decisões prolatadas em juízo e principalmente em relação ao acesso universal à jurisdição, ou ao menos o acesso às formas idôneas de petição pública.

Para tanto, não houve limitação temática do assunto abordado. Em diversos momentos centralizam-se discussões e incursões, como já é previsível, em temas da disciplina processualista civil, mas não só. Procurou-se aprofundar este tão aclamado tema de estudos em todos os vieses disponíveis, ingressando as discussões pertinentes ao tema nos estudos de Economia, de Análise Econômica do Direito, de História do Direito, de Processo Coletivo e até mesmo de Sociologia.

Fez-se necessária uma profunda incursão histórica da sociedade brasileira para chegar-se à conclusão de que o processo civil como atualmente é concebido, já não mais basta para fazer frente às problemáticas atinentes à sociedade moderna. Fez-se necessária a análise da aceitação e da utilização da legislação processual civil e dos resultados obtidos por recentes propostas que superam o paradigma do processo ensimesmado para concluir-se que, ainda que de notáveis avanços e de grande ajuda na rotina forense, a proposta conciliatória não conseguiu por si só fazer frente à realidade encarada em tribunais diariamente.

As conclusões alcançadas não surgiram de palpites ou achismos, tampouco resultaram de mera observação da realidade infundada, ou pautada exclusivamente em dados estatísticos. Para além do mar da obviedade, utilizando de instrumental emprestado de disciplinas por vezes tidas como avessas ao Direito, tal como a Economia, foi possível comprovar que não apenas o Processo Civil, como outros grandiosos e vangloriados ramos do Direito já não são mais suficientes frente às

necessidades humanas contemporâneas. O próprio ramo dos Contratos de Direito Civil, por exemplo, já não basta frente aos conflitos oriundos das previsões garantistas promovidas pela Constituição de 1988, muitas das quais em perfeita harmonia e cotejo com os movimentos sociais contemporâneos, fato que nós, juristas, ainda não havíamos percebido, todavia nossos colegas economistas já nos alertam há pelo menos meio século.

E tão somente a partir da desconstrução de paradigmas tão arraigados à rotina forense e aos ensinamentos de cátedra das Universidades, como são os contratos e a disciplina processual civil, é que foi possibilitada a descoberta do véu de meias-verdades até hoje defendidas cegamente como as únicas ferramentas disponíveis para a solução de litígios. Os tradicionais institutos do Direito brasileiro, muitos ainda vigentes e em plena utilização, não são mais instrumentos aptos ao enfrentamento de questões modernas, seja pelas suas naturezas, seja pelas suas dimensões. Até mesmo o ferramental conciliatório, instrumento supostamente moderno e renovador, apto a fazer frente ao agigantamento das demandas, teve sua eficácia questionada a partir da análise econômica de seus efeitos, tecendo-se um indelével paralelo entre a disciplina contratual e a proposta de eficácia dos acordos judiciais.

Desveladas tais verdades universais, descobre-se a existência de um Estado inapto a promover o acesso à justiça, garantia constitucional e indisponível, todavia inacessível a grande parcela dos jurisdicionados. Não se critica a falta estatal como rotineiramente o faz a imprensa das grandes mídias, ou mesmo estudiosos do Direito, imputando a governantes a *culpa* pela deliberada escolha em um *não fazer* malicioso, voltado à satisfação de interesses próprios. Pelo contrário, verifica-se que muitos governantes sequer têm ciência da magnitude do problema enfrentado pelo Judiciário, tampouco imaginam que a expansão física do aparato judicial revela-se como multiplicador de injustiças, à medida que tal política promove um aumento da *eficiência* da justiça, mas não expande sua *eficácia* de forma alguma.

Se existe alguma crítica de índole política a ser traçada neste trabalho, esta é endereçada justamente àqueles que manipulam as leis, seja no momento de sua gênese, seja quando de sua interpretação e aplicação. Tanto o Legislativo quanto o Judiciário mancomunam-se de forma a promover a distorção do interesse público, a

promoção de interesses alheios e a reprodução de uma lógica inversa extremamente repreensível.

Seja na produção de leis e diplomas supostamente voltados à tutela de bens jurídicos dos hipossuficientes, tal como o Código de Defesa do Consumidor, seja pela interpretação de instrumentos concebidos para o alcance da tutela efetiva de bens à coletividade, como a Ação Civil Pública, Judiciário e Legislativo alinham-se de forma a deturpar a inteligência original destes instrumentos de acesso à justiça e aos preceitos constitucionais, alinhando-se a interesses de *lobbys* avessos ao bem-estar da sociedade como um todo.

Para fazer frente a todas as interpéries impostas ao jurisdicionado na busca do tão proclamado acesso à justiça, instrumentos modernos e que superem as visões tradicionais devem ser levados a sério, não bastando sua previsão legal, por vezes dissimulada pelos Tribunais, para que a efetividade do acesso à justiça seja alcançado, mas o seu estudo e a discussão acerca da sua instrumentalização e dos efeitos que lhe são atribuídos.

Para além dos óbices que naturalmente já constituem numa verdadeira empreitada o acesso à justiça, este estudo propôs-se, e acredito ter alcançado, à análise de forma aprofundada dos instrumentos hoje disponíveis para a promoção da efetivação do acesso às tutelas requeridas pelos jurisdicionados, apontando as qualidades e os defeitos de cada um deles, informando acerca da mais idônea utilização destas verdadeiras ferramentas disponíveis aos operadores do direito e aos próprios jurisdicionados, e, por fim, direcionando para a utilização mais eficiente quanto possível de todo o aparato que encontra-se disponível, de forma a salvaguardar a tutela daqueles que historicamente veem-se furtados num dos mais essenciais direitos: o de pleitear seus próprios direitos.

## 2. A PROPOSTA CONCILIATÓRIA: ORIGEM E CONCEPÇÃO

Instrumento judicial e extrajudicial, utilizado tanto anteriormente quanto durante qualquer momento do processo para pôr termo à lide de maneira satisfatória não só no âmbito jurídico, mas prioritariamente no social. A conciliação tem hoje lugar de destaque crescente dentre os meios alternativos de solução de litígios, apesar de sua origem distante, provavelmente anterior à existência de algo que possamos intitular *jurisdição*.

A origem da conciliação remonta às civilizações gregas e romanas, tendo papel de destaque ainda durante a Idade Média e fornecendo contribuição na construção e exercício do Direito Canônico. Num tempo em que ainda não se fazia clara a visão de um instituto que sequer lembrasse o atual Judiciário a conciliação representava a única maneira de resolução de conflitos que não fosse a utilização da autotutela, exercida predominantemente mediante uso de violência.

A inerente e atemporal busca do ser humano pela justiça, primitivamente sintetizada na máxima atribuída ao grego Ulpiano '*suum cuique tribuere*' (traduzida para o português como '*garantir a cada um o que lhe pertence*') foi a responsável pela construção de todos os ramos do Direito moderno, ainda que precariamente realizável num primeiro momento. Sem que houvesse uma ordem capaz de prover a necessidade de resolução das situações problemáticas e cada vez mais comuns com o desenvolvimento da humanidade, a composição entre os dissidentes tornou-se um dos principais meios para solucionar satisfatoriamente as questões que se apresentavam. A transação e a conciliação foram, num primeiro momento, as saídas encontradas pelos indivíduos envolvidos em dissídias para porem termo às mesmas. Posteriormente estas espécies de resolução de conflitos foram aprimoradas, dando origem à mediação, espécie de conciliação em que um terceiro se faz presente para auxiliar as partes na elaboração do acordo.

Durante todo o período compreendido das civilizações que iniciaram a resolução pacífica por meio das conciliações até hoje, este instrumento jamais deixou de ser utilizado, apesar de ter sua eficácia questionada em períodos de

extrema violência e desordem. Modernamente, no entanto, o meio conciliatório de resolução dos conflitos foi deixado de lado em prol da utilização do aparato judicial. A força do Estado mostrou-se mais interessante pela maioria daqueles que necessitaram soluções para conflitos, ainda que simples. Explica-se tal fato pela crença exacerbada no Poder Judiciário, instituição togada e tida como iluminada, conhecedora da verdadeira justiça e capaz de estendê-la àqueles que a procuram. A judicialização dos conflitos humanos resulta ainda da descrença na palavra obtida em forma de acordo extrajudicial, da falta de fé na discussão que resulte em frutífera resolução de lides, da desmoralização do próprio homem.

Este fenômeno de desuso dos artifícios conciliatórios se deu no mundo todo, inclusive no Brasil. A presença da tentativa de conciliação na justiça brasileira estava presente durante toda a fase colonial, seguindo a tradição portuguesa. Com a Proclamação da República passou-se a prever expressamente a obrigatoriedade da conciliação na Constituição de 1824, tanto na fase pré-processual como durante o andamento do processo, conforme se desprende da redação do artigo 161 da referida Carta:

Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.

Além da previsão constitucional de obrigatoriedade de tentativa de conciliação havia ainda legislação específica acerca do tema, regulamentado as conciliações na justiça nacional pela Lei Orgânica das Justiças da Paz, de 1827. Tal codificação previa a conciliação como forma célere de resolução de conflitos, reforçando a previsão de obrigatoriedade de tentativa de conciliação prévia à propositura da ação na justiça comum. Até mesmo nas ações de divórcio a previsão de obrigatoriedade da tentativa de conciliação se fazia presente, ainda que o objeto da ação - a liberdade dos litigantes - não fosse um bem disponível à luz da legislação vigente.

Apesar do *status* legal e constitucional, a conciliação não teve larga utilização em território nacional, sendo o aparato judicial a principal forma de resolução de conflitos nos últimos dois séculos. Dentre diversas circunstâncias motivadoras do desprestígio social da conciliação, o Decreto n. 359 de 26 de abril de 1890 justifica algumas delas:

Que a instituição do juízo obrigatorio de conciliação importa uma tutela do Estado sobre direitos e interesses privados de pessoas que se acham na livre administração de seus bens e na posse da faculdade legal de fazer particularmente qualquer composição nos mesmos casos em que é permitido a conciliação, naquella juízo, e de tornal-a effectiva por meio de escriptura publica, ou por termo nos autos e ainda em juízo arbitral de sua escolha. Que a experiencia ha demonstrado que as tentativas de conciliação no juízo de paz sómente são bem succedidas quando as partes voluntariamente comparecem perante elle nas mesmas disposições, em que podem produzir identico effeito os conselhos de amigo commum, o prudente arbitrio de bom cidadão á escolha dos interess dos e ainda as advertencias que o juiz da causa, em seu inicio, é autorizado a fazer na conformidade da ord. liv. 3º, tit. 20, §.

Resta evidente que o esquecimento deste instrumento de apaziguamento entre as partes representou grave prejuízo àqueles que não tinham meios de litigar judicialmente. Não só as custas processuais proibitivas e a morosidade do processo judicial, problemas ainda hoje enfrentados, mas a ignorância de grande parte da população representava um grande empecilho para o acesso à justiça. Os meios de acesso à informação e, mais ainda, a um advogado, eram poucos, deixando à margem do sistema judicial todos aqueles desprovidos de meios que possibilitassem a contratação de advogados e a manutenção por um longo período de uma demanda no Judiciário.

Nas palavras de Watanabe dois são os fatores que mais impactam na barreira existente entre a população e o Judiciário:

A falta de orientação e de informação provocam, no indivíduo, obstáculos que o impossibilitam de chegar às vias jurisdicionais. Diante destas circunstâncias, muitos direitos não chegam às portas da Justiça por não serem, tampouco reconhecidos pelos seus titulares, estando, assim, desprovidos de qualquer proteção jurisdicional.<sup>1</sup>

Se o acesso ao Judiciário por si só já era uma enorme barreira à população, quanto mais postular causas de menor relevância, ou em denominação mais adequada, de *menor valor monetário*. Propor ações que versassem sobre desavenças entre vizinhos, causas trabalhistas de pequeno porte, acidentes de trânsito ou danos de pequena monta era algo impensável na justiça comum até meados dos anos 1980, tendo em vista o imenso e fracionário gasto com custas judiciais, que por si só já tornavam um processo judicial desinteressante do ponto de

---

<sup>1</sup> WATANABE, K. **Juizado Especial de Pequenas Causas**. São Paulo, 1985, pp. 162-163.

vista financeiro. As causas que não envolviam valor monetário, por sua vez, eram completamente inacessíveis.

Foi somente no ano de 1984, com a edição da Lei nº 7.244 que foram instituídos os *Tribunais de Pequenas Causas*. Em que pese a denominação, tais cortes representaram a figura essencial de garantia de acesso ao Judiciário para aqueles desprovidos de amparo financeiro e social. Aclamados pelo povo e de pronto largamente utilizados, os Tribunais de Pequenas Causas possibilitaram a resolução de conflitos das mais diversas origens de forma célere e gratuita, muitas vezes em fase inicial por meio das conciliações. Tamanho foi o sucesso logrado pelos Tribunais de Pequenas Causas que onze anos mais tarde, em 1995, foi editada a Lei nº 9.099, que instituía os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, aprimorando a legislação e garantindo ainda mais funcionalidade a este aparato.

A criação dos Juizados representou imenso avanço social, possibilitando o acesso à justiça pelos desamparados e desafogando a justiça comum em todas as suas instâncias. Este dispositivo legal aproximou as partes ao menos no que tange à igualdade de acesso da via jurisdicional, restando ainda, no entanto, um verdadeiro abismo para o alcance da igualdade material das partes. Ainda que a criação dos Juizados Especiais ainda esteja distante da verdadeira promoção da igualdade material das partes, este dispositivo legal possibilitou a igualdade do acesso processual, essencial na promoção da justiça. Nas palavras do ilustre processualista Mauro Capelletti<sup>2</sup> o acesso às vias judiciais é um dos mais importantes direitos, na medida em que dele dependem todos os demais.

## 2.1 OPERACIONALIZAÇÃO E UTILIZAÇÃO NO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

Resta inequívoco que o acesso universal às vias judiciais é essencial para que seja possível a tutela dos demais direitos individuais e coletivos, porém o mero acesso à justiça não é suficiente para abarcar todas as necessidades jurisdicionais da população. Faz-se necessária a promoção de meios jurisdicionais que

---

<sup>2</sup> M. Cappelletti. **Acesso Alla Giustizia come Programma di Riforma e come Metodo di Pensiero**, em Riv. Dir. Proc., 37 (2): 237-238, 1982, SP, pp. 9-10.

possibilitem o célere e satisfatório acesso à tutela do bem jurídico que se requisita. Dos diversos méritos da Lei 9.099/95 no tocante ao acesso à justiça tais como a gratuidade de acesso e a concentração e informalidade dos procedimentos, a previsão expressa de obrigatoriedade de tentativa de conciliação representa o maior esforço no cumprimento da tutela requisitada.

A conciliação tem por finalidade a célere resolução do conflito sem que seja necessária a continuidade do procedimento judicial. Mais que isto, a conciliação é o instrumento capaz de pôr termo não apenas à lide processual, mas também à lide social existente entre as partes, tendo em vista que lhes é dada a oportunidade de falar e posicionar-se de forma a encontrar uma solução razoável para ambas. Por figurarem ativamente na audiência conciliatória as partes e, de maneira mais passiva o conciliador, este evento situa-se no ponto médio de encontro entre a autocomposição, situação em que as partes resolvem por si só o conflito em questão, e a hetercomposição, situação em que um terceiro é chamado com a finalidade de encontrar arrazoada solução à dissídia, tal como ocorre no julgamento de mérito proferido por um magistrado ou nas decisões arbitrais.

A natureza mista das conciliações foi a solução infraconstitucional encontrada modernamente para a resolução dos conflitos de pequena monta em decorrência de sua praticidade e simplicidade oriundas da autocomposição e, por outro lado, do auxílio e da legitimidade prestados pelo Judiciário representado na figura do conciliador. A celeridade necessária para a resolução satisfatória dos conflitos mais simples e pontuais do ponto de vista jurídico só se faz possível ao ser excluída a figura do magistrado e aproximadas as partes litigantes, interessadas em encontrar a solução que realmente venha a acabar com o conflito social da situação. Por outro lado, a validade do acordo firmado só ganha validade e executividade ao ser prolatada por juiz de direito, *outorgando ao ato das partes nova natureza e novos efeitos, conferindo-lhes o caráter de ato processual e a força da excoutoriedade*<sup>3</sup>. Garante-se desta forma segurança não só ao autor da ação, mas também ao réu, que passa a dispor de um recibo de quitação da demanda ao cumpri-la. A união entre a celeridade obtida pelo diálogo das partes e a validade do acordo garantida pelo Poder Judiciário criou uma fórmula capaz de satisfatoriamente apaziguar as

---

<sup>3</sup> TEODORO JR., H. **Processo de Execução**, ed. n. 21. São Paulo, 2002, p. 134.

discussões e, simultaneamente, garantir a eficácia do que foi acertado entre as partes.

Em que pese a existência da audiência conciliatória em outros âmbitos além daquele dos Juizados Especiais, tal como na Justiça do Trabalho, onde comumente são lavrados acordos frutíferos, e até mesmo no rito comum em primeira e segunda instâncias, conforme previsão expressa da redação do artigo 331 do Código de Processo Civil, o foco principal de discussão a ser abordado será o da conciliação no rito sumaríssimo dos Juizados Especiais Cíveis. Justifica-se tal preocupação pela brilhante conexão criada entre a previsão legal de obrigatoriedade de existência da audiência de conciliação e o procedimento sumaríssimo, elementos que combinados são capazes de solucionar lides em tempo reduzido e de maneira satisfatória e equânime a ambas as partes. Ainda que as conciliações na Justiça do Trabalho apresentem um alto índice de acordos frutíferos, é comum que tais acordos revelem abuso por parte de empregadores que oferecem propostas de valor muito inferior ao que poderia ser obtido pela sentença prolatada ao fim do processo, porém ainda assim aceitas pelos empregados que propuseram a ação por não verem outra saída para prover seu sustento até a prolação da sentença a seu favor.

Como já fora aludido, a conciliação ocorre na fase inicial do procedimento instaurado perante os Juizados Especiais, podendo ser realizada por juiz togado, juiz leigo ou conciliador, estes últimos supervisionados por juiz togado. Para a função de juiz leigo exige-se a nacionalidade brasileira, a inexistência de grau de parentesco até o terceiro grau com o juiz titular do Juizado Especial, o registro na Ordem dos Advogados do Brasil, três anos de experiência na prática jurídica (podendo ser contabilizado o período de até dois anos como estagiário) e o comprometimento do candidato em não advogar ou vincular-se a escritório de advocacia que advogue perante o Juizado Especial em que venha a atuar. Para a função de conciliador exige-se apenas a nacionalidade brasileira e a abstenção ao exercício da advocacia perante o Juizado em que venham a ser exercidas as funções de conciliador, sendo facultativa a formação acadêmica em Direito, ainda que preferível.

Instaurada a audiência conciliatória, é essencial que seja explicitado de maneira simplificada e por intermédio de vocábulo acessível às partes que a resolução do conflito mediante acordo é preferível em decorrência da celeridade e do grau de satisfação a ser obtido em conciliação, certamente superior àquele

oriundo de sentença judicial. A experiência tem mostrado que a distância física existente entre o juiz togado e as partes litigantes faz com que sejam despercebidas nuances essenciais para o entendimento da causa, o que torna as sentenças por vezes distantes da solução adequada para o termo da lide social. O que se consegue, nestes casos, é somente o fim do processo, sem que haja um real entendimento entre as partes, que na maioria das vezes apenas aumentam a desavença que já tinham previamente ao início do processo.

Faz-se necessário ainda informar as partes de que o acordo firmado em audiência recebe valor de título executivo judicial, podendo ser executado forçosamente em caso de inadimplência. Em sendo firmado o acordo, nada mais poderão reclamar uma contra outra as partes no tocante ao pedido da ação da qual se designou a audiência conciliatória. Interessa citar neste ponto que, no caso de acordo firmado entre as partes nas audiências conciliatórias que em sede dos Juizados Especiais Criminais, a composição de danos materiais além de servir como título executivo no cível, extingue a punibilidade do autor do fato.

Iniciadas as discussões entre as partes, cabe ao conciliador permanecer imparcial e livre de preconceitos que venham a modificar e externar sua opinião, devendo sempre buscar que as partes encontrem uma solução satisfatória para si mesmas.

É fundamental que o autocompositor, o responsável pelo bom andamento do processo, seja hábil a fim de se comunicar muito bem, sendo capaz de exprimir seus pensamentos de forma simples e clara, porém apurada, e de receber os pensamentos provenientes das partes sabendo interpretá-los de acordo com a intenção de quem os exprimiu. Afinal, é com as informações que recebe das partes que o autocompositor poderá trabalhar a fim de trazer à tona as possíveis soluções do conflito. E, somente se o conciliador comprovar que sabe ouvir e compreender as partes é que elas realmente prestarão as informações necessárias para que possa desenvolver o seu trabalho.<sup>4</sup>

Nos casos em que as partes estejam enfrentando dificuldades em encontrar uma solução razoável para a celebração do acordo, pode o conciliador incentivar as partes na formulação de propostas razoáveis, sendo-lhe defeso, no entanto, pressionar qualquer uma das partes a aceita-las, tampouco favorecer um dos litigantes em qualquer hipótese.

---

<sup>4</sup> BACELLAR, P. R. *Juizados Especiais: A nova mediação paraprocessual*. São Paulo, 2004. p. 164.

Qualquer acordo poderá ser celebrado entre as partes, podendo envolver valores monetários, bens, prestação de serviços, obrigações de fazer, de não fazer, etc. Deve o conciliador estar atento, no entanto, para que o objeto do acordo não resulte da cessão de um bem jurídico indisponível, como, por exemplo, a liberdade, a saúde, a guarda de um filho ou até mesmo um bem adquirido em comunhão universal sem que haja a anuência do cônjuge. É neste ponto justificável a necessidade de lavratura de ata escrita pelo conciliador do acordo realizado entre as partes, tendo em vista que se faz necessária a especificação do objeto do acordo e da forma como será realizado. Em sendo redigido de forma a não clarificar aquilo que fora ajustado o acordo pode ter sua natureza de título executivo questionada, colocando em risco a vontade originária das partes que o celebraram perante o Juizado.

Merece destaque a previsão legal garantida pela Lei 9.099/95 ao permitir que as partes postulem nos Juizados Especiais sem o patrocínio de advogado nas causas de até vinte salários mínimos. Tal garantia logicamente se estende às audiências conciliatórias, ocasiões em que as partes poderão pessoal e livremente discutir acerca da composição da lide. Interessa explicitar, ainda, que a ausência de advogado patrono nas audiências conciliatórias não impede que sejam celebrados acordos de valores superiores a vinte salários mínimos, e até mesmo de valores superiores ao teto dos Juizados Especiais Estaduais, de quarenta salários mínimos, conforme se pode extrair da interpretação do art. 57 da Lei 9.099/95, *in verbis*:

O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial.

A jurisdição dos Juizados Especiais neste dispositivo legal teve sua função ampliada com o viés de promover a conciliação entre as partes no âmbito sociológico, deixando em segundo plano a questão da competência jurisdicional. É evidente que o acordo firmado entre as partes que supere o limite de quarenta salários mínimos não poderá ser homologado ou executado em sede dos Juizados Especiais, porém não é defesa a possibilidade de celebração destes acordos em sessão conciliatória, podendo inclusive o conciliador redigir a ata que firme o acordo, contanto que seja o mesmo submetido ao órgão competente, e por este homologado. Antonio Raphael Silva Salvador demonstra por intermédio da redação

do art. 57 da Lei dos Juizados que o acordo *poderá ser homologado no Juízo competente, (...) aproveitando os Juizados, sempre informais e onde se buscam soluções para os problemas a eles trazidos, para servirem de veículo para a conciliação de todo e qualquer conflito de interesses.*<sup>5</sup>

A finalidade da audiência conciliatória logo na fase inicial do procedimento, frisa-se, resta na tentativa da resolução do conflito de maneira célere, econômica, simplificada, pessoal e, principalmente, satisfatória. A conciliação retoma as origens do direito no tocante à pessoalidade da busca da tutela do bem jurídico em questão, tornando desnecessárias as funções burocráticas de intermediários tais como o juiz, os serventuários da justiça e os próprios cartórios judiciais. Princípios básicos de humanidade são os cernes da conciliação, tal como a oralidade em forma de diálogo no lugar do monólogo escrito prolatado pelos juízes em despachos e sentenças. A simplicidade deve ser o norte a ser seguido pelo conciliador, ente muitas vezes responsável pela apresentação das partes ao Judiciário. Explicações claras e acessíveis, liberdade às partes para acordarem entre si e habilidade no trato pessoal são essenciais para o sucesso da conciliação como instrumento pacificador entre as partes.

## 2.2 PANORAMA ATUAL DOS ACORDOS JUDICIAIS NO CENÁRIO NACIONAL

A conciliação em sede judicial, ainda que obrigatória em feitos de diversas naturezas, é reconhecidamente um instituto de pouca eficiência na prática forense nacional, tendo sua utilização, estudo e aprofundamento reduzidos. O índice de acordos frutíferos realizados na justiça brasileira, segundo o CNJ está ao redor de 20%, enquanto esta taxa chega a até 70% em países como os Estados Unidos (sendo que 23% dos processos são julgados antecipadamente, extintos em decorrência de preliminares acatadas, etc.)<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> SALVADOR, A. R. S. **Juizados Especiais Cíveis**. São Paulo, 2000, p. 82.

<sup>6</sup> MACHADO, R. B. e MATTOS, E. J. **Juros legais X Mercado: um possível incentivo ao aumento do número de acordos judiciais** em *Economic Analysis of Law Review*; Vol. 2, No 2 (2011): *Economic Analysis of Law Review*. Porto Alegre, 2008, p. 241.

O interesse na conciliação judicial, para o autor, para o réu e para a administração da justiça, é inegável, tendo em vista os inúmeros efeitos benéficos desencadeados tanto aos litigantes quanto à própria estrutura judiciária. Não somente o reduzido lapso temporal necessário ao julgamento de uma lide que tem seu desfecho em acordo judicial, mas a sensível redução nos custos do processo é de grande interesse a todos os indivíduos que figuram nos vértices da relação triangular do processo. Os custos envolvidos não se limitam aos óbvios e já amplamente citados, tais como custas processuais, honorários advocatícios e sucumbenciais; ultrapassando a seara mais exposta desta discussão, um processo judicial envolve custos operacionais e de recursos humanos que vão muito além de advogados e prepostos, onerando partes singulares e escritórios de grandes empresas que litigam em juízo.

Além destes fatores facilmente visualizáveis no plano material, é importante frisar o efeito benéfico no plano social da prática conciliatória apaziguadora, repercutindo na interação positiva entre as partes e na real solução dos conflitos sociais trazidos a juízo. A lide não se resume ao que consta dos autos, como hodiernamente operadores do direito propalam, mas tem seu cerne justamente em uma situação fática que, por vezes, não se encontra devidamente detalhada nos autos, e mesmo que assim estivesse, não seria solucionada satisfatoriamente por mera dicção do magistrado que sentencia nos autos.

A celebração de acordos, mesmo diante destes gritantes benefícios, apresenta baixos índices de sucesso no Brasil. As razões para este resultado são diversas e das mais variadas complexidades. A explicação clarividente para este insucesso, todavia, usualmente converge à falta de incentivo claro aos litigantes para que sejam realizadas propostas conciliatórias e, principalmente, conciliadoras. As partes reciprocamente presumem-se como entes autointeressados, agindo, em decorrência disto e como forma de proteção, de forma a maximizar seus ganhos e evitar perdas por condutas oportunistas da parte adversa no processo.

Da forma como a conciliação é usualmente apresentada às partes esta maximização de benefícios é aparentemente reduzida, ou pelo menos ocultada, reduzindo sensivelmente os incentivos à realização de acordos. A solução quase que instintiva encontrada pelas partes para obter proteção de condutas perniciosas de seus *adversários* é o silêncio quanto à proposta de composição, enclausurando-

se a manifestação pessoal sob a forma escrita dos autos e postergando-se a decisão até o momento em que se dê a manifestação magistral.

Ao realizar-se uma análise detalhada dos custos de um processo judicial de média duração, contudo, verifica-se que o palpite inicial e intuitivo de economicidade ao se postergar o pagamento de dívidas judiciais pode estar errado. É comum que réus, em especial os empresários, tendam a postergar o adimplemento de obrigações pelo período mais prolongado possível na tentativa de não se descapitalizar, de forma a prejudicar a atividade empresarial. Ocorre que, ao tomar esta atitude, usualmente os réus não analisam friamente os custos de uma demanda judicial que se posterga no tempo por alguns anos.

Para constituir prova clara que refuta o comum pensamento de economia pela escusa à solução célere de conflitos judiciais construiu-se o seguinte panorama pautado na rotina dos tribunais. É ponto pacífico na prática forense atual a aplicação de juros legais nas demandas cíveis privadas, além de atualização monetária com base no índice IGP-M calculado pela Fundação Getúlio Vargas. No caso hipotético de ação cujo objeto mediato seja o recebimento de uma dívida de iniciais R\$ 100.000,00 pelo autor, tal valor chegará, transcorridos seis anos desde o ajuizamento da ação, em virtual sentença, num quantum de R\$ 245.932,70 (período considerado de 21/08/2007 a 21/08/2013).

Em que pese a expressividade deste valor, é comum no pensamento do empresariado nacional a cultura de que elevados valores devidos a credores, se investidos em outras atividades, ou até mesmo na própria atividade desenvolvida pela empresa devedora, seriam capazes de gerar um valor superior ao qual seria condenada a empresa ao fim do processo. Este raciocínio, contudo, é na maioria das vezes infundado. No período virtual de seis anos entre o ajuizamento da ação e a sua correspondente sentença, compreendido entre 21/08/2007 e 21/08/2013, nenhum investimento financeiro demonstrou lucratividade suficiente para compensar os juros legais cominados com a correção monetária com base no IGP-M do mesmo período.

O argumento de que o investimento na própria atividade empreendida pelo devedor resultaria em melhores resultados também é pouco provável. Em análise à taxa de lucratividade de 16 diferentes ramos empresariais no período compreendido entre 2007 e 2013 apenas uma atividade empresarial, a mineração, mostrou-se lucrativa a ponto de compensar o valor devido ao credor judicial. Em qualquer outro

ramo que estivesse inserida a empresa devedora, muito provavelmente, iria auferir lucros inferiores à evolução da dívida judicial.

Pelos dados observados parece bastante clara a impossibilidade de se auferirem lucros superiores à evolução da dívida que é postergada em juízo. É elementar observar-se ainda que não foi considerada no montante devido judicialmente a verba sucumbencial devida ao advogado da parte vencedora, a qual varia entre 10% e 20% do valor da condenação, valor que majoraria sensivelmente os valores anteriormente apresentados. Desta forma, há uma gritante incongruência entre a simples, imediata e evidente análise dos benefícios da via conciliatória e a sua real utilização e eficiência prática. A razão pela qual a via conciliatória não surte no plano fático os seus efeitos é ainda desconhecida, porém há instrumentos hábeis à realização de uma análise mais aprofundada das motivações da sua inutilização, objetivo ao qual dedica-se o estudo das próximas páginas.

### **3. A QUESTÃO DA EFICIÊNCIA SOB A ÓTICA DA ANÁLISE DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO: DIVERGÊNCIAS E PONTOS DE TOQUE ENTRE CECIL PIGOU E RONALD COASE**

Diversas explicações são atribuídas aos baixos índices de acordos celebrados pela justiça brasileira em suas diversas searas, salvo raríssimas exceções. Os insucessos são levemente atribuídos à falta de informação dos litigantes, ao desinteresse daqueles que detém condições socioeconômicas superiores, à ineficiência da própria justiça na promoção de acordos e até mesmo à mentalidade brasileira arraigada à força e ao poder atribuídos à sentença magistral condenatória.

Ainda que todas estas explicações possam ser em certa medida verídicas, não há até o momento pesquisas ou dados empíricos que as comprovem, tampouco explicações pautadas em fatores tangíveis que possam compreender a opção dos litigantes em não celebrar acordos judiciais ou pré-processuais.

Diante desta situação, faz-se necessária a utilização de um ferramental moderno e idôneo à avaliação de todas as variáveis. A escolha do ferramental da Análise Econômica do Direito não surgiu do acaso, mas decorre da clareza e da racionalidade das teorias econômicas do direito assim como da aplicabilidade universal de suas lições. Contrariando a presunção comum acerca do tema, a Análise Econômica do Direito não tem necessária conexão com a ideia de dinheiro, mas conecta-se ao conceito de escolha inerente ao ser humano. A Análise Econômica do Direito, por intermédio de suas mais diversas teorias, busca compreender e explicar o mecanismo de escolha adotado pelos seres humanos quando se depara com situações que demandam decisões, levando em consideração a racionalidade quanto às consequências do ato decisório ante o direito como norma jurídica.

Diante disto, no presente estudo optou-se pela realização das causas e efeitos da escolha pela via conciliatória ou pela via judicial pautando-se nas lições deixadas por Ronald Harry Coase e um de seus sucessores intelectuais, Oliver Williamson. Não foi limitada a análise das condutas humanas tão somente a estes

dois autores, mas foram feitas leituras breves das teorias de Arthur Cecil Pigou, Herbert Simon e outros economistas e juristas estudiosos das teorias econômicas do direito.

A análise dos acordos judiciais sob a ótica dos custos de transação pauta-se em semelhante estudo abordado por Ronald H. Coase em seu ensaio “O Problema do Custo Social”, datado de 1960. Nesta ocasião, Coase utilizou-se da possibilidade de transações entre partes com interesses conflitantes sem a intervenção do Estado para solucionar problemas que envolviam direitos exercíveis, porém invasivos reciprocamente em algum momento ou medida.

O estudo de Coase não partiu de uma ideia autônoma, mas desenvolveu-se como forma de confronto à análise até então majoritária acerca de situações que envolvessem a transação entre as partes para a obtenção do equilíbrio eficiente. Até então, vigia o entendimento de que a regulamentação fazia-se necessária para obtenção do equilíbrio eficiente, teoria que era patrocinada por diversos estudiosos, dentre os quais se destaca Arthur Cecil Pigou em sua obra “*The Economics of Welfare*”.

Em suma, Pigou defendia que o alcance do equilíbrio eficiente entre as partes cujos direitos disponíveis se contrapunham não era possível sem a intervenção regulamentadora do Estado, não sendo desejável que as partes transigissem livremente. O raciocínio de Pigou pautava-se na premissa básica de que os custos experimentados pelas partes eram sentidos de forma distinta, ainda que quantitativamente fossem idênticos. O prejuízo de \$100 sofrido por uma grande empresa, por exemplo, seria facilmente suportado em decorrência de sua condição financeira, enquanto o mesmo dispêndio de \$100 poderia reduzir um indivíduo particular à míngua, privando-o da própria subsistência.

No “invisible hand” can be relied on to produce a good arrangement of the whole from a combination of separate treatments of the parts. It is therefore necessary that an authority of wider reach should intervene to tackle the collective problems of beauty, of air and light, as those other collective problems of gas and water have been tackled<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup>Tradução livre: “Não há “mão invisível” capaz de produzir um bom arranjo idôneo ao controle do todo a partir da combinação de tratamentos separados de cada uma das partes. Portanto, faz-se necessária a intervenção de uma autoridade de maior alcance para intervir nos problemas coletivos pertinentes à qualidade do ar, da claridade, além de outros problemas coletivos relativos à poluição da água e do ar. YANDLE, B. **Much Ado about Pigou**, Clemerson, 2010. P. 3. Disponível em <http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2010/2/regv33n1-9.pdf>. Acessado em 21/08/2013.

Desta forma, Pigou propunha que o alcance do equilíbrio eficiente seria possível mediante a intervenção estatal capaz de equalizar os custos entre os particulares. Uma das formas mais amplamente abordadas por Pigou para tornar possível tal equalização foi a imposição de taxas àqueles que estivessem praticando atividades prejudiciais aos demais, as quais são intituladas em sua obra como ‘antissociais’. Em *The Economics of Welfare* aborda-se eminentemente a questão do dano causado por indústrias à sociedade (danos ambientais, poluição do ar, poluição sonora, perigo da atividade à vizinhança, etc.), o que torna a questão da aplicação de impostos e taxas adicionais a tais atividades algo próximo da realidade contemporânea.

Pela proposta de imposição de impostos a determinadas atividades realizada por Pigou, pode-se imaginar que seu intuito era de coibir a prática de determinadas condutas tidas como antissociais, reduzindo-as ou até mesmo extinguindo-as, de forma a excluir o prejuízo à sociedade.

Pela cobrança de taxas proposta por Pigou não apenas se estaria desestimulando a prática de uma conduta indesejada por um determinado ator, visto que tal ato demandaria o dispêndio de pecúnia, mas ainda haveria a possibilidade sugerida pelo autor de que as taxas pagas pelos agentes que insistissem em praticar a conduta coibida fosse utilizada na reparação dos danos por eles causados.

It is, however, possible for the State, if it so chooses, to remove the divergence in any field by “extraordinary encouragements” or “extraordinary restraints” upon investments in that field. The most obvious forms which these encouragements and restraints may assume are, of course<sup>8</sup>.

Tal conclusão encabeçada por Pigou, todavia, é uma meia verdade. Cecil Pigou não levou em consideração que a imposição de taxas seria encarada pelos infratores sob um viés totalmente distinto de seu ideal colaborativo. Em verdade a imposição de taxas a tais atividades é o alvará definitivo para a prática das mesmas, visto que ao imputar ao agente o pagamento de uma quantia em pecúnia pela prática de determinada conduta, o Estado está garantindo ao particular a

---

<sup>8</sup> Tradução livre: É, no entanto, possível para o Estado, se este assim decidir, acabar com as divergências em qualquer campo por intermédio de “incentivos extraordinários” ou “restrições extraordinárias” que venham a recair sobre os investimentos no campo em questão. **Idem**. Op. Cit. p. 4.

autorização para a prática da mesma conduta, ainda que seus efeitos sejam lesivos à coletividade. A imposição de um pênalti pecuniário pela prática de um ato lesivo não é um verdadeiro obstáculo, mas apenas um custo a ser considerado quando da prática de determinada conduta perniciosa.

Pelo pagamento de taxas e impostos para a prática de algumas atividades, o particular passa a desfrutar de autorização para a contínua prática de atividade que traz prejuízos a terceiros, sem que tenha que indenizá-los ou barganhar com eles. Tal prática poderia ser mais interessante se Pigou tivesse previsto a cessão destas taxas diretamente aos indivíduos que são prejudicados pela conduta do pagador, abrindo espaço para a transação entre os envolvidos. A teoria original de Pigou, todavia, não previu tal possibilidade, limitando-se à previsão de imposição de taxas que viessem a equalizar as condutas dos particulares, incentivando ou desincentivando determinadas condutas pela cobrança ou não de taxas para seu exercício.

No ano de 1960, vinte e oito anos após a publicação de *The Economics of Welfare*, o engenheiro britânico Ronald Coase contrapôs sua teoria envolvendo a novíssima consideração dos custos de transação aos escritos do economista Cecil Pigou. Seus estudos publicados em *The Problem of Social Cost* pautavam-se na análise das interações entre particulares impulsionados por interesses conflitantes revolucionaram os estudos da Economia do século XX por suscitarem a até então ignorada existência dos custos de transação.

Ao contrário do que se propala em rodas de conversa de economistas e juristas, Coase compactuava com Pigou em diversos pontos de sua teoria, todavia discordava naquilo que tornou célebre sua Teoria do Custo Social: a ineficiência do Estado como regulamentador. Enquanto Pigou acreditava que o Estado poderia regulamentar as relações particulares de forma a equalizar os custos sociais, Coase defendia que o Estado era inapto para tanto, visto que não era capaz de avaliar objetiva e casuisticamente os custos envolvidos nas relações privadas.

What emerges implicitly is that he [Coase] does not want to consider the tools that Pigou proposes to have the maximization of social welfare. He is pessimistic with regard to liability rules tool as well as to Pigouvian taxes tool. This idea emerges in many passages of the famous article<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Tradução livre: O que emerge implicitamente é que ele (Coase) não deseja considerar que as ferramentas propostas por Pigou buscam a maximização do benefício social. Ele é pessimista em relação à confiabilidade legal das ferramentas Pigouveanas relativas à imposição de taxas. Esta ideia

Para Coase, em uma situação ideal em que os custos de transação sejam nulos, não há qualquer indivíduo no mundo, tampouco o próprio Estado, capaz de definir melhor uma solução eficiente capaz de promover o exercício dos direitos de particulares conflitantes do que os próprios particulares envolvidos!

Mas deve ser lembrado que a questão imediata encarada pelos tribunais não é o que deve ser feito por quem, mas quem tem o direito de fazer o quê. É sempre possível modificar, através de transações no mercado, a delimitação inicial dos direitos. E, é claro, se tais transações no mercado são sem custo, tal realocação de direitos sempre irá ocorrer se levar a um aumento no valor da produção<sup>10</sup>.

A grande crítica, e a brecha da teoria de Coase, tratada seriamente somente por Oliver Williamson, décadas depois, reside na questão de obtenção de custos de transação nulos para que a solução eficiente seja alcançada pelos envolvidos. Coase insistiu em afirmar por anos que o custo de transação zero seria alcançável em uma situação em que os direitos proprietários fossem extremamente bem definidos a ponto de ser amplamente conhecido o alcance e as limitações do direito de propriedade de cada indivíduo.

Isto, todavia, não é verdade. Anos depois Williamson demonstrou em suas teorizações que os custos de transação não se resumem à certeza quanto aos direitos de propriedade envolvidos, mas estendem-se aos critérios da frequência das transações, da incerteza do cumprimento dos acordos e da especificidade dos ativos envolvidos. Williamson comprovou que, apesar da possibilidade de redução dos custos de transação, não há situação real em que tais custos inexistirão, formulando a partir de então uma das primeiras teorias de custo social que leva em consideração custos de transação positivos.

Ainda que Coase tenha sido leviano e até mesmo inocente ao considerar em suas teorizações a possibilidade de extinção dos custos de transação pela idônea definição dos direitos proprietários, não se podem condenar suas leituras por inteiro. Coase, ainda que de forma precária, foi o primeiro teórico a introduzir a questão dos custos de transação em suas análises, o que representou um passo primordial em relação à *teoria pigouviana*, que apesar de mais consistente em suas análises

---

emerge da leitura de várias passagens do famoso artigo. BAFFI, Enrico. **Coase versus Pigou: A difficult debate still today**, p. 8.

<sup>10</sup> COASE, R. H. **O Problema do Custo Social** in *Journal of Law and Economics*, 1960, p. 12.

casuísticas, desconsiderou a questão dos custos de transação, ou mesmo eliminou-a por considerá-la intransponível.

A discussão é proba e pertinente, e para que seja alcançada alguma conclusão, faz-se necessária a colaboração das questões suscitadas e cujas respostas foram alcançadas anos depois por Oliver Williamson: é possível mensurar e vender os custos de transação? O Estado está apto a anular os custos entre as partes, ou ao menos redistribuí-los? Ou os indivíduos privados podem e devem fazê-lo por si próprios, de forma autônoma?

### **3.1 A SUPERAÇÃO DA TRADICIONAL ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONFLITOS: A TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO SOB A ÓTICA DE OLIVER WILLIAMSON**

O estudo de Oliver Williamson acerca dos custos de transação surgiu da necessidade de estruturação das análises empresariais que eram suscitadas à época, visto que até então era desconsiderada a questão dos custos envolvidos nas tratativas entre empresários entre si e com seu público interno (empregados). Ainda que Coase tivesse suscitado a questão dos custos existentes nas transações, não existia ainda qualquer quantificação ou demonstração dos mesmos no plano fático.

Williamson acreditava que qualquer situação que envolvesse a troca de informações ou riquezas envolveria um custo inerente às tratativas realizadas entre as partes, sendo tal situação passível de análise pela Teoria dos Custos de Transação. A definição de custos de transação ainda não era pacífica à época, existindo diversas explicações pouco precisas e que desconsideravam as especificidades existentes no plano material.

Inicialmente Kenneth Arrow, em 1969, definiu custos de transação como “*the costs of running the economic system*”<sup>11</sup>. Posteriormente Azevedo elaborou um conceito mais específico, definindo custos de transação como aqueles incorridos na “*elaboração e negociação dos contratos, mensuração e fiscalização de direitos de*

---

<sup>11</sup> ARROW, K. J. **The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocations** *in* **Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PPP System**, Volume 1, 1969, p. 48.

*propriedade, monitoramento do desempenho e organização de atividades*<sup>12</sup>". Por fim, Jurg Niehans define os custos de transação de forma mais sintética, identificando-os com o dispêndio sofrido pelos contratantes de forma econômica e não-econômica, estando inserido no tempo gasto nas tratativas e no esforço empreendido para definição, explicação e identificação dos objetos transacionados, além do custo na adequação das tratativas às normas jurídicas vigentes e do cumprimento das mesmas.

A lógica coasena trouxe à tona a inferência de que a celebração de contratos privados entre as partes seria a forma mais eficiente de redução dos custos de transação, visto que a definição adequada dos direitos proprietários faria com que naturalmente fosse alcançado o equilíbrio eficiente. Coase, todavia, desconsiderou as definições mais modernas de custos de transação trazidas pelos teóricos supracitados, em especial e de relevante interesse as de Niehans.

As tratativas empreendidas pelas partes contratantes jamais tendem à igualdade, mas, pelo contrário, tendem à absoluta singularidade. Dificilmente serão firmados dois contratos idênticos entre indivíduos com interesses opostos, o que gera custos de transação imensuráveis e imprevisíveis para cada tratativa. Em cada caso haverá o necessário dispêndio econômico ou não para a avaliação dos ativos transacionados, de sua qualidade e quantidade, além da avaliação subjetiva do proveito do mesmo para o particular.

Ainda e não menos importante, além da análise anterior à contratação, de imensa importância para a Teoria dos Custos de Transação é a análise dos custos posteriores à transação. A redação do contrato entre as partes deverá ser clara o suficiente para evitar que posteriormente surjam dúvidas acerca do cumprimento do avençado. Ainda, para que se verifique o cumprimento do acordo as partes sofrerão um dispêndio, econômico ou não, o qual será ainda maior no caso de inadimplemento da obrigação.

---

<sup>12</sup> AZEVEDO, P. F. **Nova Economia Institucional: referencial geral e aplicações para a agricultura** *apud* PESSALI, H. F. Teoria dos Custos de Transação: uma avaliação à luz de diferentes correntes do pensamento econômico, disponível em <http://org1.wikispaces.com/file/view/TCT.pdf/103634545/TCT.pdf>, acessado em 20/09/2013.

### 3.2 ATRIBUTOS INDIVIDUAIS DOS CUSTOS TRANSACIONAIS: BUSCA DA EFICIÊNCIA, LIMITAÇÃO DA RACIONALIDADE E OPORTUNISMO

Em sua obra datada de 1981, *The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach*, Oliver Williamson determinou que para a análise dos custos de transação far-se-ia necessário definir alguns atributos dos indivíduos envolvidos nas relações de transação, para então ser possível a realização da dimensão analítica das transações. Nesta esteira, Oliver Williamson definiu que os indivíduos interagem em suas relações de troca buscando a maximização de seus interesses, ou seja, a eficiência. Tal busca, todavia, tende a não se completar em sua plenitude em decorrência de atributos inatos a todos os indivíduos e até mesmo às firmas: o limite da racionalidade e o oportunismo.

Opportunism, however, is more than simple self-interest seeking. It is self-interest seeking with guile: agents who are skilled at dissembling realize transactional advantages (...) Bounded rationality involves neurophysiological limits on the one hand and language limits on the other. The physical limits take the form of rate and storage limits on the powers of individuals to receive, store, retrieve, and process information without error. (...) Language limits refer to the inability of individuals to articulate their knowledge or feelings by the use of words, numbers, or graphics in ways which permit them to be understood by others<sup>13</sup>.

Williamson pautou-se em leituras de Herbert Simon para chegar à conclusão de que todos os indivíduos, por mais centrados que estejam na busca da eficiência, jamais irão agir com total racionalidade nas suas escolhas. A deficiência na racionalidade humana decorre de várias circunstâncias, todavia a principal delas é a impossibilidade material de realização de todos os cálculos mentais idôneos à descoberta da tomada de decisão mais eficiente.

Ao tomar uma decisão que busca a eficiência, o indivíduo forma em sua mente um rol de possíveis condutas a serem tomadas, tenta delimitar as

---

<sup>13</sup> Tradução livre: Oportunismo é, no entanto, mais do que simples busca do autointeresse. É busca do autointeresse com malícia: agentes que têm habilidades na obtenção de vantagens em relações de transação (...) delimitando racionalmente os limites neuropsicológicos com uma mão, e a externalização linguística com a outra. Os limites físicos tomam proporção e permitem acúmulo até os limites do recebimento individual para o recebimento, acúmulo, recuperação e processo de informação sem erro. (...) Os limites da linguagem se referem à inabilidade dos indivíduos de articular o próprio conhecimento os os sentimentos pelo uso de palavras, números ou gráficos em vias que os permitam ser entendidos pelos outros. WILLIAMSON, O. E. **Markets and Hierarchies**, New York, 1975, pp. 21-22 e 255.

consequências de cada uma destas condutas e avalia tais consequências antes as circunstâncias que se apresentam. Tal processo cognitivo, ainda que possível, não é factível na maioria das hipóteses, visto que demanda um quantum temporal excessivo, além de exigir informações que muitas vezes fogem da esfera de conhecimento do indivíduo.

Desta forma, a saída intuitiva e mais eficiente encontrada pela maioria dos agentes é a análise de acontecimentos pretéritos para propiciar um cenário possível e provável baseado no rol de atitudes disponíveis no presente. Nas palavras de Herbet Simon, *“o que o indivíduo faz, na realidade, é formar uma série de expectativas das consequências futuras, que se baseiam em relações empíricas já conhecidas e sobre informações acerca da situação existente<sup>14</sup>”*.

Tal mecanismo decisório pode parecer frágil e ineficiente, todavia decorre de uma impossibilidade prática de obtenção de informações de melhor qualidade. O que ocorre em muitas situações no plano material é que o custo da informação mostra-se inviável para o tomador de decisões adquiri-lo, o que acaba por limitar sua racionalidade. A tomada de decisão, ainda que com informações deficientes, mostra-se mais factível que a aquisição de informações para a tomada da decisão. Trata-se, em suma, de uma análise do tipo custo-benefício acerca da aquisição de informação, em que o indivíduo somente dispenderá de pecúnia ou energia para ter a informação na hipótese de potencial lucro superior ao gasto inicial.

Diante de situações em que há informações indisponíveis a uma das partes, ou ao menos informações de difícil acesso, é comum que se observe pelo contratante adverso uma conduta oportunista, de forma a buscar alguma forma de proveito diante da vantagem que tem sobre o outro. A partir do momento em que a parte adversa tem percepção de que o custo informacional de seu interlocutor é elevado e que o mesmo provavelmente optará por seguir seus instintos ou pautar suas condutas em cenários preestabelecidos, surge espaço para a tomada de condutas ditas oportunistas.

O oportunismo é um comportamento tido por Williamson como comum a todos os homens, tendo o autor descartado os casos de benevolência e idoneidade límpidas em que o indivíduo age sem qualquer interesse econômico numa

---

<sup>14</sup> SIMON, H. A. **Administrative Behaviour**, 1965, p. 81.

transação, o que não é, via de regra, observável em tratativas contratuais cotidianas e em negociações empresariais.

A conduta dita oportunista ocorreria com maior intensidade nas relações em que os direitos patrimoniais não estão bem definidos, em desobediência ao preceito de Coase para que haja eficiência nas transações. Ocorre que Coase não levou em consideração a dificuldade, ou até mesmo impossibilidade no alcance de uma situação em que os direitos patrimoniais estão perfeitamente delimitados. Ainda que a via contratual seja um caminho que reduza consideravelmente as sombras acerca do alcance da propriedade de cada um dos contratantes, ainda assim não estará extinta tal possibilidade, haja vista da limitação da racionalidade, em especial quando decorrente dos altos custos da informação. Neste sentido, pronuncia-se Williamson:

More generally, opportunism refers to the incomplete or distorted disclosure of information, especially to calculated efforts to mislead, distort, disguise, obfuscate, or otherwise confuse. It is responsible for real or contrived conditions of information asymmetry, which vastly complicate problems of economic organization. [...] Plainly, were it not for opportunism, all behavior could be rule governed. This need not, moreover, require comprehensive preplanning. Unanticipated events could be dealt with by general rules, whereby the parties agree to be bound by actions of a joint profit-maximizing kind<sup>15</sup>.

Neste sentido, percebe-se que num panorama factível dificilmente seria alcançável o estado em que as partes transacionantes desfrutariam de um nível equilibrado de informação acerca da propriedade envolvida sem que houvesse organização de tais relações pelo Estado. A livre convenção de regras superiores capazes de nortear as tratativas, sugerida por Williamson, não seria alcançada por indivíduos que têm ciência de uma condição superior no panorama informacional, visto que daí poderiam haver para si mesmas um benefício econômico.

Ainda que fosse tentada a regulamentação contratual entre as partes de forma a obter um resultado eficiente, os custos envolvidos seriam significativos,

---

<sup>15</sup> Geralmente o oportunismo se refere à parcial ou total divulgação da informação, especialmente no que se refere ao cálculo do esforço para distorcer, alterar ou obscurecer a informação. É uma das responsáveis pela parcial ou total assimetria informacional, a qual complica gravemente os problemas das organizações econômicas. (...) Claramente, se não fosse pelo oportunismo, todos os comportamentos poderiam ser controlados. E não necessitariam de planejamentos aprofundados. Eventos imprevistos seriam encarados por regras gerais em que as partes aceitariam ter suas condutas regidas por uma regra geral que maximizasse o benefício de ambas. WILLIAMSON, O. E. **The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**, New York, 1985, pp. 47-48.

impactando tanto anteriormente quanto posteriormente às tratativas. Inicialmente far-se-ia necessário avaliar o acesso à informação e a forma como a propriedade das partes é delineada. Para o momento posterior à transação, mais custos são previstos para a manutenção do avençado, visto que o cumprimento do acordo deve ser monitorado, o que por si só já traz custos, além de, eventualmente, ser executado em caso de inadimplemento, ocasião em que os custos de transação são elevados consideravelmente.

### **3.3 DIMENSÕES ANALÍTICAS DAS TRANSAÇÕES: ESPECIFICIDADE DOS ATIVOS, INCERTEZA DO CUMPRIMENTO E FREQUÊNCIA DOS ACORDOS**

Feita a apresentação das características dos indivíduos envolvidos em negociações de transação (racionalidade limitada e oportunismo), resta a análise proposta por Williamson das características das próprias transações em si mesmas, com vistas às características humanas e falhas dos transacionantes.

Oliver Williamson aborda o tema com três características das transações: a especificidade dos ativos, a incerteza do cumprimento e a frequência, atribuindo maior ênfase à primeira e menor à última. A importância da análise destas características não é um fim em si mesmo, mas adquire grande valor ao servir de ferramenta que possibilita o enquadramento de situações fáticas a arranjos mais ou menos institucionais de negociação entre as partes. Conforme as circunstâncias, os acordos firmados pelas partes serão mais ou menos eficientes se utilizarem-se ferramentas institucionais ou contratuais forem utilizadas. Em síntese, haverá casos em que a livre disposição pelas partes será mais eficiente, enquanto em outras circunstâncias a intervenção estatal poderá surtir melhores resultados.

Como já dito, Williamson considera a especificidade dos ativos envolvidos como a característica de maior relevância para a análise dos meios idôneos à realização de acordos entre as partes. A especificidade pode estar enquadrada em diversas categorias, dentre as quais se destacam no estudo da Economia a especificidade geográfica ou espacial, a especificidade física do ativo, a especificidade do capital humano, a especificidade de capital dedicado e a

especificidade temporal. Ainda que todas as espécies de especificidade sejam relevantes no estudo da Economia, para o Direito há proveito dos conceitos de especificidade física do ativo e de especificidade temporal.

Por especificidade física do ativo entende-se a possibilidade de alocação do recurso objeto da transação em diversas situações ou condições, ligando-se diretamente à ideia de utilidade do ativo. Desta forma, um bem com alto grau de especificidade não poderá ser utilizado em qualquer atividade, mas terá seu emprego restrito a usos específicos, enquanto um bem de baixo grau de especificidade poderá ser utilizado em uma gama superior de atividades distintas.

Para o Direito o conceito de especificidade é relevante em decorrência da necessária efetividade que impulsiona as partes na realização de um acordo. É comum o emprego da moeda corrente como objeto mediato de quantificação aplicável à formalização de acordos judiciais, porém não há qualquer óbice à realização de acordos que envolvam quaisquer outras prestações ou bens, contanto que seja do interesse dos transacionantes. Neste caso as partes deverão estar atentas à especificidade do bem transacionado com vistas a sua utilização prática num dado período.

A propósito, de igual relevância é o conceito de especificidade temporal. Via de regra as partes optam pela realização de acordo no intuito de escapar de longas demandas judiciais com desfechos insatisfatórios não em decorrência de uma sentença que não contemple o objeto mediato tutelado, mas que o contemple com atraso que acarreta grandes prejuízos a quem detém o direito. Por vezes a tutela pleiteada em juízo só interessa ao demandante se for provida dentro de um determinado prazo, sendo por vezes mais interessante a obtenção parcial de tal tutela em um menor lapso temporal a obter a integral tutela após o excessivo transcurso de tempo necessário à prolação da sentença.

Neste viés, a especificidade temporal, definida como a análise do transcurso temporal até que se dê o cumprimento do acordo e os seus efeitos no plano material, é de grande importância àqueles que buscam a eficiência quando optam pela via dos acordos judiciais.

Por fim, a incerteza quanto ao cumprimento dos acordos também é um fator de importante análise dos custos de transação envolvidos em dada operação. A incerteza é o fator de risco a ser considerado pelos transacionantes quanto ao

cumprimento de todas as promessas realizadas em momento posterior, ou seja, é o risco de não cumprimento *ex post*.

A incerteza é imensurável, relacionando-se a circunstâncias deveras subjetivas e inconstantes, visto que estão diretamente ligadas aos atributos individuais do transacionante. Ronald Coase chegou a acreditar e defender que a delimitação das condições *ex ante* pela via contratual seria suficiente para a eliminação da incerteza quanto ao cumprimento dos acordos e, conseqüentemente, dos próprios custos de transações daí decorrentes. Coase não considerou, todavia, alguns dos atributos individuais dependentes ou não da vontade específica do autor com quem se transaciona, os quais acabam por criar risco para o cumprimento do pactuado *ex post*.

A este respeito, o oportunismo e a falta de racionalidade do indivíduo com quem se transaciona são elementos intrinsicamente conexos à incerteza quanto ao cumprimento do avençado. Ainda que haja extremo cuidado com a confecção do instrumento contratual ou qualquer que seja a via utilizada para se pactuar um acordo, é comum a prática dissimulada de indivíduos que alteram interpretações de dispositivos e utilizam-se de brechas dos mesmos para descumprir o que fora anteriormente acordado.

Ainda, por vezes a incerteza decorre de situações que superam a esfera de vontade das partes, geralmente em decorrência da irracionalidade de uma delas. A falta de percepção de todos os fatores envolvidos na transação pode conduzir as partes à realização de um acordo que desconsidera fatores essenciais para seu cumprimento, a ponto de impossibilitar que ocorra a satisfação das partes.

### **3.4 A VIA CONCILIATÓRIA – AVANÇOS E RETROCESSOS SOB A ÓPTICA PROPOSTA**

#### **OLIVER WILLIAMSON**

Feita breve síntese dos atributos individuais dos custos de transação e das dimensões analíticas que permeiam as tratativas transatórias, passa-se ao estágio de análise da via conciliatória proposta pelo legislador da lei 9.099/95 no Brasil sob o

crivo do estudo enveredado por Oliver Williamson em sua teoria dos Custos da Transação.

Neste momento se tentará traçar um paralelo entre a eficácia da via conciliatória em relação à eficácia comumente alcançada pela via judicial ordinária, utilizando-se para tanto das dimensões analíticas propostas por Williamson num primeiro momento e, posteriormente, pelos atributos individuais dos custos de transação envolvidos nos acordos judiciais. Desta forma, acredita-se que será possível em certa medida matematizar e quantificar os benefícios trazidos pela solução de litígios conciliatória, servindo tal análise para a reflexão dos resultados já obtidos e das possíveis melhoras a serem propostas para promoção da celeridade e eficiência da justiça brasileira.

Primeiramente, faz-se a análise das dimensões analíticas dos custos de transação envolvidos nas conciliações judiciais: a especificidade dos ativos e a incerteza no cumprimento do avençado, dispensando-se a análise da frequência dos acordos, visto que, conforme já elucidado, não repercute relevante importância para o presente estudo.

#### **3.4.1 ESPECIFICIDADE DOS ATIVOS ENVOLVIDOS NAS NEGOCIAÇÕES**

A especificidade dos ativos, conforme explicação prévia, subdivide-se em dois conceitos de interesse para o tema: a especificidade física do ativo e a especificidade temporal. A primeira refere-se à utilidade prática aos transacionantes do objeto mediato transacionado, enquanto a segunda tem ligação à questão do tempo envolvido na formalização e execução do acordo.

Traçando-se uma linha divisória entre a via judicial ordinária e a via conciliatória no que tange à especificidade do objeto envolvido na transação, verifica-se desde logo que a via judicial apresenta a vantagem de permitir às partes a livre escolha da prestação a ser entregue/recebida, coadunando a possibilidade e disponibilidade do devedor com o interesse e urgência do credor da obrigação. Ainda que pela via judicial ordinária seja possível a formalização de pedidos alternativos em ações condenatórias e mandamentais, a escolha das formas pelas

quais a prestação poderá ser quitada serão restritas às informadas pelo autor, sendo pequena a mobilidade do devedor para propor alternativas às opções já informadas na inicial.

Pela via conciliatória, em clara vantagem à via judicial comum, será possibilitado o diálogo direto às partes, podendo haver a flexibilização da forma pela qual a obrigação será cumprida, e até mesmo a negociação quanto ao objeto a ser entregue. Neste sentido, a especificidade do ativo será maximizada, podendo as partes optar pelo tradicional adimplemento pecuniário, parcelado dentro de qualquer prazo estipulado, ou por qualquer outro ativo que possa ser interessante a ambos os transacionantes.

A especificidade temporal é igualmente favorável à via conciliatória quando comparada à via judicial. Os acordos judiciais apresentam soluções imediatas à lide, surtindo os efeitos do avençado entre as partes desde logo. Quando não há o cumprimento imediato do acordo, há, ao menos, a expectativa de cumprimento do mesmo dentro do prazo estipulado para tanto entre as partes, como é o caso nas obrigações parceladas ou a serem realizadas em um prazo determinado.

Na via judicial ordinária, por outro lado, a especificidade temporal é prejudicada em dois sentidos. Primeiramente pela incerteza absoluta quanto à data ou época em que haverá o provimento do pedido judicial, e segundo pela já certa demora no atendimento à demanda. Mesmo que se descartem quaisquer delongas provocadas pelo assoberbado volume de processos que abarrotam os gabinetes de juízes e desembargadores, o próprio prazo previsto no Código de Processo Civil para que se garanta a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição às partes supera em muito o momento em que já se faz possível a composição das partes, que, via de regra, é a audiência inaugural, também conhecida como audiência conciliatória.

### **3.4.2 INCERTEZA DE CUMPRIMENTO DOS ACORDOS**

É comum verificar no âmbito dos Juizados Especiais certo receio das partes quanto à formalização de acordos em audiência conciliatória, visto que, dada a simplicidade do procedimento, há desconfiança de que o adimplemento da

obrigação será incerto e, em não ocorrendo, impossível será a sua execução. Tal preocupação, todavia, é indevida, haja vista de que as garantias quanto à execução de um acordo judicial são exatamente as mesmas de uma sentença condenatória ou mandamental proferida por um juiz togado.

O artigo 475-N do Código de Processo Civil prevê expressamente o rol de títulos executivos judiciais, donde se desprende a literalidade do inciso III do supracitado dispositivo: “*III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo.*” Desta disposição exarase o entendimento de que, assim como os demais títulos executivos previstos no artigo 475-N, poderá o acordo ser executado nos termos expressos do artigo 475-J do diploma processual civil.

A ação executória embasada nos títulos arrolados no art. 475-N pauta-se num direito constituído *ex ante* para a produção de efeitos predeterminados *ex post*, graças à qualidade assecuratória que reveste tais títulos. A este respeito, Araken de Assis elucida-nos que *o título executivo constitui a prova pré-constituída da causa de pedir da ação executória. Esta consiste na alegação, realizada pelo credor na inicial, de que o devedor não cumpriu, espontaneamente, o direito reconhecido na sentença ou a obrigação*<sup>16</sup>.

O legislador, ao equiparar os direitos oriundos de sentença judicial àqueles derivados de acordo firmado em audiência conciliatória teve por objetivo o estímulo à formalização de acordos judiciais, visto que se conferiu à mera negociação entre as partes em juízo a força executória e a segurança de uma sentença judicial. Não caberá ao judiciário a valoração do acordo quanto à adequação ao direito material vigente, ou em relação à justiça do avençado, mas *as atribuições do órgão judiciário se cingem a verificar os elementos de existência e os requisitos de validade do negócio apresentado em juízo, não importando a natureza disponível ou indisponível do direito, a existência ou não de prévia controvérsia, cabendo respeitar tão só os limites gerais da auto-composição*<sup>17</sup>.

A incerteza quanto ao cumprimento do acordo, portanto, não é um fator de desabonador da via conciliatória em relação à via judicial tradicional, à medida que nenhum dos institutos apresenta vantagem ou desvantagem em relação ao outro. A disciplina legal aplicável às sentenças condenatórias é exatamente a mesma

---

<sup>16</sup> ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**, 2010, p. 160.

<sup>17</sup> Idem. **Ibidem**, p. 184.

aplicável aos acordos judiciais realizados a qualquer tempo, o que vem a retirar qualquer dúvida de partes receosas quanto à obtenção da tutela que pleiteiam.

### **3.4.3 A RACIONALIDADE LIMITADA DAS PARTES**

Passando-se à análise dos atributos individuais envolvidos nas tratativas conciliatórias com relação à via judicial ordinária, mais uma vez depara-se com um ponto vantajoso a favor da via conciliatória: o controle da racionalidade, ou melhor, da irracionalidade dos indivíduos que buscam a via conciliatória pelo conciliador.

Notadamente o comportamento humano hodiernamente pauta-se em premissas falsas e influencia-se por fatores irrelevantes para os objetivos previamente traçados, afastando as vias adequadas de alcance do objetivo inicial do ator e o colocando em cheque quanto às decisões necessárias para obtenção da satisfação pessoal, ou seja, da tutela específica que busca.

O cerne da limitação da racionalidade individual para a tomada de decisões que estejam em conformidade com os objetivos inicialmente delineados, segundo Oliver Williamson, repousa em dois fatores: a capacidade cognitiva insuficiente em diversos níveis e a assimetria informacional. Sem que se incorra em uma tautologia infundada, Williamson atribui a existência de custos de transação em todas as tratativas em decorrência quase que direta da limitação da racionalidade em cotejo com o oportunismo dos agentes. Desta forma, a incapacidade de formulação estritamente racional seria uma qualidade inata do ser humano, enquanto a assimetria informacional seria uma condição específica do ambiente em que se praticam as negociações.

Por ser um fator intrínseco e, a princípio, insanável, a incapacidade de formulação de raciocínios estritamente racionais não pode ser alterada por qualquer instrumento, seja ele contratual ou institucional. A assimetria informacional, por outro lado, pode ser sanada, reduzindo consideravelmente os custos de transação envolvidos em uma transação.

A este respeito submetem-se os conceitos de limitação da formulação estritamente racional e da assimetria informacional às condições ambientais

propiciadas pelo aparato conciliatório e pelo instrumento judicial ordinário. Verifica-se de pronto que na via ordinária o magistrado que instrui os autos e julga o feito não se atém estritamente com a verdade material, tal como ocorre na esfera criminal do Direito, mas tende a restringir o entendimento da lide com base nos fatos e no direito alegado pelas partes. Não cabe ao magistrado socorrer uma parte desinformada ou auxiliá-la na elaboração da tese jurídica mais adequada à obtenção do direito que requer seja tutelado.

É comum, e até mesmo alvo de críticas o despreparo de advogados inexperientes ou de partes que se aventuram em lides sem patrocínio adequado, formulando teses infundadas e sem chance de provimento judicial, o que traz malefício individual e a todo o aparato judicial propiciado pelo Estado e custeado pelo contribuinte. Como já dito, não é papel do magistrado tomar para si o ônus de orientar partes desinformadas e ministrar aulas a advogados despreparados.

Pela via conciliatória, todavia, esta situação organizacional modifica-se à medida que o momento de encontro entre as partes ocorre quase que fora do processo, anteriormente à defesa do réu ou da manifestação judicial. O momento proposto pelo diploma civil para a conciliação (ainda que seja possível a sua celebração a qualquer tempo) foi pensado de forma a possibilitar o ambiente mais propício à comunicação amistosa entre as partes, além da orientação adequada das partes que desconhecem o calibre de seus direitos.

Ainda que seja defesa ao conciliador a proposição de acordos já prontos, ou a orientação jurídica expressa às partes, lhe é lícito e aconselhável a prática que venha a orientar as partes quanto às consequências jurídicas de um acordo judicial, além das possibilidades existentes naquele momento. Ainda que o conciliador não desfrute de liberdade funcional para orientar as partes como o faria a Defensoria Pública, certamente a assimetria informacional existente entre autor e réu será consideravelmente reduzida à medida que as regras do jogo ali entabulado são explicadas, assim como as vantagens e desvantagens dos procedimentos ordinário e conciliatório são expostas.

#### **3.4.4 A BUSCA DA EFICIÊNCIA E O OPORTUNISMO DOS AGENTES**

Até o momento foram analisadas as proposições que dizem respeito aos atributos individuais dos agentes transacionantes (racionalidade limitada) e as dimensões analíticas dos que envolvem os acordos (especificidade dos ativos envolvidos e incerteza quanto ao cumprimento do avençado). Todas estas, sejam as que dizem respeito aos indivíduos, sejam as que se referem ao próprio acordo entabulado, demonstraram clara vantagem da via conciliatória sobre a via judicial ordinária.

Ao tratar dos dois últimos atributos individuais dos transacionantes – a busca da eficiência e o oportunismo -, todavia, verifica-se que a via conciliatória tem sua eficiência prejudicada, dada a quase inexistência de ferramentas inibitórias de comportamentos oportunistas dos agentes transacionantes, tornando vacilante a efetividade prática dos acordos na prevenção de reiteradas condutas perniciosas dos agentes envolvidos.

Primeiramente, cabe neste ponto clarificar que a busca pela eficiência e o oportunismo caminham *pari passu* e de forma interdependente no encetamento de condutas planejadas pelos agentes. Ainda que Oliver Williamson tenha distinguido estas duas categorias ao submetê-las ao seu crivo, traçando distinções fundamentais no estudo comportamental individual e na sua relevância para o estudo das análises comportamentais, para o presente estudo o oportunismo é encarado como uma consequência imediata da busca pela eficiência.

Considerar o ser humano que busca a eficiência poderia soar, num primeiro momento, como prévia e indistintamente considerar que todos somos naturalmente maus, prendendo-nos a condutas idôneas tão somente em decorrência de vedações e coações legais e, eventualmente morais ou culturais. Não é isto, todavia, que se tem em mente quando se diz que a busca pela eficiência tem relação direta com o oportunismo. O indivíduo oportunista, ainda que possa ser visto como inescrupuloso em dadas circunstâncias, não busca o mal de seus pares, tampouco se utiliza de brechas normativas ou fraudes para a obtenção de sua satisfação (a eficiência).

O indivíduo que busca a eficiência, ao menos sob a égide do estudo pautado por Williamson e nesta tese adotado, se pautará nas regras preestabelecidas para a situação em que deverá agir. Quando o ser humano busca a escolha da alternativa eficiente, não pauta suas condutas num juízo de valor amoral ou imoral, mas

racional, de forma a maximizar a eficiência de suas condutas realizadas com um fim previamente estabelecido.

Williamson deixava transparecer em suas leituras o entendimento de que, ao menos genericamente, uma determinada fatia da população era oportunista, utilizando-se de forma pernicioso do ferramental institucional disponível para obter vantagens das mais diversas naturezas dos demais indivíduos. Desta forma, nenhuma de suas afirmações ofendia diretamente qualquer indivíduo, ainda que daí subentendesse-se que uma considerável parcela da população sabidamente agia rotineiramente de forma oportunista.

Neste ponto, ainda que Williamson tenha acertado ao considerar uma fatia populacional oportunista, falhou ao omitir-se nas explicações lógicas da existência deste contingente populacional de indivíduos autointeressados e prejudiciais aos demais. Não fica claro nas lições de Williamson que a única razão pela qual os indivíduos agem de forma oportunista é porque eles podem se dar ao luxo de agir de tal forma. É pouco mais que evidente que não irá agir de forma oportunista aquele indivíduo que não possui condições materiais para tanto.

Ainda que inúmeras críticas possam surgir à premissa do autointeresse individual e à amoralidade dos agentes, neste estudo não se faz relevante a análise de questões morais e altruístas capazes de modificar a conduta oportunista de um agente. Justifica-se a exclusão de tais condutas pela premissa de busca pela eficiência e pela racionalidade dos agentes envolvidos nas transações. Mesmo o mais engajado dos atores sociais, patrono de causas de relevo social e coletivo, quando inserido numa negociação privada, buscará a alternativa que lhe traga maior benefício, seja de forma mediata ou imediata. Nem sempre uma conduta aparentemente altruísta e benéfica à coletividade ou a terceiros é tomada com tal intuito, sendo, por vezes, uma escolha racional que irá maximizar os benefícios particulares no futuro. Se assim não fosse, instituições de caridade e igrejas jamais buscariam tutelas judiciais ou defenderiam seus interesses em juízo, abrindo mão de seus bens em benefício alheio. Não o fazem, por óbvio, pois é de seu interesse particular a persecução de outros fins, possível apenas em decorrência da propriedade de uma série de bens e direitos necessários para tanto.

A razão, portanto, pela qual um indivíduo rotineiramente utiliza-se de condutas oportunistas não é a natureza torpe do ser humano, tampouco o mórbido prazer pelo sofrimento alheio. Pelo contrário, o indivíduo que busca a maximização

da eficiência buscará a alternativa que seja mais benéfica dentro de um panorama previamente traçado, o que poderá corresponder a uma conduta mais benéfica a todos os transacionantes envolvidos, e até mesmo a terceiros. O motivo pelo qual condutas oportunistas são tomadas reside no poder que determinados indivíduos têm para tanto, sem que com isso qualquer repercussão negativa e relevante lhes atinja.

Só praticará uma conduta oportunista aquele indivíduo que tem tal possibilidade materialmente disponível, sendo inexistente ou irrelevante a consequência de tal conduta para si mesmo. Cabe frisar, uma vez mais, que a conduta oportunista não é necessariamente *contra legem*, mas é um comportamento com suporte legal, ou seja, previsto nas regras do jogo, ainda que seja por vezes amoral.

Voltando-se tal reflexão para o âmbito da discussão a que se propõe o presente estudo, verifica-se, como dito inicialmente, que a efetividade dos juizados especiais, ainda que minimizante em relação ao grau de assimetria informacional, à especificidade material e à especificidade temporal dos ativos, além de redutora da incerteza de cumprimento dos acordos, em clara vantagem à via jurisdicional ordinária, não é capaz de pôr termo às condutas oportunistas dos agentes.

Pela via conciliatória será possível a redução dos custos de transação em um patamar muitíssimo superior ao obtido pela via ordinária da jurisdição, contando-se ainda com a vantagem da celeridade sem abrir mão das garantias previstas em lei aos julgados judiciais, a maioria delas estendida aos acordos firmados em audiência conciliatória. Não será possível, todavia, coibir determinados agentes de condutas perniciosas e oportunistas reiteradas.

Tais condutas, como explanado anteriormente, não ocorrem em contrariedade à lei ou pelo uso furtivo de dispositivos legais de forma usurpadora. Pelo contrário, os acordos firmados em audiências conciliatórias se dão sempre sob o crivo da lei e sob supervisão magistral. O que ocorre, todavia, é a formalização de acordos que furtam dos autores das ações grande parcela dos direitos que lhes cabem. Tal conclusão torna-se ainda mais preocupante ao verificar-se que a usurpação reiteradamente praticada se respalda justamente nos primados buscados pelo legislador quando da edição do diploma que rege os Juizados Especiais no Brasil: a celeridade, a economicidade e a efetividade da jurisdição estatal na resolução de litígios.

Réus em ações cíveis, em especial no âmbito consumerista, hodiernamente propõem a título de acordo judicial valores irrisórios para a composição, justificando tal mesquinha com as mais diversas e absurdas razões imagináveis, e estimulando os autores à aceitação de absurdas propostas com já conhecidas anedotas que se pautam na hipossuficiência dos autores, dela locupletando-se. Rotineiramente o que se vê em audiências conciliatórias é a proposição de acordos que de forma rasa indenizam o autor até o valor da despesa que este teve na aquisição de produto ou serviço da empresa ré, fato ocorrido meses ou até anos antes, limitando-se, quando muito, ao pagamento da correção monetária do valor no período compreendido entre o ajuizamento da ação e a audiência conciliatória.

Os autores, mais das vezes hipossuficientes e ciosos do recebimento de qualquer valor que venha a colaborar nas despesas rotineiras e na aquisição de outros bens de consumo, usualmente aceitam estas rasas propostas, abrindo mão do direito à indenização por danos morais, essencial não apenas para compensar o descaso de fornecedores e fabricantes, mas também para contribuir para a educação destes últimos, desestimulando condutas prejudiciais ao consumidor.

Estas condutas, conforme explicação anterior e arriscando o cansaço pela repetição, só ocorrem porque o prejuízo eventualmente sofrido por tais agentes é ínfimo diante do gigantesco lucro que obtém, e mais interessante ainda à medida que se verifica o reduzido percentual de consumidores que aciona a via judicial para verem tutelados seus direitos essenciais, permanecendo a maioria silente, seja por desinformação, seja por desinteresse, seja por preguiça ou falta de tempo.

Fato é que tal cenário contribui para a reiteração de condutas oportunistas pelos réus, em especial grandes empresas que participam do mercado de consumo em larga escala.

Grande parte da preocupação não só dos indivíduos, como da própria disciplina legal nacional, diz respeito à segurança jurídica e ao cumprimento das obrigações, sejam elas pactuadas pela via dos contratos privados, sejam ordenadas pela via judicial. Não faz parte da cultura jurídica nacional o apreço e consideração pela efetividade do adimplemento das obrigações oriundas de sentenças judiciais no plano fático, mesmo em sede de uma Corte criada justamente como palco da cidadania e núcleo de informação, como são os Juizados Especiais.

Tanto magistrados e conciliadores quanto partes e até mesmo advogados deixam de levar em consideração a efetividade de acordos homologados entre as

partes no que tange aos efeitos *ultra partes* que poderiam beneficiar as práticas de mercado adotadas, em especial no que tange à matéria consumerista. O viés adotado na prática jurídica atual vincula-se ao adimplemento da obrigação singular, à execução da sentença prolatada no processo singular, à satisfação dos direitos requeridos diretamente pelas partes lesionadas, em suma, à segurança jurídica individualizada.

Ainda que tal abordagem corresponda aos interesses imediatos dos litigantes e se coadune à matéria processual prevista no correspondente e contemporâneo diploma, não atende especificamente aos objetivos constitucionais da cooperação, do desenvolvimento e da dignidade, além de demonstrar uma flagrante ofensa à eficiência do aparato judicial ante as condutas ilícitas dos particulares. A doutrina nacional prega constantemente a necessidade de se conferir ao judiciário a almejada eficiência nos julgados e a afamada segurança jurídica das relações privadas, todavia não leva em consideração que a eficiência pela via do processo singular em execuções e cumprimentos de sentença não alcança tal objetivo de forma ampla e universal, mas limitada e singular.

É preciso ultrapassar os limites da eficiência no âmbito da lide singular e enxergar que, ainda que seja de extrema importância dentro do ordenamento jurídico nacional, a eficiência dos julgados singulares e a segurança jurídica são limitadas e restritas às partes litigantes, deixando de fora todos aqueles que foram lesados e não vieram socorrer-se na via judicial. O que se busca não é apenas a eficiência das sentenças prolatadas e a segurança jurídica daqueles que delas se beneficiaram, mas a eficiência no sentido social, aquela capaz de modificar comportamentos prejudiciais consolidados, extinguindo-os de forma a promover, no plano dos fatos e além da jurisdição, a tão apregoada segurança jurídica.

#### **4 A LÓGICA PERNICIOSA DOS REGRAMENTOS SUPOSTAMENTE FAVORÁVEIS AOS DIREITOS DOS HIPOSSUFICIENTES E A NECESSIDADE DE UM INSTRUMENTO ADEQUADO À SUA PROTEÇÃO: UM REFLEXO DO INTERESSE PRIVATISTA NA JURISDIÇÃO INDIVIDUAL**

A sociedade atualmente é atacada por conflitos de ordem superior no que tange à quantidade de envolvidos. A via administrativa dificilmente surte efeitos como forma de resolução de conflitos, empurrando a responsabilização pela conferência da tutela sobre direitos ao judiciário em sede individual.

Uma infinidade de clamores chega diariamente às portas do judiciário, abarrotando gabinetes de juízes e impondo aos tribunais a adoção de um sistema semelhante ao industrial para dar conta da gigantesca demanda que se assoberba e se impõe com respaldo na própria Constituição Federal vigente. O dever do Estado de garantir à população o acesso à justiça é encarado de forma quantitativa, deixando-se de lado a efetividade da tutela que é conferida judicialmente, gerando *“uma perversa demanda generalizada por justiça a qualquer preço, a que, depois, o Estado não consegue atender, ou tentando fazê-lo, responde a destempo e, não raro, de modo juridicamente inconsistente<sup>18</sup>”*.

---

<sup>18</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução de conflitos e a função social**. São Paulo, 2009, p. 38.

Ineficácia dos julgados não decorre do despreparo dos operadores do direito, mas da falta de percepção de legisladores e operadores do direito quanto à magnitude dos clamores judiciais. As petições iniciais são encaradas como um pequeno universo apartado tanto da realidade quanto das demais demandas sociais, não sendo realizado um levantamento consistente das raízes que permitiram o brotar daquela reclamação, tampouco uma análise geral de demandas da mesma natureza em pleito. Pela falta de percepção de um fenômeno maior que o da petição individual e autônoma que caminha diante das vistas do julgador, apequena-se o caráter coletivo existente em cada demanda, deixando-se passar *in albis* a oportunidade de operacionalizar o processo de forma a maximizar sua eficiência no plano material.

Esta falta de percepção talvez seja fruto da cultura jurídica nacional já implantada, todavia é retroalimentada pela política legislativa praticada reiteradamente. A ineficácia dos julgados decorre da ineficácia da própria lei vigente, deixando ao léu as súplicas diariamente dirigidas aos tribunais sob petições cujos fundamentos são de pouca relevância, visto que o provimento da tutela não está condicionado ao direito, mas aos interesses. *A lei do Estado Contemporâneo está muito mais perto de constituir a vontade dos lobbys e dos grupos de pressão do que representar a vontade uniforme do Parlamento ou expressar a vontade do poder político que legitimamente o domina*<sup>19</sup>.

Diplomas civis inteiros são editados sob a justificativa de necessidade de legislação que venha a conferir proteção ao consumidor, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor no tratamento da disciplina das relações de consumo, quando na verdade os dispositivos da lei não passam de um duplo estímulo às condutas oportunistas de grandes empresários atuantes no amplíssimo mercado de consumo nacional. Até mesmo diplomas do calibre do Código de Defesa do Consumidor trazem veladas disposições que põem ao relento os direitos dos consumidores hipossuficientes, ainda que se venda a ideia de que as disposições desta lei são benéficas ao consumidor e projetadas com o intuito de ampliação de suas garantias.

Como fora aludido, em verdade o Código de Defesa do Consumidor, exemplo que revela o caráter pernicioso do legislador influído por interesses de

---

<sup>19</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado Constitucional**. São Paulo, 2006, p. 24.

maior relevo político, à medida que as regras supostamente protetivas arroladas no referido diploma são uma via de duas mãos. Não há como se negar que, de fato, o Código de Defesa do Consumidor inovou ao conferir uma série de direitos e garantias ao hipossuficiente, facilitando a obtenção da tutela específica de direitos que são hodiernamente lesados por fabricantes, distribuidores e vendedores. Tais disposições, todavia, surtem simultaneamente um efeito de motorização de condutas oportunistas pelos mesmos agentes lesionadores, visto que não lhes são aplicadas medidas coercitivas consistentes, limitando-se a lei à previsão da obrigação de reparar o consumidor na mesma medida do prejuízo por este sofrido.

Ainda que o diploma consumerista confira garantias de direito material e processual que facilitam a obtenção da tutela singular do direito lesado no decorrer da relação de consumo, o prejuízo sofrido pela empresa lesionadora é irrisório diante de sua condição econômica. O sofrimento decorrente da privação de uma determinada quantia em pecúnia sentido por uma empresa que atua no mercado de consumo é infinitamente menor que o sofrimento que decorre da privação de igual valor por um consumidor individual. Desta forma, o pequeno prejuízo sofrido em eventual ação proposta com fundamento na disciplina consumerista não abala a saúde financeira de uma empresa de razoável porte no cenário nacional, tampouco desestimula a tomada de futuras condutas oportunistas e, muitas vezes, maléficas ao próprio consumidor.

A disciplina consumerista trazida pela edição da Lei nº 8.078/90, sob a análise dos objetivos e dos efeitos alcançados no plano material, aproxima-se do conceito do ótimo paretiano, visto que agrada tanto a *gregos quanto a troianos*. Se analisada de forma leviana, a disciplina prevista no Código de Defesa do Consumidor é aparentemente favorável ao consumidor, conferindo um aparato legal idôneo à busca da tutela de direitos previamente lesados em relação de consumo. Sob a análise de custos do empresariado, ainda que o Código de Defesa do Consumidor tenha promovido um sensível aumento na quantidade de demandas propostas e vencidas por consumidores, representa em igual medida um aumento no próprio consumo de bens oferecidos no mercado.

Tal incremento no consumo decorre de uma implícita e indelével lógica inversa contida nas entrelinhas do próprio diploma consumerista. Ao conferir-se tutela amplificada dos direitos dos consumidores, simultaneamente majorou-se a confiança destes no dispêndio de valores na aquisição de bens, visto que, em última

instância, é ofertado amparo estatal na busca pelos direitos em eventual lesão sofrida no interstício da relação de consumo. O aumento de consumo propiciado pela confiança do consumidor na garantia paternalista do Estado confere um lucro muito maior aos empresários do que o prejuízo sofrido pelo incremento de ações judiciais propostas por consumidores lesados, não apenas por causa da vertiginosa majoração do lucro pela quantidade de negociações realizadas, mas principalmente pela inércia de consumidores na busca pela tutela de seus direitos.

Este fenômeno denota a explícita conduta oportunista de empresários decorrente das consequências da assimetria informacional acerca dos produtos comercializados e da própria disciplina jurídica que rege as relações de consumo. *Como consequências, alteram-se as premissas quanto ao comportamento racional dos agentes econômicos, modifica-se a estrutura de preços do mercado (em razão da utilização do poder de informação qualificada por quem sabe detê-la) e, como ponto de destaque, criam-se zonas de ausência de mercado*<sup>20</sup>. Trata-se do pernicioso fenômeno da seleção adversa sendo deflagrado contra os consumidores com base em inusitada fundamentação justamente na legislação criada para pôr a salvo seus próprios interesses.

A inércia dos consumidores pela busca de seus direitos pode parecer, num primeiro momento, fruto do descaso ou da desinformação acerca dos amplos direitos à tutela jurisdicional, assunto já amplamente debatido nas academias e no plenário, sendo infundáveis as tentativas de solução, seja por meio de mutirões da justiça, seja pela edição de leis que facilitam o acesso à jurisdição (Lei 9.099/95, por exemplo). Não há dúvidas de que estes fatores são inibidores do acesso do cidadão à justiça, todavia não são as únicas, tampouco as mais relevantes causas deste fenômeno.

Fenômeno que se observa contemporaneamente à edição de diplomas de caráter protetivo e inclusivo é a descrença nas vias ordinárias de obtenção de tutelas específicas. Como já fora aludido, tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto a Lei 9.099/95 representaram instrumentos preciosos na inclusão dos hipossuficientes ao sistema de proteção estatal, além de conferir a uma farta fatia de cidadãos a real oportunidade de reclamar seus direitos diretamente ao Estado. Ocorre, todavia, que o próprio Estado não se municiou para fazer frente à demanda

---

<sup>20</sup> TOKARS, Fabio, L. Assimetria Informacional *in* **O que é Análise Econômica do Direito**, RIBEIRO, Marcia C. P. e KLEIN, Vinicius, Minas Gerais, 2011, p. 90.

gerada pela edição destas leis, surgindo daí um problema estrutural de atendimento das demandas.

A enorme demanda decorrente da ampliação do acesso à jurisdição foi um duro golpe aos já excessivamente atarefados magistrados da justiça estadual, onde tramita a maioria dos feitos de natureza consumerista, que perfazem um significativo percentual das demandas recebidas pelos juizados especiais e juízos cíveis. Reflexo direto do exagerado aumento da demanda foi o acúmulo de serviço e consequente assoberbamento de trabalho aos magistrados, assessores, servidores técnicos e conciliadores, fato que veio a deflagrar uma sensível queda na qualidade dos julgados.

A queda na qualidade dos julgados repercute não apenas na óbvia insatisfação das partes e na irresolução da lide no plano fático, mas na repercussão de condutas lesivas por infratores contumazes. O já citado estímulo à prática de condutas oportunistas conferido pelo Código de Defesa do Consumidor encontra amplo respaldo na falta de percepção de magistrados extremamente atarefados e incapazes em absoluto de perceber absurdos que passam incólumes no plano fático, frutificando em reiteradas lesões aos mesmos direitos dos petionantes. A este respeito, Ada Pellegrini Grinover admoesta que *“o elevado grau de litigiosidade, próprio da sociedade moderna, e os esforços rumo à universalidade da jurisdição (...) constituem elementos que acarretam a excessiva sobrecarga de juízes e tribunais. E a solução não consiste exclusivamente no aumento do número de magistrados, pois quanto mais fácil for o acesso à justiça, quanto mais ampla a universalidade, maior será o número de processos, formando uma verdadeira bola de neve<sup>21</sup>”*.

Ainda que se confira acesso amplo, ou ao menos ampliado, à jurisdição - e frise-se que não se está a criticar tal fenômeno -, não se vislumbra no plano fático a resolução dos litígios satisfatória, tampouco semelhante acesso efetivo à tutela dos direitos conferidos judicialmente. Quer-se dizer que a ampliação do acesso à jurisdição não foi acompanhada de correspondente acesso efetivo às tutelas supostamente conferidas pela via judicial, tendo sido ineficaz a previsão constitucional do artigo 5º, XXXV à medida que não houve solução da raiz problemática no plano fático.

---

<sup>21</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini in **Revista de Arbitragem e Mediação** n. 14 *apud* MANCUSO, Rodolfo, C., A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial do Contemporâneo Estado de Direito, 2009, p. 59.

A cultura moderna que vige no território nacional, crente na eficácia do judiciário como instrumento idôneo à tutela dos direitos individuais e fiel à promessa de amplo acesso à tutela dos direitos lesados pela via judicial está condenada ao fracasso. Hoje se vê num patamar tangível o acesso facilitado e gratuito às vias judiciais, sendo já possível sonhar com o amplo acesso à justiça num futuro não tão distante. Vê-se, igualmente, a edição de normas protetivas dos hipossuficientes e o esforço do Estado em promover o amplo conhecimento acerca destes instrumentos capazes de conferir a tutela individual de direitos.

Ainda que seja notável o avanço trazido por este conjunto de fatores, há ainda um verdadeiro abismo entre a tutela individual pela via judicial de direitos lesados e a efetiva tutela ampla e geral de idênticos direitos no plano fático. Talvez legisladores, estatistas, e até mesmo nós, operadores do direito, tenhamos acreditado por muito tempo que havia comunicabilidade direta entre o acesso à jurisdição e o correspectivo e amplo acesso à tutela material do direito específico. É provável que apenas ao vermos a sonhada ampliação do acesso à jurisdição e o inesperado parcial fracasso do modelo de jurisdição individual é que percebemos onde se encontra o cerne de sua ineficiência. Nas palavras do ilustríssimo Satta, *“es que más de uma vez, el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela fala em su cometido”*<sup>22</sup>.

#### **4.1 A QUESTÃO DA INEFICÁCIA DA JURISDIÇÃO INDIVIDUAL**

Ainda que haja diversas controvérsias, há que se concordar que o ramo do Direito que mais se aproxima da realidade popular é o processo. Não porque seja fruto da racionalidade popular, ou oriundo de históricas lutas que exigiam especificamente tal direito, mas por ter sido historicamente a forma mais factível e prática de petição do cidadão ao Estado.

Ainda que o processo tal como foi concebido durante séculos, e é em boa parte até hoje, não seja a forma mais idônea para se garantir o direito de petição dos

---

<sup>22</sup> SATTÀ, **La tutela dei diritto nem processo**, apud COUTURE, E. J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1958.

populares, esta via já encontra-se sedimentada na cultura ocidental, tendo sido eleita a forma universal de petição em decorrência do agigantamento dos Estados e da impossibilidade material de diálogo direto entre o cidadão e o Estado, mesmo com todos os representantes populares que constituem a máquina estatal.

A construção do arcabouço que forma o ferramental do processo individual, todavia, se deu durante séculos de forma a possibilitar a formatação de um sistema extremamente técnico e encetado em logicismos ensimesmados e pouco preocupados com a obtenção da tutela de direitos no plano fático. O processo individual foi um instrumento assumidamente pensado e concebido para a garantia da tutela individual, não havendo maiores preocupações quanto à abrangência de sua eficácia no plano material, tampouco da relevância constitucional dos direitos que por tal via seriam tutelados. A insuficiência do modelo tradicional de processo vem sendo criticada pelo mestre Mauro Cappeletti, que admoesta a necessidade de *busca de novas alternativas para a resolução de conflitos, visualizou-se que os mecanismos anteriores eram insuficientes para o efetivo acesso à justiça, uma vez que o processo ordinário contencioso não era a solução mais eficaz, nem no plano de interesses das partes, nem nos interesses mais gerais da sociedade*<sup>23</sup>.

Em raros momentos doutrinadores e legisladores debruçaram-se sobre o essencial caráter democrático do processo e do próprio Estado de Direito Democrático contemporâneo, bastando-se em parcas previsões como à *actio* constitucionalmente assegurada, à assistência judiciária e à gratuidade de acesso à justiça aos pobres. Ainda que a relevância destas garantias seja inegável, há que se concordar que comprovadamente tais previsões não bastam para o acesso à tutela de bens constitucionalmente garantidos pela totalidade da população que carece de tal tutela.

É necessária a constituição de um instrumento que ultrapasse o direito de petição clássico e possibilite o amplo e real acesso à tutela de bens, sem o qual jamais será possibilitada a integral e irrestrita proteção aos direitos de todos os cidadãos que detém tal direito subjetivo. Faz-se essencial a superação da barreira da visão conservadora do processo civil, ainda hoje arraigada e ensimesmada nas suas concepções originárias de tutela individual<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> CAPPELETTI, M. e GARTH, B **Acesso à Justiça**, Porto Alegre, 1988, p. 134.

<sup>24</sup> Idem, **Ibidem**, p. 67.

A este respeito, elucidam e denotam a insatisfação quanto ao sistema individual do processo as palavras de José Joaquim Calmon de Passos ao definir que *a democracia participativa pede a não exclusão do sistema representativo-parlamentar, mas sua ultrapassagem; não a eliminação da intermediação partidária, mas o reconhecimento de sua insuficiência, institucionalizando-se corpos intermediários mais representativos e mais próximos do cidadão e dele mais dependentes; não a desagregação da administração, mas a sua descentralização, democratizando-se a decisão regional, local específica com a participação dos interessados-usuários; não a eliminação da iniciativa privada e da empresa estatal, sim a democratização da empresa, em todas as suas modalidades, colocada, ao lado da propriedade privada e da estatal, como extremos de formas de apropriação, a propriedade pública.*<sup>25</sup>”

O amplo acesso à jurisdição coletiva busca o viés da resolução de conflitos no âmbito social, ou seja, a composição da lide de forma a solucioná-la no plano fático. Ainda que a via judicial singular permaneça amplamente acessível e funcional, e que seja propiciado aos órgãos representativos o acesso à jurisdição coletiva, faz-se necessário possibilitar a todo e qualquer indivíduo da população que postule bens jurídicos de interesse coletivo para que a jurisdição mostre-se eficiente no fim social pacificador a que se propõe. Do contrário, ainda que se solucione a lide singular, ou até mesmo algumas das lides coletivas propostas por órgãos representativos, a exclusão da população desta via de acesso à jurisdição criará um foco de tensão social não condizente com a proposta solucionadora da jurisdição estatal.

Sem adentrar no cansativo e já amplamente tema abordado pela doutrina que diz respeito às três ondas do processo civil contemporâneo, tem-se que o Estado é não apenas responsável, mas interessado na garantia do acesso à justiça pela população de forma ampla. Deve, portanto, não apenas fazer valer as garantias constitucionalmente previstas no que tange à promoção do acesso à justiça aos hipossuficientes pela via de mutirões da justiça, da isenção de taxas judiciárias, da ampliação física de tribunais e da criação de cortes especializadas no julgamento de causas de menor complexidade jurídica, como é o caso dos Juizados Especiais. É evidente que o Estado tem o dever de promover todas estas políticas sociais de

---

<sup>25</sup> GRINOVER, A. P. **Democracia, participação e processo**, São Paulo, 1988, p. 93, *apud* MANCUSO, Rodolfo, C., *A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial*, São Paulo, 2009, p. 101.

acesso à jurisdição, todavia deve também ter como mote o acesso à tutela dos direitos individuais de forma ampla e eficaz.

Ao falar-se em eficácia, não se pode cometer o erro de confundi-la com a eficiência, por tratar-se de termos cujos significados, apesar de não serem mutuamente excludentes, não se assemelham para os fins ora propostos. Emprestando novamente conceitos da seara da Economia, Peter Drucker elucida quaisquer dúvidas acerca da diferença essencial entre eficiência e eficácia: *Efficiency is concerned with doing things right. Effectiveness is doing the right things*<sup>26</sup>. A eficiência, portanto, não é sinônima de atingimento dos fins propostos, mas tão somente representa a adequação de um dado procedimento realizado, o qual pode ou não ser idôneo ao alcance de um dado objetivo. A eficácia, esta sim, é vislumbrada quando os meios utilizados coadunam-se aos objetivos pretendidos, constituindo-se como signo de sucesso na persecução de um resultado previamente estabelecido.

Delineados os conceitos de eficiência e eficácia, fica evidente que o Estado tem de preocupar-se estritamente com o alcance dos objetivos constitucionalmente traçados no tocante ao acesso à justiça, de forma a agir de forma eficaz. Pelas vias singulares de acesso à jurisdição pode-se, ainda que com reservas, dizer-se que o Estado age de forma eficiente à medida que propicia o acesso amplo e gratuito à jurisdição, além de promover diversas vias de acesso facilitado ao jurisdicionado. O acesso à jurisdição, todavia, não é sinônimo de acesso à justiça, tampouco de acesso à efetiva tutela de bens jurídicos constitucionalmente garantidos. Nesta senda, evidentemente, a via da jurisdição ordinária distancia-se – e muito – da eficácia na idônea garantia de tutela de bens à coletividade.

#### **4.2 A COLETIVIZAÇÃO DAS DEMANDAS COMO INSTRUMENTO IDÔNEO À PERSECUÇÃO DA TUTELA DE DIREITOS DESACOBERTADOS PELA JURISDIÇÃO SINGULAR**

---

<sup>26</sup> DRUCKER, P. **Management: Tasks, Responsibilities, Practices**, 1973, disponível em <http://smallbusiness.chron.com/differences-between-effectiveness-efficiency-forprofit-organizations-37399.html>, acessado em 2 de outubro de 2013.

O processo coletivo foi eleito como válvula de escape ao esgotamento da jurisdição singular, via insuficiente de acesso verdadeiramente amplo e global à tutela de direitos, à medida que não dispõe da celeridade, tampouco da abrangência territorial e subjetiva alcançadas pela jurisdição coletiva.

A questão da celeridade, já amplamente debatida, não é alcançada por maior que seja o aporte do aparato julgador e por mais amplas que sejam as vias de acesso à jurisdição; *nunca* se alcançará a satisfação de todas as tutelas requeridas de forma satisfatória em tempo hábil em decorrência de um inimaginável, todavia previsível reflexo da ampliação da via de petição do processo singular. A abertura da via judicial acaba por banalizá-la, representando um processo de retroalimentação das injustiças, à medida que a aparente proteção dos hipossuficientes pela legislação acaba por propiciar as condições adequadas à propagação de uma lógica inversa à inicial e aparentemente prevista pela lei.

Tal fenômeno, conforme exposição anteriormente realizada, foi propiciado pela promulgação do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 9.099/95, instrumentos legais que põem a salvo os interesses dos hipossuficientes e socialmente prejudicados, sem que, no entanto, infrinjam medidas coercitivas aos entes lesionadores dos direitos destes cidadãos, de forma a criar um sistema que propicia o permanente e impune desrespeito aos direitos dos entes desprotegidos, fenômeno evidenciado com frequência nas relações de consumo.

Desta forma, não há como se falar na questão da celeridade na prestação jurisdicional, à medida que o mandamento judicial não surtirá efeitos no plano fático de forma permanente, limitando-se a surtir efeitos apenas na relação de consumo individual trazida a juízo. Se subsumi desta situação, portanto, que até mesmo o próprio autor da ação individual que condena o réu a indenizar os prejuízos sofridos em relação de consumo poderá tornar a praticar idêntica conduta ilícita, inclusive contra o próprio consumidor que ajuizou a ação, sem que nenhuma consequência no plano fático lhe seja imposta. Diante deste panorama, não há sentido em conferir celeridade ao processo!

Ainda que a duração de um processo que condenasse o réu a indenizar o consumidor fosse de uma semana, a celeridade não seria alcançada, à medida que o peticionante continuaria desprotegido em relação às condutas perniciosas do réu, tendo ocorrido tão somente em breve reparo no dano sofrido, sem que o direito do

autor fosse de fato tutelado e a sentença tivesse colimado o dano em sua raiz e feito cessar seus efeitos no plano prático permanentemente.

Tanto a abrangência subjetiva quanto a territorial são insatisfatórias mesmo diante de todas as alternativas propostas pelo Estado e por todos os esforços realizados em decorrência da própria lógica do mecanismo da jurisdição singular. Ainda que o acesso à jurisdição tenha sido ampliado a níveis até então desconhecidos, o acesso à tutela requerida pela população permanece desagasalhada em decorrência da ineficácia da coisa julgada *intra partes*. A proteção singular, eventual e fragmentada dos direitos individuais é incapaz de imunizar os direitos mais relevantes – aqueles ditos sociais – do ser humano contra a intolerância, as opressões sociais, a carência, a miséria ou a desgraça alheia<sup>27</sup>.

Momentaneamente se vê no plano fático a solução do conflito e o consequente alcance da tutela requerida, todavia esta tutela é limitada às partes que encabeçam processo. Além da eficácia da tutela ser limitada numericamente, é igualmente ineficaz no plano territorial, à medida que a coisa julgada *intra partes*, via de regra, não impõe sanção significativa ao ente que tenha causado o dano ao peticionante, tampouco tem seus efeitos estendidos aos indivíduos que sofreram lesão idêntica e não fazem parte do processo. Mesmo que a parte autora tenha alcançado a reparação do prejuízo sofrido, não há qualquer óbice à ocorrência de futuras lesões idênticas a terceiros, e até mesmo ao peticionante da ação primordial.

Neste ponto, ainda que a jurisdição singular seja eficiente na persecução de direitos individuais, é notadamente incapaz de garantir a tutela expandida de direitos da coletividade, sejam eles coletivos, difusos ou individuais homogêneos. Os poucos resultados da jurisdição singular no tocante ao alcance da propalada eficácia quanto à tutela ampla de direitos no Estado Democrático de Direito explicita a carência da instrumentalidade social das ações coletivas, único ferramental contemporâneo capaz de garantir a tutela ampla no espectro subjetivo e territorial aos indivíduos que tenham sofrido lesões de comum origem.

Apenas pela via coletiva alcança-se a eficiência tanto quantitativa quanto ampliativa da abrangência dos julgados. A atomização das demandas ajuizadas pela via jurisdicional singular acaba por afastar a celeridade dos feitos até mesmo no âmbito dos Juizados Especiais, tornando prolongada a espera pelas decisões em

---

<sup>27</sup> VENTURI, E. **Processo Civil Coletivo**, São Paulo, 2007, p. 151.

decorrência do avolumado montante de processos que versam sobre temas muitas vezes idênticos. A coletivização das demandas expande a sua abrangência, criando o fenômeno da molecularização do processo, o qual é capaz de reduzir expressivamente o número de demandas singulares à medida que propicia ao Estado a conferência de uma imensa quantidade de tutelas específicas, todavia idênticas materialmente, a uma infinidade de peticionantes reunidos num mesmo processo<sup>28</sup>.

O efeito prático da atomização do processo para o aparato judicial, no que tange à eficiência quantitativa, é o desafogamento de magistrados, servidores e conciliadores, propiciando sensível incremento na qualidade dos julgados e na celeridade do processamento das demandas. Alcança-se a tão sonhada celeridade processual pelo caminho tão óbvio quanto a expansão do aparato judicial, porém muito mais eficiente e muito menos oneroso.

Quanto ao incremento da abrangência do real acesso à justiça, para além do já parcialmente garantido acesso amplo e gratuito à jurisdição e das garantias constitucionalmente asseguradas ao jurisdicionado, as vias de ação coletiva propiciam verdadeiro acesso universalizado de direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos, afastando a tradicional concepção do processo como instrumento egoísta de acesso exclusivo a tutela de direitos. Surge um novo paradigma de processo contemporâneo encabeçado pelas vertentes individual e coletiva, sem prejuízo da instrumentalidade de nenhuma delas, tratando-se, antes, de um sistema complementar e colaborativo. Este novo sistema tem por escopo o acesso à justiça pela conjugação de ambas as vertentes na forma legalmente prevista, não sendo admissíveis, sob a ótica constitucional, restrições legislativas ou judiciais ao pleno desenvolvimento deste sistema<sup>29</sup>.

Esta nova feição do processo aproxima a coletividade do Estado garantidor, alinhando as políticas do neoconstitucionalismo inspirador da Constituição Cidadã à disciplina processual, até então de caráter eminentemente excludente. Este verdadeiro *turning point* da disciplina processual brasileira alinhavada à busca pelas demandas sociais *encontra-se indelevelmente*

---

<sup>28</sup> WATANABE, K. **As grandes transformações do Processo Civil Brasileiro**, São Paulo, 2009, pp. 61-66.

<sup>29</sup> VENTURI, E. **Processo Civil Coletivo**, São Paulo, 2007, p. 137.

*vocacionada à formulação de uma nova maneira de concepção da prestação jurisdicional, voltada ao que já se denomina “devido processo social”<sup>30</sup>.*

Também não poderia ser outra a forma de acesso à justiça proposta e disponibilizada por um Estado de Direito democrático e dito social e fundamentado em uma carta constitucional idônea à conferência de amplos direitos e garantias sociais. Em sentido oposto e muito mais avançado ao Estado Liberal proposto já há alguns séculos, o atual modelo de Estado concebido e patrocinado pela Constituição de 1988 impôs a criação e manutenção de vias de acesso à jurisdição idôneas a conferir efetividade às disposições garantistas da Carta Magna.

O já amplamente discutido preceito constitucional de acesso à jurisdição sob o viés do Estado democrático não representa mera garantia individual constitucionalmente prevista, mas um verdadeiro preceito básico e necessário à existência do aludido Estado e essencial à persecução dos direitos e garantias que são traços determinantes do modelo democrático. A previsão e garantia do idôneo manejo das ações coletivas é, portanto, *condição de existência e prevalência da democracia, diante das possibilidades que gera em relação ao rompimento de inúmeras barreiras opostas ao acesso à justiça*<sup>31</sup>.

Não resta dúvida, portanto, que a garantia de acesso à jurisdição no Estado Democrático de Direito deve ser a mais ampla possível, extrapolando o exausto e comprovadamente falho modelo individual. A via da judicialização coletiva deve ser o carro-chefe de atuação do povo e de seus representantes na persecução dos direitos e garantias lesados por entes públicos ou particulares, sendo papel do Estado não apenas a criação destes institutos, mas a garantia de que sua operacionalização não seja obstada por burocracias e interpretações legais ilógicas e denegatórias, de forma a permitir a produção das condições idôneas ao florescer do Estado Democrático Social proposto pela Constituição Cidadã.

#### **4.2.1 DAS ESPÉCIES DE TUTELAS COLETIVAS PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL**

---

<sup>30</sup> VENTURI, E. **Execução da Tutela Coletiva**, São Paulo, 2000, p. 30.

<sup>31</sup> VENTURI, E. **Processo Civil Coletivo**, São Paulo, 2007, p. 102.

Feitas as considerações iniciais acerca das ações coletivas no que tange à celeridade e à efetividade das tutelas que são conferidas ao cidadão, resta a análise acerca da instrumentalização de tais ações proposta pelas normas que regem o tema, sendo necessário o prévio conhecimento acerca das espécies de tutelas coletivas previstas em nosso ordenamento jurídico.

Preliminarmente, e de forma sintética, se faz relevante a definição das categorias de direitos coletivos a que fazem menção as leis que regulamentam o tema no Brasil, quais sejam, os interesses ou direitos coletivos, os interesses ou direitos difusos e os interesses ou direitos individuais homogêneos. Em que pese tais categorias terem sido instituídas em momentos distintos e por regulamentações distintas, suas definições legais ocorreram em um mesmo momento, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, tendo seus conceitos sido arrolados nos incisos I a III do artigo 81.

Prevê o inciso I do referido dispositivo que os direitos ou interesses difusos são aqueles *transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*. Esta categoria de direito transindividual, conforme mencionado, não foi criada juntamente com a edição do Código de Defesa do Consumidor, mas tem sua existência assegurada constitucionalmente à medida que se protegem bens indivisíveis e conexos à coletividade de todos os cidadãos, tais como o acesso à saúde e à educação ou a preservação do meio ambiente.

Os direitos ou interesses difusos tiveram sua proteção constitucionalmente assegurada pela primeira vez na Constituição de 1967, tendo sido regulamentado o instrumento adequado à sua proteção apenas em 1965, com a edição da Lei 4.717/85 que criou o instrumento de tutela destes direitos, a ação popular. Grande mérito da legislação que rege o procedimento da ação popular foi a previsão de legitimidade para proposição da ação por qualquer um do povo, bastando que seja comprovada a condição de eleitor com situação regular junto à Justiça Eleitoral. A imensa ampliação do rol de legitimados para a proposição da ação coletiva tem sua justificativa na natureza destes direitos, à medida que são *indivisíveis*, pertencendo sua tutela simultaneamente a todos os cidadãos, e até mesmo àqueles que temporariamente estejam em território nacional. Os direitos difusos não envolvem, portanto, conteúdo patrimonial, *tratando de dois aspectos:*

*qualidade de vida e uma concepção de igualdade vista como direito à integração, baseada em aspectos participativos nas várias esferas da vida social*<sup>32</sup>.

Além de indivisíveis, tal como são os direitos ou interesses coletivos, os direitos ou interesses difusos, conforme expressão literal da lei, têm sua titularidade dispersa em toda a coletividade de cidadãos e indivíduos que temporariamente estejam em território nacional. Justamente nesta medida os direitos ou interesses difusos distinguem-se dos coletivos, visto que os primeiros não podem ser individualizados de forma alguma. A própria natureza dos direitos difusos impõe tal restrição à medida que tais direitos ou interesses *são como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhadas por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato concretas*<sup>33</sup>.

Os direitos ou interesses coletivos, definidos no inciso II do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, foram pela primeira vez regulamentados infraconstitucionalmente em 1985, com a edição da Lei nº 7.347/85. A Lei da Ação Civil Pública teve o papel de garantir o acesso à tutela dos bens ou interesses ditos coletivos, assemelhados em grande medida aos direitos ou interesses difusos, à medida que ambos são *indivisíveis*, conforme exposição prévia. Distinguem-se estas duas modalidades, todavia, no tocante à possibilidade de determinação dos beneficiários dos direitos ou interesses coletivos.

A possibilidade de determinação dos direitos coletivos não decorre do acaso, tendo sua justificativa na concepção originária dos direitos ou interesses ditos coletivos. Ainda que indivisíveis, tais direitos ou interesses não se encontram dispersos de forma amorfa pela sociedade, não tendo sua origem numa relação meramente de fato, mas, diversamente, são concebidos justamente numa relação entre os indivíduos que os detêm, havendo entre eles a formação de uma coletividade organizada. Nesta medida, ainda que o direito tutelado seja indivisível e faça-se essencial a decisão judicial unitária acerca de sua tutela, a tutela individual é possível, tratando-se de uma vantagem pessoal decorrente da relação coletiva existente entre os indivíduos de uma dada categoria.

É justamente em decorrência da natureza comum e indivisível dos direitos ou interesses coletivos que remonta à preexistência de uma categoria organizada

---

<sup>32</sup> LEAL, F. M. **Ações Coletivas: História, Teoria e Prática**, p. 103, in VENTURI, Elton, Processo Civil Coletivo, São Paulo, 2007, p. 54.

<sup>33</sup> MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**, 26. Ed, São Paulo, 2013, p. 50.

que a tutela de tais direitos só pode ser requerida por um representante da coletividade. A resposta jurisdicional às demandas por direitos coletivos deve ser idêntica para todos os particulares que fazem parte de uma determinada categoria, de forma a promover a justiça no deferimento da tutela sobre o direito requerido. Deverá, portanto, tal tutela ser requerida exclusivamente pela via coletiva, sendo a legitimidade ativa de tal pleito conferida à entidade de classe que representa toda a coletividade.

De se frisar, todavia, que em hipótese alguma poderá ocorrer o cerceamento ao acesso da tutela coletivamente pleiteada no plano individual, ainda que o sujeito individual não seja membro da classe representativa que ajuizou a ação civil pública. Tal conclusão decorre da previsão constitucional de liberdade de associação, sendo defesa a existência de coação à associação, o que escancaradamente ocorreria em sendo limitado o efeito do julgado em ação civil pública. A este respeito, brinda-nos com esclarecimento o professor Elton Venturi ao ressaltar que *as entidades associativas têm responsabilidade de coordenar judicialmente os interesses do grupo, classe ou categoria, mas não têm o poder de criar seus integrantes (...) os componentes de uma determinada coletividade são identificáveis não em função do vínculo associativo ou sindical que as reúne (...) mas sim em função do enquadramento de cada um no regime jurídico próprio, comum e indivisível da pretensão coletiva*<sup>34</sup>.

O alcance da coisa julgada nas ações coletivas será, portanto, em consonância com a disposição expressa do inciso II do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, *ultra partes*, abrangendo todos os indivíduos que façam parte da coletividade representada em juízo. Por evidente, alinhavando-se a disposição constitucional de liberdade associativa em cotejo com a disposição de efeito *ultra partes* do Código de Defesa do Consumidor, que *todos* os indivíduos serão abrangidos pela coisa julgada, ainda que não estejam associados à organização que ajuizou a ação coletiva, de forma a conferir a idônea e unitária tutela no plano individual.

Por fim, previu o legislador do Código de Defesa do Consumidor a existência de uma terceira categoria de direitos ou interesses coletivos, conforme a redação do inciso III do artigo 81 do diploma consumerista, os direitos ou interesses

---

<sup>34</sup> VENTURI, E. **Processo Civil Coletivo**, São Paulo, 2007, p. 58.

individuais homogêneos. Tanto a definição legal quanto a previsão infraconstitucional desta categoria de direitos ou interesses coletivos se deu simultaneamente, demonstrando o interesse estatal na imediata aplicabilidade das normativas referentes à tutela de direitos individuais homogêneos.

Esta categoria de direitos coletivos gera uma série de discussões no que tange à natureza da tutela conferida pelo Estado, à medida que ainda existem controvérsias quanto à natureza coletiva ou não da tutela dos direitos requeridos pela via das ações coletivas. Sustentam diversos autores que a tutela conferida em ação civil pública que tenha como objeto mediato direitos ou interesses individuais homogêneos não seria coletiva, visto que entre as partes não necessariamente haveria qualquer ligação, tampouco entre as partes e o demandado. Ainda, que os direitos requeridos em ação desta natureza não seriam indivisíveis, mas, pelo contrário, divisíveis e seus requerentes determinados.

Tais argumentações não fazem sentido a partir do momento em que se leva em consideração o fato de tal via de acesso à jurisdição ter sido previsto justamente no diploma consumerista editado no ano de 1990, o qual dispôs, além de todas as regulamentações no que tange as relações de consumo, as vias de acesso à tutela coletiva de direitos. Ainda que a classificação da tutela de direitos individuais homogêneos seja controversa, não há dúvidas de que a via de acesso a tais direitos seja coletiva, obtida mediante ação civil pública pleiteada por um representante dos petionantes, e tão apenas executada pela via individual, bastando que seja demonstrado o nexo causal e a existência de prejuízo para o executante.

A intenção do legislador ao prever a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, portanto, não era outra senão a de facilitação do provimento judicial de demandas coletivas cuja origem remonta a uma questão comum. *O espírito geral da regra está informado pelo princípio do acesso à justiça, que no sistema norte-americano se desdobra em duas vertentes: a de facilitar o tratamento processual de causas pulverizadas, que seriam individualmente muito pequenas, e a de obter a maior eficácia possível das decisões judiciais. E, ainda, mantém-se aderente aos objetivos de resguardar a economia de tempo, esforços e despesas e de assegurar a uniformidade das decisões*<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> GRINOVER, A. P. **Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade**. Disponível em:

Não restam dúvidas, portanto, que a inexistência de relação de direito entre os peticionantes entre si ou com o demandado em nada prejudica a petição de direitos pela via coletiva da ação civil pública. Sequer se faz necessária a existência de causa estritamente idêntica do dano gerado aos representados, bastando que haja uma causa comum para o ajuizamento da demanda, pouco importando a homogeneidade do grupo. Caso existam particularidades afeitas à tutela específica de cada um dos representados, em liquidação e consequente execução da sentença genérica poderão elas ser dirimidas, servindo a sentença genérica como título executivo suficiente para o início da execução.

#### **4.2.2 DA EFETIVIDADE DAS AÇÕES COLETIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL**

Como fora já aduzido, seja nas ações coletivas que buscam direitos ou interesses difusos ou coletivos, seja naquelas que visam a obtenção da tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos, em todas estas hipóteses a preocupação do legislador foi o amplo acesso à jurisdição pelo ente individual lesionado. Tal preocupação não se limitou ao mero acesso à jurisdição, mas ao alcance dos efeitos da decisão às partes que normalmente não teriam condições de postular seus interesses em juízo. Além disto, outra grande preocupação do legislador foi a persecução da segurança e da unicidade nas decisões judiciais, visto que a via individual de acesso à jurisdição acaba por gerar incongruências injustificáveis decorrentes de sentenças que dissonam entre si, seja pelo entendimento diverso de magistrados acerca de um mesmo tema, seja pela deficiência na postulação de direitos em juízo.

A respeito das decisões dissonantes acerca de um mesmo tema, o mecanismo da *civil law* demonstrou sua fragilidade à medida que a realização de novos direitos, muitos dos quais previstos constitucionalmente, apenas parcialmente eram realizáveis. Não apenas pela já conhecida dificuldade no acesso à jurisdição, mas especialmente pela dificuldade em alinhar as decisões das inúmeras cortes

espalhadas pelo território nacional. Esta dificuldade decorre não estritamente da incompetência de magistrados ou de advogados, incapazes de formular suas decisões e suas petições, respectivamente, mas da imensa quantidade de normativas acerca de um mesmo tema e em diversos níveis hierárquicos, tornando extremamente complexa a tarefa de avaliar a quem pertence a tutela de dado interesse em face das extensas disposições legais.

Como já citado anteriormente, a via historicamente escolhida como mais idônea de acesso à tutela de direitos legal e constitucionalmente previstos tem sido o processo, ainda que diversos sejam os entraves no seu acesso e os problemas quanto à segurança das decisões prolatadas. E foi justamente nestes entraves que verificou-se a imensa dificuldade em obter a *efetiva* tutela dos novos direitos previstos com a promulgação da Carta Constituinte de 1988, além da ampla regulamentação pela via das leis ordinárias que a sucedeu. O modelo individual não suportava mais a imensa demanda que lhe era endereçada, tampouco o resultado ofertado era satisfativo sob a ótica da necessidade de decisões unânimes, seguras e econômicas.

Uma renovação processual necessária foi então proposta pelo Código de Defesa do Consumidor, renovando e dando novo fôlego ao processo abrindo caminhos e possibilidades até então desconhecidas no modelo nacional. *De um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se ao sistema das class actions da common law, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realização social e política subjacente*<sup>36</sup>. Este novo modelo mostrou-se idôneo não apenas à promoção da unicidade de decisões, mas especialmente ao alcance da igualdade no acesso à tutela jurisdicional entre todos os cidadãos ciosos na obtenção de seus direitos, ainda que em condições de extrema desigualdade social ou econômica.

A via das ações coletivas, contrariando o modelo de jurisdição vigente no Brasil há séculos, valorizou a via de reconhecimento de direitos pautada na jurisprudência, de forma a promover o tratamento isonômico dos peticionantes, sejam eles representados ou não. O sistema do *stare decisis*, em imensa vantagem à então vigente concepção de processo no Brasil, revelou-se muito mais eficaz na

---

<sup>36</sup> MANCUSO, R. C. **A resolução dos conflitos e a função judicial**, São Paulo, 2007, p. 368.

obtenção da economicidade, da unicidade nas decisões, na celeridade de acesso à jurisdição e na igualdade de acesso aos direitos previstos constitucionalmente e até então restritos à uma pequena camada da população.

O sistema coletivo, ainda que promova inigualável acesso a direitos até então restritos e possibilite aos jurisdicionados a obtenção de decisões uníssonas, céleres e econômicas aos cofres públicos, enseja algumas discussões no que tange à possibilidade de acesso à jurisdição pela via individual acerca de um direito que é discutido pela via coletiva. Ainda que as novidades promovidas pela Código de Defesa do Consumidor no que tange às ações coletivas revele imensa semelhança ao procedimento adotado nos países filiados à *common law*, tais como os efeitos da *stare decisis* e o apego às decisões pautadas na jurisprudência, não se pode esquecer que o modelo vigente no Brasil, ainda que em transição, é ainda filiado aos preceitos da *civil law*.

Não há que se falar, portanto, na vedação ao acesso da jurisdição pela via do clássica concepção de processo individual, formulando o autor sua própria demanda junto ao judiciário e utilizando-se para tanto apenas de suas próprios alegações e provas. Desta conclusão logo surge o questionamento: em havendo processo individual pendente de decisão quando do ajuizamento de ação coletiva que tenha idêntica causa de pedir e pedido, o que deve acontecer com a demanda ajuizado pela via individual?

Ora, é evidente que o jurisdicionado, tendo em vista a filiação do sistema jurisdicional a um sistema quase misto, permissivo de ações pelas vias individual e coletiva, deverá ter liberdade de optar por unir-se ou não aos representados que elegeram a via coletiva de acesso à jurisdição para verem tutelados seus direitos. Ainda que esta conclusão pareça simples e dispense maiores reflexões, deve-se ter em cuidadosa análise os efeitos da coisa julgada material em ação coletiva. O fato de ser facultada a adesão à ação coletiva ajuizada enquanto pendente a ação individual significa falar na eficácia contida da coisa julgada em ação coletiva, à medida que, em sendo improcedente a ação coletiva, e tendo o jurisdicionado optado por sobrestar o seu feito individual sem aderir à ação coletiva, isto não resultará em prejuízo na apreciação de sua demanda.

Verifica-se, portanto, a incidência de limitação à coisa julgada material, possibilitando-se a apreciação de demandas individuais, ainda que as formulações aduzidas pautem-se em idêntica causa de pedir e requeiram idêntico pedido, de

forma a promover a inafastabilidade do acesso à justiça. Não incidirá, portanto, litispendência entre o processo coletivo e o individual, demarcando a existência de conexão entre estas duas vias, conforme previsão do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor. Haverá, todavia, conexão entre estas duas vias ao verificar-se a incidência da coisa julgada *in utilibus* à causa individual sobrestada e a ocorrência de posterior procedência da ação coletiva, beneficiando o indivíduo que postula seu pedido pela via individual.

Ainda que o modelo das ações coletivas brasileiras tenham-se baseado em grande medida nas *class actions* norte-americanas, a incidência da coisa julgada *in utilibus* representa novidade àquele sistema. Tal inovação decorre justamente de um pequeno nuance que distingue a disciplina nacional daquela, a qual se dá na faculdade conferida às partes em aderir ou não à ação coletiva. Enquanto no modelo da *class action* norte-americana a opção se dá por espontânea decisão individual, por intermédio do *opt in* ou do *opt out*, na disciplina nacional presume-se que todos os indivíduos aderiram à ação coletiva, submetendo-se ao resultado desta. Desde logo percebe-se que permitir a incidência da coisa julgada *in malam parte* nesta última hipótese representaria afronta ao princípio da inafastabilidade do acesso à justiça, à medida que não foi possibilitado à parte individual promover todas as provas e alegações que eventualmente deteria.

Não é por outro motivo que, em tendo havido improcedência da ação coletiva, não tendo ocorrido a voluntária adesão a esta (o que se daria pela desistência de ação individual para tornar-se litisconsorte na coletiva), haverá ampla liberdade para que o indivíduo postule nova ação individual fundada na mesma causa de pedir, *ainda que repita idêntico objeto, como decorrência do princípio constitucional da inafastabilidade do acesso à justiça, que traz consigo a garantia da ampla defesa e do contraditório mediante oportunidade pessoal de comparecimento a juízo*<sup>37</sup>. Tal previsão, em consonância com os já citados vieses de promoção do acesso à justiça mais amplos quanto possível, representa mais uma via que possa possibilitar a satisfação de direitos e interesses pleiteados pelos indivíduos hipossuficientes que tenham tido sua pretensão eventualmente julgada improcedente pela via coletiva.

---

<sup>37</sup> VENTURI, E. **Processo Civil Coletivo**, São Paulo, 2007, p. 392.

Quaisquer críticas que surjam no que toca à desigualdade das partes em pleito, visto que a incidência da coisa julgada é contida, operando *in utilibus*, ou seja, favoravelmente, via de regra, ao hipossuficiente, não merecem prosperar. Ainda que em um primeiro momento possa parecer que o demandado estará sempre desamparado pelo *benefício* da coisa julgada em seu favor, colocando-o em sensível desvantagem, há que se observar que o demandado jamais será a parte hipossuficiente na demanda, sendo geralmente uma grande empresa ou mesmo um ente estatal.

Por si só já bastaria tal discrepância entre as partes para justificar o primado da coisa julgada *in utilibus*, mas ainda há que se levar em consideração o fato de as partes não participarem ativamente nas ações coletivas, salvo na hipótese de terem expressamente optado por tornarem-se litisconsortes nas mesmas, tal como ocorre com a decisão tomada pelo litigante individual que, em vez de sobrestar seu pleito, opta por litisconsorciar-se na ação coletiva.

Ainda que tais primados representem um acerto legislativo raramente visto, possibilitando ao jurisdicionado garantias essenciais até então jamais obtidas, ainda há pontos que merecem atenção, tendo em vista flagrantes desrespeitos vistos no desatendimento de demandas coletivas mediante argumentações totalmente infundadas e até mesmo paradoxais. Contradição contemporaneamente vislumbrada em sede judicial é o entendimento dos tribunais superiores de descabimento da ação civil pública que busca a tutela de direitos individuais homogêneos pautada em relação jurídica não configurável como de consumo.

É sabido que o Estado promove mandos e desmandos rotineiramente, causando efeitos nefastos sobre o jurisdicionado, muitas vezes esquecidos no tempo. A tutela pela via da ação civil pública mostra-se idônea à persecução do ressarcimento destes danos, muitos dos quais ocorridos na seara tributária ou previdenciária, visto que desta forma alcança-se os primados previstos pelo legislador do Código de Processo Civil: o acesso tão amplo quanto possível à justiça, a unicidade de decisões e a promoção da igualdade no acesso a tutela de bens coletivamente lesados. Questiona-se, portanto, qual seria o fundamento adequado para justificar a inadmissibilidade de ações coletivas que não envolvam relação de consumo, à medida que claramente demonstram ser a via mais efetiva de acesso à tutela destes bens?

Trata-se, como é bem sabido, de um problema de índole política, e não jurídica. Contrariando boa parte da doutrina no que tange ao ativismo judiciário, inclusive autores que defendem e promovem a ampliação do uso das vias de acesso coletivo à jurisdição, como Ada Pellegrini Grinover e Rodolfo de Camargo Mancuso, considera-se tal conduta perniciosa à medida que a tripartição dos poderes, primado do Estado de Direito Democrático, é afetada para fazer valer direitos e interesses supostamente estatais, ou seja, em última instância, populares. Destacando trecho colacionado na obra de um dos citados defensores do ativismo judiciário, sintetiza-se e destaca-se o grande receio no ativismo judiciário: *quando juízes se tornam agentes políticos, periga a doutrina da tripartição dos Poderes*<sup>38</sup>.

## 5. CONCLUSÃO

Feitos todos os apontamentos e observações possíveis e pertinentes relacionados ao acesso à jurisdição e à tutela de direitos constitucionalmente assegurados, encarados alguns dos paradigmas mais concretos do direito nacional, exaltados os benefícios das contemporâneas soluções propostas pela mais recente doutrina, resta concluir quais os reais avanços a serem ainda galgados por nós, operadores do direito.

Por intermédio do ferramental emprestado da economia e adaptado à análise da efetividade em âmbito jurídico, pôde-se verificar que os avanços trazidos pelos instrumentos contemporâneos e posteriores à Constituição Federal de 1988 são, de fato, maximizadores da efetividade do aparato judicial disponível aos cidadãos nacionais. Tanto a proposta oriunda do regramento dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), no que tange à obrigatoriedade e incentivo à realização de acordos judiciais, quanto a parte processual do Código de Defesa do Consumidor, regramento moderníssimo que deu vida ao modelo coletivo de acesso à jurisdição, ambos demonstram enorme potencial maximizador da efetividade do trabalho exercido por magistrados e auxiliares da justiça como forma de promoção do acesso a direitos da população de forma absoluta.

---

<sup>38</sup> A judiciocracia ameaça? **Jornal O Estado de S. Paulo**, 05.05.2007, caderno A-2, in MANCUSO, R. C. A Resolução dos conflitos e a função judicial, São Paulo, 2009, p. 367.

Conforme exposto anteriormente, muitos são os ajustamentos que ainda devem ser implementados às novas formas de acesso à jurisdição, além de estudos e análises que possibilitem a implementação destas novas técnicas nos momentos e circunstâncias mais adequados ao modelo proposto. A exemplo da proposta conciliatória trazida pela Lei 9.099/95, ainda que revele enorme avanço no que tange à celeridade do acesso ao bem cuja tutela se busca, além de reduzir a desigualdade das partes que formam a tríade processual, não é suficiente para o combate às reiteradas injustiças cometidas por atores sociais que dispõem de capacidade financeira muito superior à do cidadão comum, tal como as grandes empresas que atuam no mercado de consumo.

Em circunstâncias que demandem medidas combativas às condutas oportunistas de agentes cujo poderio econômico seja muito superior à média da população, ou cujas sentenças impostas pelo judiciário demonstrem-se insuficientes para pôr termo às condutas indesejadas, o ferramental das ações coletivas entra em cena, devendo exercer seu papel combativo frente às injustiças praticadas contra a coletividade. A solução proposta pela coletivização das ações escancarou aos operadores do direito a difícil realidade de ineficácia do judiciário, mesmo na hipótese de expansão do ferramental já disponível. O incremento do número de juízes, servidores, varas ou tribunais não é suficiente ao combate das injustiças ocorridas no plano fático, fazendo-se necessário um instrumento que afaste condutas indesejáveis, pondo a salvo os direitos de toda a coletividade.

Não apenas a dificuldade em promover o amplo acesso à fruição dos direitos pela via da ação individual pela complexa e custosa estrutura do judiciário nacional, mas também a questão da discrepância de julgados é solucionada pela via das ações coletivas. Ainda que as ações coletivas em sua maioria envolvam interesses políticos cuja negociação indevidamente extrapola o âmbito do Direito, a questão da discricionariedade do entendimento dos magistrados em processos individuais é solucionada pela decisão uníssona e vinculante prolatada em ação coletiva.

Há, é claro, muito que avançar, mesmo no âmbito das ações coletivas. Os tribunais superiores ainda têm entendimentos vacilantes quanto ao cabimento de ações civis públicas que busquem a tutela de direitos em determinadas searas, tais como a previdenciária e a tributária, entendendo ser pertinente apenas a matéria

consumerista à tutela coletiva pela via da ação civil pública, entendimento escancaradamente descabido e vinculado a interesses políticos do próprio Estado.

A aplicação da norma capaz de pôr a salvo interesses coletivos de forma cogente, obviamente, é tarefa das mais árduas. Decisões em prol da coletividade irão sempre envolver interesses de dois ou mais grupos conflitantes, donde certamente se verificará um ponto de tensão em que prevalece a vontade do grupo mais poderoso sem que haja influência do aparato estatal. A utilização destes conflitos para o benefício da coletividade, ainda que gere a insatisfação de um grupo ou até mesmo certa resistência, ainda assim mostra-se o via mais adequada de garantia dos interesses coletivos à medida que ataca o ponto de onde emana o distúrbio social<sup>39</sup>.

Igualmente vacilante é o entendimento ainda capenga quanto à possibilidade de reapreciação do pedido formulado em ação civil pública fundada em direitos individuais homogêneos quando o mesmo tiver sido julgado improcedente. Logicamente, em consonância com o modelo da *class action* estadunidense, ainda que haja sensíveis diferenças quanto à forma de adesão individual a tal modalidade de ação, não deveria haver qualquer dúvida da possibilidade de reapreciação de causas já julgadas improcedentes, conforme já tratado anteriormente.

Ainda em relação aos avanços necessários à ampliação da efetividade das ações coletivas, especial olhar deve ser lançado à utilização do *fluid recovery*, fundo monetário composto pelo pagamento da condenação pelos condenados em ação civil pública. Ainda que a finalidade óbvia deste fundo seja a reparação do dano causado à coletividade ou a eventuais indivíduos que venham posteriormente a habilitar-se na execução individual de ação coletiva que garantiu direitos aos lesados pelo ato em questão, rotineiramente verifica-se o emprego destes valores em empreitadas totalmente desconexas com a finalidade pela qual foi prevista a criação do fundo, por questões de índole processual escancaradamente alienadas à realidade.

A falta de rigor na aplicação de penas que venham a realmente coibir aqueles indivíduos que causam lesões em larga escala à população por vezes corrobora para a continuidade da repetição de condutas indesejadas, de forma a

---

<sup>39</sup> Calabresi, Guido and Melamed, A. Douglas, **Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral** (1972). Faculty Scholarship Series, Yale, 1983. Disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1983](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1983).

conferir uma tutela tão somente momentânea e incapaz de reproduzir-se no futuro. Desta forma, as ações coletivas são apenas uma reprodução em larga escala das ações individuais, visto que não geram o efeito desejado de fim definitivo da lesão à coletividade. Ainda que represente um enorme avanço à medida que propicia o acesso amplo à jurisdição, não inova em relação à jurisdição comum no que tange ao atingimento do objetivo de pôr termo às condutas perniciosas à coletividade.

A imposição de medidas verdadeiramente punitivas aos lesionadores de direitos comuns faz-se necessária para que vislumbre-se na prática o respeito pela coletividade, que apesar de imensa e forte como um todo, é extremamente frágil quando reduzida à singularidade de cada uma de suas partes. Nesta senda, a imposição de multas e penas pelas condutas maléficas praticadas pelos lesionadores é a forma mais idônea de impedir que condutas perniciosas reproduzam-se *ad eternum*.

Não apenas a imposição de tais penas faz-se necessária, mas a destinação dos fundos arrecadados com estes pênaltis é igualmente relevante para a obtenção da verdadeira tutela merecida pela coletividade, mais das vezes formada por hipossuficientes. Disposições legais de índole eminentemente política, tal como os artigos 11 a 13 da Lei da Ação Civil Pública, retiram das condenações de lesionadores da coletividade a aptidão para a reparação dos danos causados, à medida que destinam-se os valores obtidos na condenação ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos nacional, gerido pela União e centralizado na capital federal, distante não apenas geograficamente, mas principalmente politicamente do foco da maioria dos danos deflagrados nacionalmente.

A proposição final deste trabalho não é a crítica ensimesmada, tampouco a mera desconstrução de institutos concebidos para o auxílio dos hipossuficientes no acesso à tutela de seus bens. O mero academicismo não é suficiente para traçar críticas construtivas e idôneas à retomada do curso para o qual foram planejados os mais modernos instrumentos de acesso à jurisdição ora estudados. Ainda que interesses escusos, mais das vezes surgidos no manejo destes instrumentos, tenham maculado o nobre objetivo para o qual foram concebidas as ferramentas alternativas ao processo individual, não há reacionarismo que resista às injustiças que subjazem da utilização de tais instrumentos com fins meramente políticos autointeressados.

Os apontamentos ora realizados, pautados, sim, na análise, construção e reconstrução sistêmicas destes instrumentos, jamais devem permanecer sonolentos sob o manto do academicismo, mas devem servir para aguçar a crítica e a perspicácia para além do mero formalismo legal, rançoso e facilmente manipulável. Devemos sempre estar atentos à utilização dos instrumentos que nos são disponíveis, por mais nobres e benéficos que sejam em suas concepções. Só assim, pautando nossas análises em críticas fundadas e razoáveis, é que estaremos aptos a perceber e combater condutas oportunistas cujo objetivo essencial é o locupletamento indevido à custa do prejuízo alheio.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARROW, Kenneth Joseph. **The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation**. Washington, 1969. Disponível em <http://msuweb.montclair.edu/~lebel/p/PSC643IntPolEcon/ArrowNonMktActivity1969.pdf>.

ASSIS, Araken de. **Manual de execução**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1310 p.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados especiais : a nova mediação paraprocessual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 286p.

CALABRESI, Guido e MEMAD, A. Douglas. **Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedra**. Yale: Harward Law Review, 1983. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3043&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3043&context=fss_papers).

BASTOS; Lília da Rocha; PAIXÃO, Lyra; FERNANDES, Lucia Monteiro. **Manual para a elaboração de projetos e relatórios de pesquisas, teses e dissertações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. 117 p.

CAPPELETTI, Mauro e GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. 168p.

DRUCKER, Peter. Management: **Tasks, Responsibilities, Practices**, 1973, disponível em <http://smallbusiness.chron.com/differences-between-effectiveness-efficiency-forprofit-organizations-37399.html>.

ENRICO, Baffi. Coase v. Pigou: **A Still Difficult Debate**, 2013. Disponível em [http://works.bepress.com/enrico\\_baffi/61](http://works.bepress.com/enrico_baffi/61).

GRINOVER, A. P. **Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade**. Disponível em: [www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/dezembro/2112/ARTIGOS/A03.htm](http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/dezembro/2112/ARTIGOS/A03.htm).

IDERS e UCB. **Economic Analysis of Law Review; Vol. 2, No 2: Economic Analysis of Law Review**. Brasília: Editora Universa, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 752p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Jurisdição no Estado Constitucional**. Jus Navigandi, São Paulo, a. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>.

MAZZILLI, Hugo NIGRO. **A defesa dos interesses difusos em juízo : meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 944p.

PESSALI, Haúscar Fialho. **Teoria dos Custos de Transação: uma avaliação à luz de diferentes correntes do pensamento econômico**, disponível em <http://org1.wikispaces.com/file/view/TCT.pdf/103634545/TCT.pdf>.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito?** Belo Horizonte: Ed. Forum, 2011. 182p.

SALVADOR, Antônio Raphael Silva. **Juizados especiais cíveis : estudos sobre a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, parte pratica, legislação e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2000. 130p.

SIMON, Herbert Alexander. **Administrative behavior : a study of decision-making processes in administrative organization**. New York; London: Free Press: MacMillan, 1976. 364p.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo de execução**. 21. ed. São Paulo: LEUD, 2002. 580p.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007. 502p.

WATANABE, Kazuo. **As grandes transformações do Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. 1128p.

WATANABE, Kazuo. **Juizado especial de pequenas causas : Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. 221p.

WILLIAMSON, Oliver. **Markets and hierarchies : analysis and antitrust implications : a study in the economics of internal organization**. New York: Free Press, 1975. 286p.

WILLIAMSON, Oliver. **The economic institution of capitalism : firms, markets, relational contracting**. New York: Free Press, 1985. 450p.

YANDLE, Bruce. **Much Ado about Pigou**, Clemerson, 2010. Disponível em <http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2010/2/regv33n1-9.pdf>. Acessado em 21/08/2013.