

JURIMETRIA – ANÁLISE DA INEFICÁCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR¹

JURIMETRIA – ANALYSIS OF FAILURE OF THE JUDICIARY IN CONSUMER PROTECTION

CÁSSIO MODENESI BARBOSA²

DANIEL FRANCISCO NAGAO MENEZES³

RESUMO: Para que se possa falar em direito à informação é necessário, primeiro, ter acesso aos meios de comunicação, veículo por meio do qual os dados informativos transitam entre os diversos receptores. E porque este veículo é oferecido/fornecido ao usuário, a natureza deste intercâmbio é a de relação de consumo. Este artigo enfocará a questão de como se dá o acesso do mercado consumidor aos meios de comunicação, centrando-se a análise na telefonia celular; procurará destacar a contradição existente entre o oferecimento/fornecimento dos serviços e sua viabilização virtual o que promove constantes equívocos que levam os prejudicados ao Judiciário, cujas decisões têm-se revelado inócuas enquanto meio para interferir nas práticas comerciais das grandes empresas e oferecer uma análise transversal da hipótese levantada pelo método da jurimetria. **PALAVRAS-CHAVE:** Telefonia; Informação; Comunicação; Direitos Humanos; Impacto da Decisão Judicial; Jurimetria; Pesquisa Aplicada em Direito.

ABSTRACT: In order to talk about the right to information is necessary to first have access to the media, vehicle through which data pass information between different receivers. And because this vehicle is offered/provided to the user, the nature of this exchange is to consumer relationship. This article will focus on the

Artigo recebido em 14.02.2013. Pareceres emitidos em 10.06.2013, 11.06.2013 e 03.11.2013.

Artigo aceito para publicação em 30.06.2014.

¹ Apoio Financeiro à Pesquisa: Mackpesquisa - Fundo Mackenzie de Pesquisa – Apoio ao Projeto: Aplicação da Jurimetria no Brasil.

² Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestrado em Filosofia Teoria Geral Direito pela Universidade de São Paulo. Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor da Faculdade de Jaguariúna/SP. cassiomodenesi@uol.com.br

³ Advogado. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil, ambos pela PUC-Campinas e, em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior pelo Centro Universitário Padre Anchieta. Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Universitário da Universidade Presbiteriana Mackenzie, campus Campinas/SP e, da FACAMP. nagao.menezes@gmail.com

question of how is the consumer market access to the media, focusing the analysis on mobile; seek to highlight the contradiction between the offering/providing the services and their development which promotes virtual constant misconceptions that take the injured to the judiciary, whose decisions have proved innocuous as a means to interfere with the business practices of large companies and offer a cross-sectional analysis of the method of hypothesis jurimetria.

KEYWORDS: Telecommunication; Information; Communication; Human Rights; Impact of Judicial Decision; Jurimetria; Applied Research in Law.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Os Processos; 2. A Jurimetria; 3. Dos Impactos da Jurimetria; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Introduction; 1. Processes; 2. Jurimetrics; 3. On the Impacts of Jurimetrics; Concluding Remarks; References.

INTRODUÇÃO

As empresas de telefonia permanecem já há algum tempo entre aquelas cujos serviços se encontram entre os piores oferecidos à população e isto a despeito da relevância do papel que exercem para as relações socioeconômicas, quer estejam elas no âmbito privado, quer no público.

Talvez uma das razões para isto se encontre na estratégia adotada por estas empresas de viabilizarem seus contratos de prestação de serviços via internet. Se de um lado o instrumento eleito efetivamente agiliza a consolidação das relações comerciais, de outro se faria necessário um rígido controle da forma pela qual os contratos são formalizados de molde a se coibir as fraudes que vêm crescendo e levam os prejudicados – terceiros estranhos à relação contratual – a procurarem composição dos prejuízos junto ao Judiciário.

A fraude mais comum, sem trazer qualquer dado estatístico preciso, consiste no uso dos dados pessoais de um terceiro, assumindo identidade alheia. Lembre-se que o acesso a tais dados se encontra muito facilitado pelo mecanismo oficial adotado para a legalidade das transações comerciais (e imposto pelo Estado) que, sob o pretexto de se evitar a sonegação fiscal, passou a exigir o fornecimento de dados pessoais tradicionalmente de uso privado e restrito. Desta forma, o acesso a dados como filiação, RG e CPF se viu facilitado a todos e quaisquer uns.

De posse destes dados cadastrais o fraudador os utiliza para formalizar um contrato de prestação de serviços telefônicos, cujo aperfeiçoamento por parte da empresa respectiva se faz virtualmente, sem necessidade de nenhuma contraprova ou de algum outro meio de controle.

Resultado conhecido por todos: o beneficiário do contrato jamais é localizado enquanto que o terceiro que teve seus dados pessoais utilizados de forma indevida deverá responder pela inadimplência contratual. Como não é localizado no endereço fornecido pelo fraudador – afinal, trata-se de um ilícito civil e penal – a saída para a empresa de telefonia é a negativação em órgãos de restrição ao crédito.

Assim, quando o terceiro prejudicado vem, a saber, que o seu nome foi utilizado indevidamente em um contrato, os danos já se encontram consolidados e apenas lhe resta correr contra o tempo para reverter sua condição de devedor, submetendo-se a toda uma série de constrangimentos.

Em primeiro lugar, deverá provar que nunca firmou contrato algum o impelindo ou para uma reclamação junto ao PROCON ou mover um processo judicial com pedido de tutela antecipada de baixa da negativação com pedido adicional de indenização. Com ou sem liminar – que pode ser concedida com ou sem caução o que pode importar em mais desembolso econômico – o cumprimento do procedimento legal até decisão final leva tempo, em média dois anos, até sentença que poderá, agora, ser favorável ou não, dependendo das provas produzidas e do convencimento do juiz de primeiro grau e que não se encontram necessariamente em relação de causa e efeito.

Com ou sem sentença favorável, é comum que a parte perdedora recorra, o que demora ainda outros dois anos⁴ até decisão do Tribunal de Justiça respectivo o que pode levar à manutenção ou não da sentença de primeiro grau.

Admitindo-se que o consumidor prejudicado tenha ganho de causa, ainda terá que aguardar a satisfação em processo de execução, o que poder levar, em média, outro ano, ano e meio para ser solucionado.

Em resumo: são no mínimo cinco anos para o consumidor que viu o seu nome usado indevidamente por um fraudador em um sistema virtual de contratação, cuja finalidade primordial é agilizar para a empresa de telefonia a ampliação de sua rede de serviços.

Além do prejuízo resultante do tempo de espera para que um processo chegue à sua conclusão final, o cidadão ainda se encontra exposto ao resultado de dupla fragilização: a primeira causada pelo próprio Estado que força a divulgação de dados cadastrais e, o segundo, sua utilização indiscriminada em contratos sobre os quais não teve controle nem intervenção, cuja facilidade de acesso a qualquer um agudiza ainda mais a insegurança jurídica em relação a direitos e garantias fundamentais, como o direito à privacidade e sigilo das informações.

Todo este contexto revela algo interessante: é que as decisões judiciais não interferem nesta lógica, pois, quando as ações são julgadas procedentes o Judiciário acaba por impor, a final, sanções excessivamente brandas insuscetíveis de exercer influência positiva para que este sistema de firmação de contratos seja abolido em nome da segurança jurídica de que o corpo social é credor.

Neste artigo, o foco de análise se centrará especificamente na formação do processo, na natureza das decisões judiciais de primeiro grau diante dos parâmetros consagrados pelos Tribunais Superiores para, disto, verificar estatisticamente, o grau de efetividade destas decisões nas relações de consumo.

⁴ Tempo médio nos Estados da região Sudeste.

1. OS PROCESSOS

O campo de análise centra-se no Juízo da 3ª Vara do Foro Regional de Vila Mimosa⁵, Comarca de Campinas, Estado de São Paulo, e leva em consideração os contratos firmados por fraudadores com as telefônicas em prejuízo do cidadão. O comum a todos estes processos é que em nenhum deles as empresas de telefonia se preocuparam em trazer para os autos qualquer instrumento contratual formal, limitando sua defesa a questões formais como o respeito ao *pacta sunt servanda* em razão do qual agiram no exercício regular de direito; se afastada esta tese, não são responsáveis pela conduta de terceiro estelionatário e, finalmente; se admitida a existência do dano, a indenização não pode se converter em fonte de enriquecimento sem causa.

Em consequência, a argumentação é simplesmente formal, insulando a discussão em uma relação intersubjetiva unidimensional, posto reduzida ao plano exclusivamente privado, completamente alienada de seu contexto social e econômico, o que limita o alcance e poder de interferência positivo da futura decisão em políticas públicas do setor de comunicações.

Nesta condição, foram analisados qualitativamente (com a leitura da R. Sentença) os seguintes processos movidos contra: a CTBC (autos nº 2.302/05), a NEXTEL (autos nº 1.758/12 e 1.826/12), a EMBRATEL (autos nº 1.509/11, 691/12, 1.322/12 e 1.173/12), a EMBRATEL/NET (autos nº 180/12), a EMBRATEL/VIVAX (autos nº 527/09), a TELESP (autos nº 2.913/03, 540/05, 622/05, 1.222/05, 513/06, 520/09 e 714/09), a TIM (autos nº 1.165/10 e 1.640/12) e a VIVO (autos nº 37/10) em um total de dezenove processos.

Ressalte-se que os dados foram obtidos diretamente pelos autores do artigo que tiveram acesso aos processos e puderam realizar a pesquisa tanto qualitativamente quanto quantitativamente tendo em vista a permissão do MM. Juiz Titular da Vara.

Nestes processos a decisão que se exara declara a inexistência do vínculo obrigacional porque ausente instrumento contratual que ampare a conduta da empresa de telefonia em negativar e fixa indenização por danos morais decorrentes desta mesma negatificação.

O debate jurídico que se segue se dá em função do valor que se deve fixar para tais indenizações. E estas indenizações se constroem a partir de dupla necessidade, isto é, compensar o dano causado e a de punir o seu autor.

De um lado, a grande maioria dos juízes segue orientação dos Tribunais Superiores que, a pretexto de se evitar o enriquecimento sem causa do consumidor e calcados no aspecto compensação, vêm oscilando em fixar valores compreendidos entre R\$ 5.000,00 e R\$ 10.000,00. Do outro lado, há uma minoria – talvez em vias de extinção – que entende ser mais importante

⁵ Trata-se de Vara de Judicial com competência cível e criminal que atende parte do território do Município e Comarca de Campinas/SP.

focarem-se no aspecto punição, cujos valores são substancialmente maiores e variam entre 20 e 200 salários mínimos vigentes à data da condenação.

É interessante que a fundamentação desenvolvida pela jurisprudência dominante, via de regra, está calcada no argumento de autoridade, limitando-se a afirmar seguir a orientação majoritária, descurando questões mais específicas, como o aspecto relativo ao abuso do poder econômico exercido por aquelas empresas que, desfrutam de verdadeiro oligopólio. E contra este oligopólio o consumidor nada pode, nem possui canais de expressão, razão pela qual vê sua dignidade vilipendiada, agora, por um conceito que o reduz a um detalhe de somenos importância na cadeia das relações econômicas.

Observa-se que a postura da jurisprudência é no sentido de reparar o dano individual, não dialogando com o papel social da telefonia (direito à comunicação). Ao se desconectar da realidade, o juiz, mesmo que determine altas indenização, não cria uma política pública de melhoria do serviço de telefonia.

Perquire-se, agora, o que a análise estatística deste acervo oferece a partir dos instrumentos de análise oferecidos pela jurimetria.

2. A JURIMETRIA

Existem razões para a falta de unidade conceitual, para a dificuldade do Poder Judiciário se adaptar ao novo contexto sócio-político em que atua – ou seja, à realidade –, tudo gerando crise de eficiência, que se encontram no estudo clássico do direito ao possuir um plano teórico e outro empírico. Os juristas são formados, em sua maioria, para aplicar ao caso concreto a lei que decorre, por sua vez, de um referencial teórico localizado fora do direito – filosofia, sociologia, antropologia, política, dentre outros ramos do saber.

Ocorre que, muitas vezes, este referencial teórico que fundamenta o direito, é esquecido nas Faculdades, as quais o resumem à lei, especialmente a positiva, imposta pelo Estado. Basta para isso uma simples enquête com os estudantes de direito sobre suas disciplinas preferidas ou mesmo uma análise sobre os temas mais comuns nos Trabalhos de Conclusão de Curso. As disciplinas de fundamentação desta ciência – ou propedêuticas – recebem a alcunha de “perfumarias”.

Neste contexto, é ensinado ao aluno e, repetido por este ao se formar e atuar como “operador do direito” que cabe ao Juiz subsumir o fato (que ele não conhece bem e tem capacidade, muitas vezes, para conhecê-lo) à lei, resultando daí a Decisão Judicial pouco importando os seus efeitos sociais pois, a estrutura judicial – e de ensino também – não permitem tal reflexão.

Mesmo o Direito sendo reduzido à lei positiva, esta continua a ser uma aspiração teórica do legislador, cujas interpretações são levadas em consideração pelo aplicador tradicional do direito ao lado de diversos outros fatores que interferem nos processos jurídicos de decisão e, por consequência, na resolução de casos concretos.

As consequências sociais da aplicação da lei ao caso concreto, especialmente da aplicação resultante de um processo judicial, é elemento de pouco estudo no direito, mormente se tomadas pelo viés da elaboração de dados estatísticos sobre as decisões judiciais.

Isto é, o impacto social das decisões judiciais não é – nem nunca foi – analisado de forma sistemática⁶, através de processos estatísticos adequados que permitam chegar a conclusões científicas de como este Poder decide e quais os impactos setoriais de tais decisões na sociedade. Quando muito, um único caso isolado serve como ponto de análise do impacto por ela causado nesta sociedade o que, por óbvio, gera distorções absurdas em suas conclusões.

A partir da organização estatística das decisões judiciais (elemento qualitativo), e também dos temas tratados nos processos (elemento quantitativo) é possível obter parâmetros de tomada de decisão do Poder Judiciário e compará-los com outros indicadores sociais existentes, permitindo a análise de correlação entre os parâmetros de decisão encontrados nos diversos Tribunais que o compõe.

Este tipo de análise constitui um novo ramo de conhecimento, a Jurimetria. É a métrica do Judiciário.

A metodologia de pesquisa da Jurimetria pode ser aplicada a qualquer levantamento estatístico nos três poderes da República, contribuindo para a formação de um novo método de pesquisa no Direito. Sua aplicação, em especial ao Poder Judiciário, busca quer o levantamento estatístico dos tipos de demanda e seu fluxo, quer a administração deste mesmo fluxo de molde a buscar resgatar a efetividade da jurisdição, podendo se falar na criação de um novo ramo na administração pública – a administração judiciária.

A Jurimetria enfrenta as demandas judiciais e suas decisões a partir da massa de processos que se oferecem à análise do Poder Judiciário, isto é, em uma perspectiva do caso concreto ao normativo que inverte o movimento de compreensão porque se realiza de baixo para cima e no conjunto que apresenta à análise e não caso a caso, de forma atomizada e isolada, como se dá presentemente.

Também impõe a necessidade de se compreender os conflitos no contexto em que são produzidos de forma que as fases pré e pós processuais

⁶ “As consequências sociais da aplicação da lei ao caso concreto, especialmente da aplicação resultante de um processo judicial, é elemento de pouco estudo no direito, mormente se tomadas pelo viés da elaboração de dados estatísticos sobre as decisões judiciais. Isto é, o impacto social das decisões judiciais não é analisado de forma sistemática, através de processos estatísticos adequados que, permitam chegar a conclusões científicas de como o Poder Judiciário decide e, quais os impactos setoriais de tais decisões na sociedade. Quando muito, um único caso isolado serve como ponto de análise do impacto da decisão judicial na sociedade. A partir da organização estatística das decisões judiciais é possível obter parâmetros de tomada de decisão do judiciário e, compará-los com outros indicadores sociais existente, permitindo a análise de correlação entre os parâmetros de decisão encontrados no Poder Judiciário com os demais indicadores sociais” (Siqueira Neto; Menezes, 2012:91).

são reintegradas no esforço hermenêutico que permite a decisão. Em outros termos: a jurimetria converge o Direito e a Estatística (enquanto ciência), sob o pálio de mensurar os fatos sociais que deram origem aos conflitos e, desta forma, antecipar hipóteses e projetar condutas na elaboração das leis, no estabelecimento de políticas públicas, nas estratégias de administração do acervo em uma Vara Judicial, na racionalização das decisões em busca de uma maior eficácia delas já que a concretude do direito se dá em função da decisão que o reconhece.

A estratégia metodológica para organizar os dados assim coligidos se dá pelo uso da Estatística, ciência que possui como objeto de estudo os dados empíricos quantitativamente organizados para possibilitar a identificação de comportamento em um dado conjunto de elementos concretos, como o número de demandas relativas, por exemplo, aos contratos de prestação de serviços de telefonia, objeto deste artigo.

Outro efeito importante é o de deslocar o foco do estudo do Direito da pesquisa qualitativa para a quantitativa e, apenas após compreender, interpretar e modelar os dados fornecidos projetar conclusões qualitativas com relação à natureza da prestação jurisdicional. Assim, a eleição desta ou aquela natureza de demanda – considerada em seu conjunto e não em uma unidade isolada – como a mais relevante para determinado grupo social e quais as políticas públicas necessárias para solucionar os conflitos produzidos nas suas relações materiais e não mais em modelos arbitrariamente estabelecidos.

A Jurimetria quebra o paradigma alienante que se encontra a ciência jurídica na atualidade propondo um método para a compreensão da realidade social.

Esta nova metodologia busca suprir uma lacuna nas pesquisas na área do Direito, a qual consiste hoje, basicamente, na revisão bibliográfica de obras clássicas. O referencial teórico que fundamenta o direito é esquecido nas Faculdades, as quais o resumem à lei, especialmente a positiva, imposta pelo Estado. Basta para isso uma simples enquete com os estudantes de direito sobre suas disciplinas preferidas ou mesmo uma análise sobre os temas mais comuns nos Trabalhos de Conclusão de Curso. As disciplinas de fundamentação desta ciência – ou propedêuticas – recebem a alcunha de “perfumarias”.

No atual estágio de desenvolvimento da jurimetria observa-se a eleição de aspectos processuais (e suas consequências) como o foco de estudo, principalmente por meio das metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça que visam enfrentar o atraso crônico na solução dos processos que se acumulam no Poder Judiciário.

Contudo, para um Estado, como o de São Paulo, conquanto sejam louváveis os esforços realizados para se atingir as metas propostas pelo CNJ, o fato é que o enfoque continua sendo o trabalho de massa, imposto pelo volume dos processos solucionados um a um, sem que se estanque o conflito social de base que gera tal volume.

Por exemplo a metodologia de administração dos Cartórios das Serventias Judiciais, pretendem especializar ao máximo cada uma das atividades desenvolvidas na condução do processos. Desta forma estabelecem-se núcleos que desenvolvem na filosofia de um “mutirão” cada uma das fases observadas pelo processo. Portanto, um grupo cuidará da digitação, outro da autuação, outro das juntadas, outro ainda dos despachos, esquartejando o processo em tantas partes que aquele que o manipula perde a noção do todo, alienando-se do serviço que presta e estranhando-se em relação ao público para o qual atua.

O que se necessita, no momento, é a identificação do efeito prático das decisões relativas à telefonia no que diz respeito à prática comercial de formalizar contratos virtualmente e sem controle efetivo quanto a origem dos dados que são fornecidos. Isto feito é possível não apenas enfrentar os processos que já se encontram em trâmite, mas também desenhar a natureza do conflito social subjacente que leva à sua disseminação e atuar com maior eficácia em sua prevenção. Como resultado se alcança o aperfeiçoamento do Direito, quer do ponto de vista teórico, quer do prático.

Desta forma, para o caso em exame, de que maneira a decisão judicial pode intervir eficientemente de molde a dar um norte factível que discipline a maneira pela qual os contratos de telefonia virão a ser aperfeiçoados, isto é, se é possível se chegar a meios eletrônicos mais seguros e que minimizem a possibilidade de fraude, ou se a prática não encontra segurança possível na estrutura hoje existente.

3. DOS IMPACTOS DA JURIMETRIA

A análise destas relações processuais pela jurimetria possibilita identificar algumas consequências. A primeira é o uso destes dados estatísticas capturados na própria massa dos processos de telefonia – compreendendo a dimensão em que se formam, se desenvolvem e se resolvem – para a melhoria da prática comercial, isto é, criando mecanismos que possibilitem a efetiva mudança de atitude das empresas prestadoras de serviços telefônicos.

De fato, se as indenizações aplicadas são de baixo valor – daí seu caráter simbólico – e não causam nenhum reflexo sancionatório, impende concluir que se não alcança nenhum reflexo socioeconômico efetivo, de molde a constituir-se a decisão judicial tão somente em um exercício formal de caráter lógico-retórico, hipostasiada em uma dimensão idealista e, portanto, alienada da realidade sobre a qual se esperava tivesse atuação tanto efetiva quanto eficaz. Reduz-se, portanto, a mero fetiche.

E, disto, o que se observa como segunda consequência daquela massa de processos mais acima destacados é que nenhum deles serviu para efetivamente transformar o problema concreto subjacente, isto é, a prática comercial tanto abusiva quanto nociva, desenvolvida entre as empresas prestadoras de serviços, de arrebanhar clientes a qualquer preço e em números sempre exponencialmente crescentes, cuja malha de recolha não discerne

entre honestos e desonestos, deixando para o “mercado” fazê-lo. E este mercado (diga-se: os consumidores prejudicados), o mais das vezes é dócil aos constrangimentos da negativação e preferem pagar de uma vez para não terem dor de cabeça alguma, seja ela de natureza legal, seja administrativa.

Este pensamento, público e notório, leva em consideração as dificuldades de um processo, o tempo de duração, o tempo de satisfação e os custos inerentes a todo este périplo, cujo cálculo a final de custo-benefício acaba preferindo pagar de uma vez ainda que injustamente, porque os custos de se resgatá-la serão maiores. Esta forma oblíqua de administração dos contratos converte-se naturalmente em fonte de enriquecimento e de quase – senão impossível – identificação, justamente porque não chegam ao conhecimento das autoridades a massa de consumidores que adota esta postura passiva e permanecem em uma zona cinzenta.

Em sentido inverso, por último, o que se constata é que as empresas de telefonia apenas ganham com a estratégia comercial implementada. Para elas os baixos valores indenizatórios consagrados por uma jurisprudência complacente e leniente tem por efeito concreto a legitimação desta mesma estratégia comercial ao menos no que diz respeito ao proveito econômico que auferem.

Não é demais lembrar que esta lógica se impõe contra os mais mezinhos princípios de proteção ao consumidor, bem como à função social do contrato e aos princípios da boa-fé e proibidade que os devem informar.

Observe-se, por fim: em todos os processos as empresas de telefonia jamais foram capazes (ou não quiseram) de trazer a prova concreta da existência do contrato; em todas elas se viram condenadas pela prática indevida da negativação; mas tais decisões não trouxeram impacto efetivo algum sobre esta mesma prática de formalizar contratos sem dados cadastrais seguros (isto é, efetivo liame entre quem fornece os dados e a identidade real de a quem eles pertençam), uma vez persistir sua prática no mercado como os sucessivos processos ao longo do tempo o demonstram. Repita-se: a persistência desta prática se dá pela própria insignificância do valor indenizatório.

Como estabelecem Siqueira Neto e Menezes (2012:90):

“Considerando que a função do Poder Judiciário é a resolução de conflitos na sociedade, os bancos de dados deste poder representam a realidade do conflito social em um país e, a abertura do acesso a tais bancos de dados constitui uma oportunidade ímpar na história do Brasil de, se realizar pesquisa empírica e aplicada sobre, os reais conflitos resolvidos pelo Poder Judiciário.

Porém, esta oportunidade somente será aproveitada se houver uma mudança de mentalidade dos juristas – talvez a etapa mais difícil da revolução tecnológica – saindo do pensamento meramente teórico, partindo da pressuposição abstrata da lei; passando ao conhecimento a partir da experiência, adquirido através da pesquisa aplicada.”

O Juízes possuem, no atual contexto e em geral, um papel relevante nas Políticas Públicas mas, no sentido negativo, de desestruturação da Política Pública. Em que pese posições elogiosas⁷ a atuação do Poder Judiciário na concessão de Medidas Judiciais para efetivação de alguns direitos, tais Decisões desestruturam o modelo de Políticas Públicas.

Isto porque, as Políticas Públicas possuem um processo de formação de longo e médio prazo, consistentes nas fases de reconhecimento do problema público; formação de uma agenda pública; formulação da Política Pública em si; processo político de tomada de decisão de implementação da Política Pública; execução da Política Pública; acompanhamento, monitoramento e avaliação da Política Pública e; por fim, a decisão sobre a continuidade, reestruturação ou extinção da Política Pública.

Fato mais grave é a disparidade entre a formulação da Decisão Judicial e a formulação da Política Pública. O Juiz, como já trazido ao texto nas citações de Francisco Campos, decide sempre a partir da lógica individual – duelística nas palavras de Campos – não levando em consideração o problema real que está por trás da Política Pública questionada em Juízo.

Para os casos ora analisados não há ofensa à política pública alguma, mas, por via inversa, perde o Poder Judiciário oportunidade ímpar de emprestar às suas decisões algo mais do que o dizer abstrato do direito, isto é, uma efetividade e eficiência que resgatem a sua importância no concerto dos Poderes de Estado.

A Jurimetria inverte esta lógica perversa. Com ela, é possível analisar cientificamente, com auxílio da Estatística, qual o impacto das decisões judiciais nas Políticas Públicas, bem como na dinâmica das forças produtivas, sendo, os dados existentes dentro do Poder Judiciário, um forte indicador na etapa de avaliação das Políticas Públicas.

Como se viu, ao analisar a estrutura, a natureza das demandas e suas origens, o comportamento dos grandes litigantes possibilita estabelecer um denominador comum para todos estes processos e apontar a natureza real do problema que subjaz a estas demandas, ao mesmo tempo em que se identifica a necessidade de se coibir a prática de uso indiscriminado e inconsequente do contrato denominado virtual.

A análise dos casos de telefonia em bloco permite a identificação do problema como um todo, permitindo ao juiz compreender o fato social que permeia o conflito individual analisado.

⁷ “No processo de formulação de políticas, o Judiciário pode exercer diferentes papéis, que cumprem determinadas funções, entre as quais: ator com poder de veto, ator com poder de decisão, árbitro imparcial e representante da sociedade. Quando atuam como árbitros, os tribunais atuam assegurando a aplicação efetiva das políticas públicas, como um fiscalizador externo de contratos firmados por terceiros (inclusive contratos inscritos na constituição) e um mediador entre as partes do contrato” (DIAS, MATOS, 2012:50).

Para a compreensão em bloco, os processos devem ser organizados (internamente, isto é, dentro da Serventia) como um bloco único dividido por assunto e, julgados preferencialmente por blocos.

Também deve o magistrado compreender o viés econômico que está por trás do comportamento seja do demandante seja do demandado, compreensão esta, necessária para o entendimento do conflito social em discussão.

Não se pretende coibir o uso de importante instrumento de incremento das relações contratuais e de impulsionamento da circulação de riquezas, mas apenas submetê-la a controle legal efetivo para que não seja causa de prejuízos indevidos a cidadãos estranhos a estas relações contratuais, apenas possibilitadas porque estas empresas de telefonia foram quem disponibilizaram ao grande público semelhantes facilidades.

A análise dos processos realizada pelos autores na DD. 3ª Vara Judicial do Foro Regional de Vila Mimosa – Comarca de Campinas/SP – demonstrou o que fora dito acima. Em 100% dos casos analisados houve condenação da empresa de telefonia sendo que os valores das indenizações crescem anualmente em valor muito acima da inflação.

Por sua vez, o número de processos contra empresas de telefonia cresce a cada ano, demonstrando que as sentenças condenatórias, embora cresçam em valores absolutos, não produzem efeitos.

Analisando entretanto, o custo de implementação de um novo sistema de habilitação de linhas fixas e, o lucro que as empresas de telefonia possuam com o atual modelo e, compará-lo com o gasto com as indenização, do ponto de vista econômica é mais vantajoso pagar as indenização e, descumprir o direito de proteção do consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando da última grande mudança organizacional do Poder Judiciário em 1939 sob o comando de Francisco Campos afirmou ele que:

“Nesse sentido, o novo processo é eminentemente popular. Pondo a verdade processual não mais apenas a cargo das partes, mas confiando, numa certa medida, ao juiz a liberdade de indagar dela, rompendo com o formalismo, as ficções e presunções que o chamado ‘princípio dispositivo’, de ‘controvérsia’ ou ‘contradição’, introduzia no processo, o novo Código procura restituir ao público a confiança na justiça e restaurar um dos valores primordiais da ordem jurídica, que é a segurança nas relações sociais reguladas pela lei. Noutro sentido ainda podemos falar do cunho popular do novo processo: ele é um instrumento de defesa dos fracos, a quem a luta judiciária, nos quadros do processo anterior, singularmente desfavorecia.” (Campos, 2001:164)

Francisco Campos, conquanto possuísse caráter autoritário, atacava o ponto central do problema do Poder Judiciário, ou seja, a sua rendição às

doutrinas liberais dos séculos XVII/XVIII que viam o processo como um duelo⁸ entre as partes, reduzindo o conflito aos argumentos trazidos com exclusividade pelas partes litigantes, afastando o Judiciário (o Estado na verdade) do conflito real demonstrado pelas partes no processo judicial, impedindo assim a sua resolução pelo Estado dependendo do contexto do processo.

Na atual dimensão processual, conforme o demonstrou a análise dos contratos de telefonia destacados, o conflito é resolvido exclusivamente entre as partes e não em seu contexto coletivo de profundas raízes econômicas. O Juiz se torna ser alheio à realidade na sociedade, existente fora dos autos, daí a crítica ao liberalismo do processo que se centra no problema do indivíduo e não no problema coletivo.

Na atualidade, José Eduardo Faria (1996:18) se refere ao problema como uma crise que se desdobra nos problemas da eficiência e da identidade, caracterizada a primeira pela sua inefetividade em fazer frente aos problemas que lhe chegam às mãos em razão do caráter burocratizado e anacrônico de sua estrutura, comprometendo os serviços judiciais tanto no aspecto quantitativo quanto no qualitativo.

Como já dito, o volume de processos crescem diariamente, cujas exigências de solução impõem (geram) um rebaixamento contínuo da qualidade, propiciando, por tais motivos, a necessidade das standardizações das decisões em modelos pré-fixados⁹ que, por idealizados, desconectam-se do caso concreto enquanto unidade da realidade e provocam erros judiciais, erodindo a base de credibilidade sobre a qual se assenta o exercício da atividade jurisdicional.

Aqueles que militam nas atividades judiciárias (juízes, advogados, promotores, defensores públicos, delegados) conhecem bem a realidade das “teses jurídicas” que “pegam ou não pegam” – especialmente em direito do consumidor – que geram a distribuição de milhares de ações judiciais discutindo individualmente a “tese” sem que uma solução ao problema fático que gerou a “tese” jurídica seja oferecida pelo Poder Judiciário.

Isto é: contenta-se com uma indenização simbólica, liberando-se o poder econômico para romper qualquer limite ético-contratual em nome de ganhos

⁸ “A concepção do processo como instrumento de luta entre particulares, haveria de substituir-se a concepção do processo como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da Justiça. Essa reforma do processo, destinada a pôr sob a guarda do estado a administração da Justiça, subtraindo-se à discricção dos interessados, tem um sentido altamente popular. Nenhum ramo de ciência jurídica se havia tornado tão hermético como o processo. Descomplicando lances em que se esmeravam os malabaristas da vida forense, o povo deixara há muito de perceber as razões do fracasso ou do êxito. A ordem judiciária tornara-se inacessível à compreensão popular, e com isto se obliterava uma das finalidades mais altas do Direito, que é introduzir e manter a segurança nas relações sociais.” (CAMPOS, 2001:163)

⁹ Utilize-se como exemplo o art. 285-A do atual Código de Processo Civil que permite o juiz extinguir já no despacho inicial causas que repetidamente já foram julgadas improcedentes.

sempre mais expressivos para os dados econômicos oficiais. Ao mesmo tempo esta prática se converte em uma *captio diminutio* ao cidadão, cuja dignidade se vê reduzida a um apêndice das decisões tomadas sem que possa exercer sobre ela qualquer controle.

Este quadro constitui, ainda, a desigualdade de tratamento dispensado aos jurisdicionados presumivelmente iguais perante a Lei e credores de um mesmo tratamento das autoridades judiciais. Desta forma, o cidadão comum encontra apenas um paliativo perante a Justiça, enquanto que as grandes empresas, no jogo das compensações, emergem como a beneficiária incontestada dos jogos contratuais. Já é velha entre nós a frase atribuída a Vargas pela qual *aos amigos tudo e, aos inimigos, a Lei!*

Não se deve descuidar que este quadro traz implicações para os conceitos de segurança e certeza jurídicas. Na plástica imagem de Alejandro Nieto (2005) não era para ser assim, mas de acordo com uma estrutura que confere certeza e segurança jurídicas pois:

"o sistema judicial parece um grande aparato ocupado, desde o princípio, até o final, em garantir a segurança jurídica dos cidadãos. O direito pretende com arrogância desalojar o azar das relações sociais já que graças a ele tudo há de estar previsto: cada um sabe em cada caso o que deve fazer, o que deve esperar do comportamento dos demais e, sobretudo, as consequências destes deveres e expectativas e do seu descumprimento; as leis marcam provisoriamente os sulcos pelos quais não de caminhar os cidadãos os cidadãos e os tribunais se encarregam repor nos trilhos os descarrilhados; tudo está regulado nos avultados diplomas legislativos e nas Universidades se formam especialidades capazes de desentranhar o sentido da última vírgula dos textos. E se ainda houver dúvidas, em cada rua se aninham sagazes advogados dispostos a dissolvê-las. Diante de tanta segurança os ilícitos apenas podem ser obra de marginais em conluio." (NIETO 2005:60)

Deve-se desde logo destacar, porém, que a imprevisibilidade está presente e é, em um de seus aspectos, o efeito da própria estrutura do ordenamento jurídico o que se revela pela análise de suas fontes (Bobbio, 1993:173), isto é, da perspectiva das fontes delegadas, a fazer tábula rasa do ideal acima transcrito. Por ela todo poder é legitimado por uma norma que o antecede e toda norma é fruto de um poder competente, de maneira que, em sua origem, o poder está concentrado em uma Assembleia Constituinte e legitimado por uma única norma, pressuposta e denominada fundamental.

Como em cascata, graficamente formando uma pirâmide, o poder originário delega (através da Constituição) aos entes infraconstitucionais competência normativa de maneira que com relação ao Poder Judiciário cada juiz possui competência decisória única e plena para os casos que lhe chegam ao conhecimento. E, no exercício da jurisdição, cada magistrado empresta ao caso em análise a decisão que entende correta do ponto de vista jurídico.

Ocorre que esta pluralidade de competências tende a se dissociar em pontos de vista específicos ao invés de concentrar em uma única orientação. Ora, se as decisões não são necessariamente as mesmas elas não têm porque serem iguais, daí a imprevisibilidade que elimina a certeza da decisão, porque incerta (imprevisível), transforma o processo judicial num risco, um grande jogo de final incerto.

Mas a este quadro de insegurança se agrega a situação de que as opiniões jurídicas (e não jurídicas às vezes) também conhecem dissenso entre advogados dos mais variados tipos e especializações e doutrinadores das mais variadas escolas e tendências ideológicas, cada qual considerando que a sua perspectiva é aquela que faz justiça ao caso concreto. Como nunca se sabe qual juiz será designado para conduzir e decidir a demanda (composta por interesses individuais dos litigantes, nunca de uma perspectiva total, lembre-se), há uma certa loteria, um elemento aleatório, consistente em se ter “sorte” quando da distribuição da petição inicial em ver a demanda atribuída a um magistrado mais sensível à causa que se lhe apresenta o que leva o jurisdicionado a um exercício de adivinhação com relação ao juiz que irá conduzir a sua causa (loteria que se repete com relação à Câmara mais ou menos liberal em que o recurso vier a ser distribuído em segunda instância) e a procurar adequar sua argumentação às particularidades culturais e pessoais específicas daquele julgador¹⁰.

Bem por isso, lembra Julio Cueto Rúa (1991:13) na introdução à obra *Direito e incerteza*:

“que o direito é comportamento judicial. É o que os juízes decidem nos casos concretos. Os advogados devem procurar o prognóstico deste comportamento. Mas não se trata de antecipar, na medida do possível, como interpretarão as normas nem como declararão o direito aplicável ao caso, senão de algo muito mais difícil e incerto. Se trata de vaticinar sua atitude ante a prova e seu mérito, e, em sua força, qual será a decisão do juiz com relação aos fatos do caso.”

Esta concepção de atribuição de poder de um lado favorece a oxigenação do universo jurídico impedindo que ele se engesse em uma única direção e o capacita, em tese, a se adaptar ao movimento social (realidade como proposto por Francisco Campos citado acima), mas, do outro, solapa o princípio da segurança jurídica ao permitir que casos iguais ou semelhantes conheçam soluções diametralmente opostas quando deveriam oferecer o mesmo resultado. Ou, em última hipótese, pode engessar a interpretação em uma única orientação que se cristaliza de forma alienada da realidade econômica que deu origem ao fato sobre o qual debruça sua interpretação, como vem ocorrendo para a hipótese dos contratos virtuais.

¹⁰ Neste sentido conferir a obra de Jerome Frank (1991).

De qualquer forma, como vaticina Nieto (2005:69), a ineficácia *“resulta um fato indiscutível que sufoca os juízes, oprime o cidadão e regozija os delinquentes”* e, mais adiante destaca que

“se o sonho da razão produz monstros, o da razoabilidade do processo conduz aos mesmos resultados. A dourada herança da Ilustração e do liberalismo constitucional – que prometeu redimir a Humanidade de um milênio de cativeiro – terminou apodrecendo por leniência intelectual e perversão política.” (Nieto, 2005:71)

Outro grave reflexo da ineficácia do Poder Judiciário é o custo econômico que representa o acúmulo sem fim dos processos, cuja demora serve de estímulo às práticas mais nefastas na condução dos negócios. De fato, se não há desestímulo eficiente à prática de se contratar apenas virtualmente, sem nenhum controle efetivo sobre o processo de aperfeiçoamento da avença, vale mais a pena correr o risco de uma decisão judicial anacrônica no tempo para a qual eventuais valores indenizatórios já foram contingenciados a muito tempo. Sobre isso, “ameaçar” o credor com o périplo processual – consistente na invectiva de lhe ordenar “procurar os seus direitos” – importa em auferir ganhos decorrentes da demora do sistema levando o credor a abrir mão do que lhe é de direito para não perder tudo. Naturalmente que os custos desta prática são repassados ao consumidor ou a algum desavisado na cadeia produtiva que não atina com as razões da inflação dos preços praticados no mercado. De toda forma a insatisfação dos direitos ou o não cumprimento das decisões judiciais a tempo, corroem os direitos causando inúmeros prejuízos econômicos.

É como conclui Nieto (2005:71)

“uma justiça ineficaz é a praga da economia, já que a insegurança os custos e os atrasos dos pleitos carregam severos prejuízos econômicos. A dificuldade na cobrança das dívidas provoca uma elevação dos preços como o prêmio de seguro pela demora nos pagamentos. Existem empresas que se arruinam ainda que tenham ativos importantes que não existe modo de os fazer efetivos porque dormitam durante decênios em algum julgado ou porque as sentenças não se executam a tempo.”

No quadro apresentado, não é difícil se concluir pela emasculação dos direitos mais básicos do consumidor que, mesmo sem fazer parte da relação contratual a ela é arrastado e se vê preso a uma engrenagem processual kafkaniana. E, a final, ainda que receba uma indenização, esta será sempre insuficiente sem que dela se possa extrair nada de útil para o aperfeiçoamento do Ordenamento Jurídico.

A jurimetria, isto é, o mapeamento estatístico, o qual não foi feito a fundo neste ensaio devido ao espaço disponibilizado, pode contribuir a reformulação de políticas públicas de comunicação, no caso, o modelo de regulação do setor

de telecomunicações e, também, a demonstração (denúncia) da ineficácia do efeito pedagógico das Sentenças condenatórias nas ações envolvendo operadoras de telecomunicações.

Esta ineficácia dos efeitos pedagógicos da Sentença acaba por refletir negativamente na política pública de telecomunicações e, estes efeitos negativos não são percebidos seja pela comunidade jurídica nem pelo poder público, questão que reflete no fundo, a incapacidade da sociedade brasileira em implementar um Poder Judiciário eficiente e uma política de proteção ao consumir com um mínimo de dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, F. F. *Responsabilidade Objetiva do Estado pela Morosidade da Justiça*. Campinas: Copolla, 1999.
- BOBBIO, N. *Teoria Generale del Diritto*. Turim: G. Giappichelli Editore, 1993.
- CAMPOS, F. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, 2001.
- CERDEIRA, P. *Judiciário levará 30 anos para dar conta da demanda*. Consultor Jurídico, 2012, in <<http://adepar.wordpress.com/category/jurimetria>>. Acesso em 22 dez. 2012.
- COELHO, F. U.; NUNES, Marcelo. *Jornal Valor Econômico*, 2010, in <<http://ronaldsharp.bogspot.com/2010/08/jurimetria.html>>. Acesso em 22 dez. 2012.
- DIAS, R.; MATOS F. *Políticas Públicas – Princípios, Propósitos e Processos*. São Paulo: Atlas, 2012.
- FARIA, J. E. A Crise do Poder Judiciário no Brasil. *Revista Justiça e Democracia*, nº 1, (São Paulo: Associação dos Juizes para a Democracia), 07-64, 1996.
- FARIA, J. E. *Direito e Conjuntura*. Série GV Law, 2. ed., 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2011.
- FARIA, J. E. *Justiça e Conflito*. São Paulo: RT, 1991.
- FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao Estudo do Direito*. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2008.
- FRANK, J. *Derecho e Incertidumbre*. Cidade do México: Ediciones Fontamara, 1991.
- HADDAD, R. N. A Motivação das Decisões Judiciais e a Jurimetria: contribuições possíveis. *Anais do XIX Conpedi*, Fortaleza, 3927-3935, 2010.
- MENDEL, T. *Liberdade de Informação – Um Estudo de Direito Comparado*. 2. ed., Brasília: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, 2009.
- NIETO, A. *El Desgobierno Judicial*. 3. ed., Madri: Ediciones Trotta, 2005.
- NIETO, A. *El Malestar de los Jueces y el Modelo Judicial*. Madri: Ediciones Trotta, 2010.
- POSNER, R. A. *A Economia da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- POSNER, R. A. *Para Além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- SIQUEIRA NETO, J. F.; MENEZES, D. F. N. A Possibilidade de Uso das Informações Judiciais pela Lei da Transparência. *Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico*, nº 7, Florianópolis: UFSC, p. 75-94, 2012.