



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS**

JOÃO HAGENBECK PARIZZI

**ABUSO DO DIREITO DE LITIGAR: UMA INTERPRETAÇÃO DO
DIREITO DE ACESSO AO JUDICIÁRIO ATRAVÉS DO DESESTÍMULO
ECONÔMICO DOS LITIGANTES HABITUAIS**

BRASÍLIA

2016

JOÃO HAGENBECK PARIZZI

**ABUSO DO DIREITO DE LITIGAR: UMA INTERPRETAÇÃO DO
DIREITO DE ACESSO AO JUDICIÁRIO ATRAVÉS DO DESESTÍMULO
ECONÔMICO DOS LITIGANTES HABITUAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção de título de Mestre em Direito
pelo Programa de Mestrado e Doutorado em
Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Nitish Monebhurrn

BRASÍLIA

2016

Parizzi, João Hagenbeck.

Abuso do direito de litigar: uma interpretação do direito de acesso ao judiciário através do desestímulo econômico dos litigantes habituais / João Hagenbeck Parizzi. – Brasília, O Autor, 2016.

160 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Orientador: Prof: Nitish Monebhurrun.

1. Acesso à Justiça. 2. Acesso ao Judiciário. 3. Litigância Habitual e inconsequente. 4. Análise Econômica do Direito.

JOÃO HAGENBECK PARIZZI

**ABUSO DO DIREITO DE LITIGAR: UMA INTERPRETAÇÃO DO
DIREITO DE ACESSO AO JUDICIÁRIO ATRAVÉS DO DESESTÍMULO
ECONÔMICO DOS LITIGANTES HABITUAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção de título de Mestre em Direito
pelo Programa de Mestrado e Doutorado em
Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Nitish Monebhurrum

Brasília, ___ de _____ de 2016

Banca Examinadora

Prof. Dr. Nitish Monebhurrum
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Dr. Orientador

Prof. Dr. Gustavo Ribeiro
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Dr. Examinador

Prof. Dr. Marcos Faro
Universidade Federal de Brasília (UNB), Dr. Examinador

Dr. Examinador

AGRADECIMENTOS

Difícil é expressar em poucas palavras o que as pessoas a quem agradeço (e dedico) essa dissertação fizeram em gestos por mim que me permitiram concluí-la. Antes de mais ninguém agradeço à Lígia, minha esposa, melhor amiga e amante, pelo companheirismo, insistência, incentivos, ajudas, conselhos, broncas, suporte e, principalmente, amor que me deu durante essa jornada, sem ela certamente esse agradecimento não teria sido escrito. Aos meus pais, Denise Maria Hagenbeck, a responsável pelas minhas influências literárias e eruditas, responsável por me transformar na pessoa que sou e quem estava lá sempre que precisei; e João Parizzi, pelo suporte moral, material e afetivo durante os anos que culminaram nessa jornada, além de ter me legado o sangue alvinegro que corre em minhas veias e a constante vontade de gritar “galo”. Aos meus professores, principalmente meu orientador Dr. Nitish Monebhurrum, quem me acolheu como orientando e revisou com acuidade e afinco este trabalho. Um especial agradecimento ao professor Dr. Jefferson Carús Guedes quem considero um grande exemplo de acadêmico e também um amigo que fiz durante o mestrado.

Especialmente à minha avó Jacy, que infelizmente não pode me ver mestre nesta dimensão espiritual, mas que foi um porto seguro onde sempre pude encontrar amor, carinho, compreensão e qualquer tipo de suporte que eu precisei, material, moral ou afetivo. Também agradeço aos meus outros familiares, aos meus avós Eugênio e Aparecida Parizzi pelos exemplos de honestidade e dedicação à família e ao meu avô Hans Otto Hagenbeck, que apesar de ter me deixado cedo, legou exemplos de hombridade e integridade muito difíceis de serem seguidos pelos seus descendentes. Aos meus tios e tias (especialmente tia Cris) pelos apoios recebidos sempre que precisei; e aos meus primos que, além de parentes, são verdadeiramente meus amigos (um abraço mais apertado em Pablo e Pedrinho que estiveram mais próximos de mim nesses últimos anos).

Aos colegas de mestrado pelas discussões e auxílios nos momentos de necessidade. Aos amigos que fiz durante a vida, à turma do Tahiti em Aracaju, Gringo (que também é meu primo) Thiago, Max, Rodrigo, Fernando, Rafael, Diogo e outros que estou injustamente esquecendo. Aos meus amigos em Brasília Ricardo, Gabriel, Caio, Artur, Pexe e ao pessoal da pelada de terça-feira, a mais ferrenha que já joguei.

Enfim, se não fosse vocês eu não seria quem sou e, conseqüentemente, não teria chegado neste ponto. Meu sincero “muito-obrigado!”.

RESUMO

O presente trabalho estuda o uso abusivo do direito de acesso à justiça, confundido com o acesso à jurisdição pelos litigantes que visam obter vantagens, notadamente econômicas, com um comportamento excessivamente litigioso, que contribui para a crise numérica do judiciário. Também é objeto de estudo como o próprio poder judiciário contribui para sua própria crise ao não investir em capital jurídico (segurança jurídica) e tornar o processo judicial uma incógnita em termos de previsibilidade.

São identificados os tipos de litigantes como os litigantes habituais (dentre eles o Estado) e os litigantes inconsequentes, os motivos pelos quais adotam esse comportamento, sobretudo analisando-se dados fornecidos pelo Poder Judiciário, obtidos em pesquisa própria e pesquisas anteriores que servem de embasamento empírico e não somente teórico para o diagnóstico da litigiosidade realizado ao final. O método utilizado para aferir a cadeia de incentivos, a Análise Econômica do Direito, que gera a litigiosidade permitiu, também, que se realizasse a proposição de alteração legislativa e hermenêutica visando afetar a cadeia de incentivos dos litigantes habituais de modo a causar impacto positivo na crise numérica do judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Acesso à Justiça. 2. Acesso ao Judiciário. 3. Litigância Habitual e inconsequente. 4. Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

This present work studies the abusive using of the right to access justice, in Brazil, confused with the right to access jurisdiction by the repeat players and the frivolous plaintiffs who aim to gain advantages, notably, economic advantages, with a excessively litigant behavior, which makes a contribution to the numerical judiciary crisis. It is also studied how Justice itself contributes for its own crisis by not investing in legal certainty, transforming the legal process in a unknown gamble of interests.

It is identified the litigants types, as the repeat players (including the Estate), the frivolous litigants, the motives whereby the adopt this behavior, mainly analyzing data provided by Justice courts, acquired in own research and in previous researches that helps as empirical support, and not only theoretical, to provide a litigation diagnosis in the end. The method used to measure the incentives chains, Law, Economics, which causes excessive litigation, also provided a legislative change, and a new way of legal interpretation of laws already in force that might affect this incentives chain and cause a positive impact in this numerical judiciary crisis.

Key Words: 1. Access to Justice 2. Access to Judiciary 3. Repeat Players and frivolous litigants. 4. Law and Economics

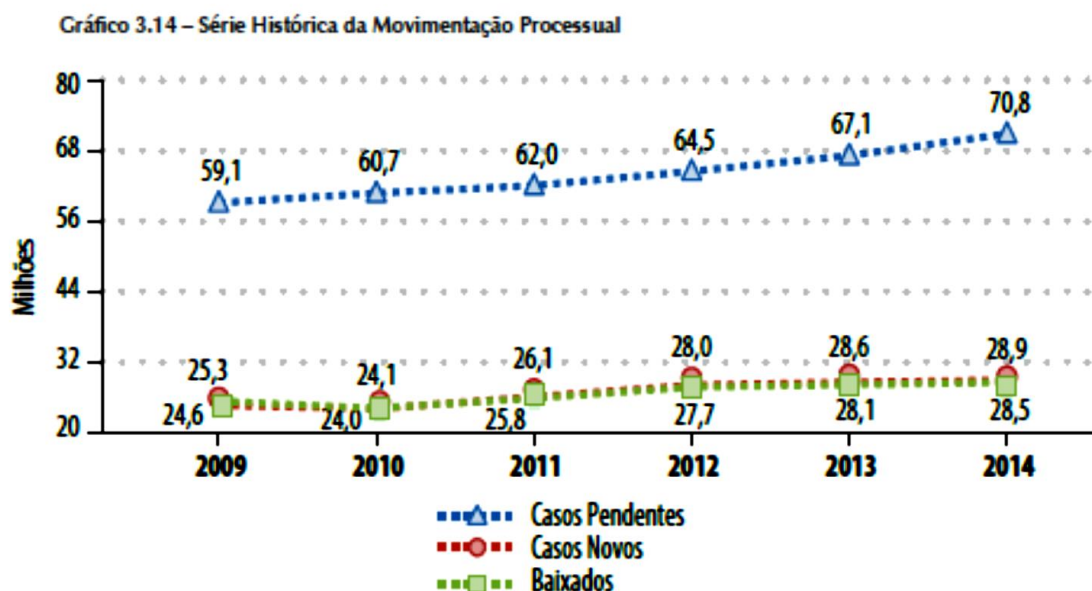
SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
I – O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA RELATIVIZADO DIANTE DA CRISE NUMÉRICA DO JUDICIÁRIO: ABUSO DO DIREITO CONJUGADO COM LITIGÂNCIA FRÍVOLA.....	23
1.1 O direito fundamental de acesso à justiça interpretado de forma absoluta como concausa da crise numérica do judiciário	23
1.2 O Acesso à Justiça utilizado de forma abusiva: elementos e definições do abuso no direito brasileiro	33
1.3 A litigância frívola como elemento caracterizador do abuso do direito: as ferramentas de objetivação processual como mecanismo de identificação da frivolidade	40
II – A IDENTIFICAÇÃO DOS LITIGANTES QUE ABUSAM DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA DE FORMA CONSCIENTE COM O OBJETIVO DE OBTER VANTAGEM ECONÔMICA.....	50
2.1 O abuso do direito de acesso à justiça pela litigância habitual.....	50
2.2 O abuso do direito de acesso à justiça pela litigância inconsequente	56
2.3 O abuso abusivo do Poder Judiciário pelo/contra o Estado: efeito multiplicador	62
2.4 A Justiça como agente alimentador da litigiosidade: insegurança jurídica causada pela instabilidade jurisprudencial	71
III – O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DECORRENTE DO COMPORTAMENTO ABUSIVO DOS ATORES COM A TENTATIVA DE MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA: FERRAMENTAS LEGAIS E ECONÔMICAS NA BUSCA DA EFETIVIDADE	79
3.1 A Análise Econômica do Direito como método para identificar o enriquecimento ilícito dos litigantes habituais	79
3.2 AED positiva: a estrutura de incentivos que permite o comportamento abusivo dos litigantes habituais	85
3.2.1 <i>O comportamento abusivo dos litigantes habituais estimulado pelo benefício econômico por eles auferidos</i>	<i>85</i>
3.2.2 <i>A estrutura de incentivos que favorece o comportamento abusivo do litigante habitual na Justiça do Trabalho</i>	<i>95</i>
3.4 AED Normativa: afetar a cadeia de incentivos dos litigantes habituais para diminuir o acesso ao Judiciário	104
CONCLUSÕES	110
REFERÊNCIAS.....	116

INTRODUÇÃO

É fato notório que o judiciário brasileiro enfrenta sérios problemas com a quantidade de feitos a ele submetidos, de forma que não consegue atender aos seus jurisdicionados com a eficiência e celeridade previstas no texto constitucional, inseridos, respectivamente em seu art. 37 e art. 5º, inciso LXXVIII.

Segundo o CNJ, no Relatório “Justiça em números”, somente no ano de 2013, tramitaram no Judiciário Brasileiro 95,14 milhões de processos, dos quais cerca de 70% já estavam pendentes desde o início de 2013. Isto é, em todos os ramos do Poder Judiciário, em 2013 foram ajuizadas 28,3 milhões de novas ações¹. O ano de 2014 iniciou-se com um estoque de 70,8 milhões de processos, sendo que a tendência, segundo o CNJ era de que o ano se encerrasse com um estoque ainda maior, de 71,2 milhões de processos, dos quais 28,9 milhões foram ajuizados somente no ano de 2014. Entre 2009 e 2014 o número de casos pendentes subiu de 59,1 milhões para 70,8 milhões, de forma que a cada ano o número de ações ajuizadas somente cresce, enquanto que a quantidade de processos baixados é inferior à quantidade de processos novos²:



Fonte: Relatório Justiça em Números 2015

¹ Justiça em números 2014: ano-base 2013/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2014, p. 34.

² Justiça em números 2015: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015, p. 34.

Essa imensa quantidade de processos submetidos ao Judiciário que congestionam suas prateleiras a doutrina brasileira alcunhou de “crise numérica do judiciário³”, se caracteriza quando a resolução dos conflitos já postos perante o judiciário não se mostra mais célere que o surgimento de novas demandas, conforme constatações e dados acima. Portanto, a chamada “crise numérica do judiciário” pode ser definida pela constatação da incapacidade do Poder Judiciário brasileiro em lidar com a quantidade de processos que lhes são submetidos anualmente. Isto é, a cada ano os processos se acumulam gerando um congestionamento⁴ que compromete a eficácia dos direitos substantivos, tornando a justiça cada vez mais lenta e ineficiente.

O objeto desta dissertação é exatamente a pesquisa das causas jurídicas, agentes envolvidos e possíveis soluções a esta crise numérica, restringindo-se a pesquisa a analisar um tipo de litigante em um ramo da justiça, uma vez que a análise global não seria aprofundada o suficiente se realizada em uma dissertação. Para situar o tema, todavia, necessário se faz realizar uma breve contextualização.

É de se vislumbrar uma das causas dessa crise se dá por conta de o direito ao acesso à justiça, a partir da Constituição de 1988, ter se plasmado como direito fundamental e pétreo do cidadão, sendo o acesso ao judiciário concebido como o único meio legítimo para a solução de conflitos. Essa ideia pode ser explicada, em parte, pela observação do fenômeno da Constitucionalização dos direitos processuais.

Esse fenômeno de Constitucionalização das garantias processuais foi primeiro observado nas Constituições Pós-Guerra da Europa, especialmente dos países que passaram por regimes totalitários, que incluíram em suas constituições, de forma exauriente, direitos e garantias fundamentais de cunho processual, inclusive o direito ao acesso à justiça. Não foi à toa que os direitos processuais foram previstos no próprio texto Constitucional. A elevação desses direitos à categoria de fundamentais teve um claro e inequívoco motivo.

³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2001, p. 44.

⁴ Congestionamento, segundo o CNJ, se verifica com a quantidade de processos que não são baixados nas diversas varas e tribunais de todo o país, isto é, que continuam nas prateleiras do judiciário sem resolução. *Justiça em números 2014: ano-base 2013/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2014*

A grande finalidade da constitucionalização das garantias processuais foi o de se alcançar a justiça, que fora desviada pelo flagelo das garantias fundamentais realizado por potências fascistas sobretudo na Itália e Alemanha se utilizando da fragilidade (e flexibilidade) do sistema processual como porta lateral para tanto. Apesar de alguns dos direitos humanos já estarem previstos nas constituições como nas próprias constituições de países como a Alemanha⁵ e Itália⁶, não havia respaldo das garantias processuais. Nesses regimes totalitaristas, dadas as fragilidades do sistema processual que era regulado por legislações ordinárias, facilmente modificáveis, o grupo dominante poderia, conseguindo pela via processual aumentar seu domínio ou suprimir os direitos do grupo dominado, de forma que muitos princípios tidos como fundamentais do processo não eram atendidos. Foi exatamente por esse motivo que a constitucionalização de direitos processuais ocorreu na Europa traumatizada pelas atrocidades desses regimes, fenômeno este também observado por parte da doutrina que estudou mais especificamente o tema⁷.

Inicialmente, logo nos primeiros anos de pós-guerra, a Constituição Italiana de 27 de dezembro de 1947 previu em seu art. 24⁸ o direito de acesso à Jurisdição. A Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, logo depois, previu em seu art. 19.4 o direito de acesso à jurisdição⁹.

Logo após, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, firmada em 1950, previu diversos direitos, dentre os quais destacamos os direitos processuais inerentes ao acesso à justiça, especificamente no artigo 6^o¹⁰.

⁵ Os arts. 109 a 118 da Constituição de Weimar de 1919 garantiam direitos fundamentais do homem tais como a liberdade, igualdade, sigilo de correspondência, inviolabilidade de domicílio e da liberdade senão em função da lei. Constituição de Weimar de 1919.

⁶ O art. 24 do Estatuto Albertino previa a igualdade entre os cidadãos italianos, assim como o art. 26 previa a liberdade que não poderia ser cessada senão por decisão judicial, art. 28 previa a liberdade de imprensa e art. 32 garantia a liberdade de reunião.

⁷ JUNOY, Joan Picó I. *Las garantías Constitucionales Del Proceso*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1997, p. 17.

⁸ Art. 24 (Const. Italiana) todos podem atuar em juízo na defesa de seus próprios direitos e legítimos interesses.

⁹ Art. 19(4) (Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949: Toda pessoa cujos direitos sejam vulnerados, poderá recorrer à via judicial. Se não houver outra jurisdição competente para conhecer o recurso, a via será a dos tribunais ordinários [...]).

¹⁰ Art. 6º (Convenção Europeia dos Direitos do Homem): Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

Na Espanha a constitucionalização das garantias mínimas processuais não havia sido alcançada plenamente até a Carta Magna de 1978¹¹. Tais garantias também somente foram constitucionalizadas alguns anos depois em outros países do continente europeu, como se vislumbra da Constituição de Andorra de (1993)¹², Constituição Alemã de 1993¹³ (que sofreu apenas pequenas modificações no dispositivo que prevê o acesso ao judiciário), da Federação Russa, também de 1993¹⁴.

Muitos anos após, com o fim das ditaduras existentes nos países latino-americanos, já fora das fronteiras europeias, os direitos processuais, sobretudo o de acesso à justiça foram plenamente previstos na Constituição da Nicarágua de 1987¹⁵, Constituição Brasileira de 1988¹⁶, Constituição Colombiana de 1991¹⁷ e Constituição Argentina de 1995¹⁸¹⁹. No caso da Constituição brasileira, já em 1946 se previu o direito de acesso à justiça no art. 141, § 4º do texto constitucional, no entanto tal garantia foi, em 1964, extirpada do ordenamento jurídico através do Ato Institucional nº 1, que acabou com as garantias de juízes e também afastou de

¹¹ Artículo 24, 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

¹² Article 10 1. All persons shall have the right to jurisdiction and to have a ruling founded in the law, and to a due trial before an impartial tribunal established by law. 2. All persons shall have the right to counsel and the technical assistance of a competent lawyer, to trial within a reasonable time, to the presumption of innocence, to be informed of the charges against them, not to declare themselves guilty, not to testify against themselves and to appeal in criminal causes.

¹³ Artigo 17 [Direito de petição] Qualquer pessoa tem o direito de apresentar por escrito, individual ou coletivamente, petições ou reclamações às autoridades competentes e aos órgãos de representação popular. Artigo 19 4. Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. Se não se justificar outra jurisdição, a via judicial será a dos tribunais ordinários. Mantém-se inalterado o artigo 10 §2, segunda frase.

¹⁴ Artigo 33º Os cidadãos da Federação da Rússia tem o direito de apelar aos órgãos de governo estaduais e locais, tanto pessoalmente, quanto coletivamente.

¹⁵ Art. 33. [Garantías procesales penales] Nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley con arreglo a un procedimiento legal. O art. 34 também prevê diversas garantias fundamentais atinentes ao processo, como o direito de ser assistido, de igualdade de armas, etc.

¹⁶ Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹⁷ Artículo 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.

¹⁸ Artículo 14o.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

¹⁹ JUNOY, Joan Picó I. *Las garantías Constitucionales Del Proceso*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1997, p. 17.

apreciação do judiciário a cassação de poderes políticos em “defesa da paz e da honra nacional”. Em 1969, o Ato Institucional nº 06, através do seu art. 4º, excluiu definitivamente de apreciação do poder judiciário praticamente qualquer violação a direito. Assim, apesar de termos esse direito garantido desde 1946 o acesso ao Judiciário ficou excluído do ordenamento desde 1964 até 1988.

Tendo sido nossa atual Constituição promulgada em 1988, como dito anteriormente, o reconhecimento da aplicabilidade direta da constituição (inclusive princípios) e a sua prevalência sobre a lei ordinária, operaram uma revolução copernicana no Direito Público. Parte da doutrina chega a afirmar que se todo o direito infraconstitucional inclusive processual está diretamente informado pelos princípios fundamentais inseridos na Constituição, havendo, inclusive, a possibilidade de aplicação direta e imediata destes no processo, dever-se-ia reconhecer que todo o direito processual é, em alguma medida, constitucional²⁰. Isso, de certa forma, contribuiu para o entendimento de que o direito de acesso à justiça é absoluto e inafastável, o que mais adiante será veementemente contestado.

E entre esses deveres de fazer do Estado, restou esculpido no art. 5º, XXXV, seu dever de apreciar, através do Judiciário, qualquer lesão ou ameaça de lesão ao direito de seu cidadão.

Apesar de essas normas há tantos anos estarem previstas nas Constituição, por muito tempo se percebeu que ela tinha pouca aplicabilidade, pois se verificava que o acesso ao poder judiciário era restrito a apenas uma parcela da população²¹, ainda que estivesse expressamente esculpido na Carta Maior. No extenso Relatório de Florença, que discutia exatamente o acesso à justiça em quase todos os países do mundo, também restou averiguada essa constatação²². Isto é, não bastava que o direito de acesso à justiça estivesse plasmado no texto constitucional, havia a necessidade de que se garantisse às pessoas que não tinham meios para acessar o Judiciário (seja por barreiras de ordem econômica, seja por de ordem técnicas) ferramentas para tanto.

²⁰ MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, 3ª ed: Forense, Rio de Janeiro, 2011, p. 103.

²¹ TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, o. 23-35, 2011, p 34.

²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 4.

Assim, foram desenvolvidas teorias doutrinárias²³ que influenciaram a introdução de dispositivos em leis ordinárias e nas Constituições que facilitassem o acesso ao judiciário por pessoas que tradicionalmente não podiam acessar o judiciário (principalmente aquelas com escassez de recursos financeiros), a exemplo do que ocorreu nas Constituições Brasileiras de 1934, 1946 e de 1988, nesta última prevendo em seu art. 5º, inciso LXXIV, a gratuidade de justiça. Também foram editadas leis²⁴ que facilitam e, até mesmo, incentivam o litígio pelas partes que não estavam acostumadas a litigar, por ausência de condições econômicas, técnicas, ou porque havia um desestímulo em relação à eficácia das decisões judiciais.

O melhor exemplo para ilustrar essa constatação é a imensa quantidade de feitos submetidos aos juizados especiais após sua criação, segundo o CNJ, só em 2013, mais de 6 milhões²⁵ de casos foram aforados nos juizados especiais, o que denota uma grande demanda por serviços judiciais em casos de menor complexidade e impacto financeiro.

Fica claro que o fenômeno da Constitucionalização dos direitos fundamentais ligados ao processo, especificamente o direito de acesso à Justiça, fez com que o Estado tomasse medidas visando facilitar o acesso de todo e qualquer cidadão ao Poder Judiciário.

Essa noção de que o acesso à justiça é um direito fundamental e absoluto do cidadão, aliado a alguns incentivos à litigância verificados na nossa sociedade²⁶ bem como ao desenvolvimento do sistema de produção e distribuição em série de bens, terminou por conduzir o Judiciário a uma insuficiência para atender ao número de processos a ele submetidos. Muito deles reproduzem situações similares, com a

²³ Idem Ibidem, p. 6-11.

²⁴ Lei Federal nº 1060/1950 (gratuidade da justiça), Lei Federal nº 9099/1990 (juizados especiais cíveis e criminais), Lei Federal nº 10.259/2001.

²⁵ Justiça em números 2014: ano-base 2013/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2014, p. 39.

²⁶ Mancuso cita algumas causas da crise numérica do judiciário, tais como a cultura demandista ou judiciarista confundida como manifestação da cidadania, a fúria legislativa, a judicialização da política e politização da justiça, o ativismo judicial, a crise de efetividade dos comandos judiciais, o gigantismo judiciário, a litigiosidade contida e a sua recepção pelos juizados especiais e a deficiente divulgação de outros meios auto e heterocompositivos, *in* Acesso à Justiça, São Paulo: RT, 2011, p. 44-155.

tramitação de paralela de milhares de processos idênticos em objeto, demandas essas conhecidas como demandas de massa²⁷.

A problemática discutida na presente dissertação é exatamente essa, como identificar as causas e os agentes responsáveis pelo demandismo judiciário excessivo, que foi influenciado por uma leitura “ufanista e irrealista do acesso à justiça²⁸” e por via de consequência da crise numérica do judiciário.

Aqui se mostra um ponto nodal do trabalho. A diferenciação entre o direito de acesso à justiça e o direito de acesso ao judiciário. Adotando a explicação de Tenenblat²⁹, temos que acesso à justiça deve se referir ao objetivo de alcançar uma ordem de valores e direitos do ser humano, de maneira que permita o exercício pleno de uma estrutura jurídica harmoniosa e isonômica. Entende-se aqui, ao contrário de defendido por parte da doutrina³⁰ que acredita que essa ordem de valores somente pode ser atingida com a mediação judicial dos conflitos, que o judiciário deve, inclusive, prevenir e rechaçar demandas que tenham a manifesta intenção de maximizar a eficiência econômica das partes nela envolvidas.

Com efeito, o Judiciário não é o único meio de resolução de conflitos, na verdade, deve ser considerado o último meio (eis que é muito menos célere e econômico), tendo em vista a existência de diversas outras formas de resolução de conflitos. A pesquisa nos levou a concordar que existe de fato uma cultura demandista³¹ que prega que o padrão oficial para a resolução de conflitos é a justiça oficial, ou seja, o poder judiciário.

Estabelecidas essas premissas e circunstâncias, uma primeira hipótese levantada (e constatada) é que o acesso à justiça, especialmente confundido com o

²⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Leituras Complementares de Processo Civil*, 9. ed. Org. Fredie Didier Jr. p. 291-316.

²⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2001, p. 10-11.

²⁹ TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, o. 23-35, 2011.

³⁰ Como Dinamarco (Instituições de Processo Civil, p. 14) e Didier Jr (*Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009. vol. 1, p. 88)

³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2001, p. 156.

acesso ao judiciário não pode ser tido como um direito absoluto, sobremaneira quando é exercido com abuso, consoante mais adiante demonstrado.

Dessa forma, o estudo questiona se o acesso à justiça não implica necessariamente no acesso ao judiciário, sobretudo diante da possibilidade de resolução extrajudicial e administrativa dos conflitos comumente postos à sua tutela. De igual sorte se podem ser melhor utilizados (e aprimorados) os mecanismos econômicos para limitar o abuso do acesso ao judiciário pelas partes consideradas como “litigantes habituais” e “litigantes inconsequentes” com o intuito de prevenir que demandas desnecessárias movimentem a máquina estatal. Esse é o cerne principal e objetivo do trabalho, também onde reside sua originalidade e utilidade.

Em sendo assim, estabelecida a existência de uma crise numérica em relação aos feitos submetidos ao Judiciário, demonstra-se que o acesso ao judiciário não se confunde com o direito fundamental de acesso à justiça. Adiante definiu-se as formas de abuso de direito no Direito Brasileiro de modo que se pudesse caracterizar e definir se a conduta de determinado litigante se mostra abusiva ou não.

Dentre os litigantes habituais, no Brasil, tendo em vista o critério eminentemente numérico (número de encontros com o judiciário) que serve para categorizar esse tipo de litigante³², o Estado, segundo o CNJ³³, em todas as suas esferas e ramificações, é o maior litigante do judiciário brasileiro. Além de agir ilegalmente de forma institucionalizada, as causas em que o Estado é parte, por terem matéria capaz de atingir milhares de cidadãos em situações semelhantes tem o potencial de causar o chamado efeito multiplicador dessas demandas, gerando uma série de ações individuais idênticas contra o Estado.

No tópico seguinte identificou-se quais as figuras que abusam do direito de acesso à Justiça, tendo em vista os dados e pesquisas oficiais realizadas pelos diversos Tribunais brasileiros. É evidenciado, nesse contexto, que diante dos dados apresentados pode-se classificar as figuras dos litigantes habituais e dos litigantes

³² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 09.

³³ No Relatório de 2011, intitulado os 100 maiores litigantes, se percebe claramente que, por exemplo, entre os dez maiores litigantes, se encontram nas seis primeiras colocações, o Estado, suas autarquias e empresas. CNJ, os Cem maiores litigantes, Brasília, 2011, p. 5.

eventuais, distinção esta introduzida por Cappelletti, Garth, com o auxílio de Galanter³⁴. Os primeiros teriam vantagem sobre os segundos na medida em que possuem mais experiência de como lidar com o processo e até conseguem tirar os benefícios de uma demanda judicial mais demorada³⁵.

Além dos litigantes habituais, também, no Brasil, em função da banalização da gratuidade de justiça e da facilidade de acesso ao judiciário introduzida pelas Leis dos Juizados Especiais e Juizados Federais, também se observa a existência do litigante inconstituinte. Os litigantes inconstituintes, são aqueles que litigam perante o judiciário sem correrem qualquer tipo de risco, financeiro ou econômico, pois a isenção de custas e despesas processuais decorrentes da concessão da gratuidade de justiça faz com que a sucumbência resultante de eventual “perda da ação” seja nula.

Com efeito, algumas pesquisas demonstram que a gratuidade de justiça contribui, de algum jeito, para a “litigância inconstituinte”³⁶. Foram realizadas pesquisas³⁷ (mais detalhadamente citadas adiante) que demonstram que o comportamento das partes processuais é eminentemente racional, havendo, na mais das vezes, uma ponderação do custo benefício de determinada demanda que pode, inclusive servir de parâmetro para decisão entre ajuizar ou não uma ação judicial.

Essas pesquisas demonstraram que os agentes que são neutros aos riscos financeiros do ajuizamento de determinada ação³⁸, pouco se importam se existe apenas um percentual mínimo de possibilidade de êxito ao final. É lógico que se seu risco for totalmente nulo, não há motivos para pensar duas vezes antes de ajuizar uma demanda ainda que com chances mínimas de procedência. Nos parece que essa constatação se aproxima muito de um truísmo.

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 09.

³⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O regime processual das causas repetitivas. Leituras Complementares de Processo Civil*, 9. ed. Org. Fredie Didier Jr. p. 291-316.

³⁶ TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, o. 23-35, 2011.

³⁷ RACHLINSKI, J. J. Gains, losses, and the psychology of litigation. *Southern California Law Review*, California, v. 70, n. 1, p. 113-185, 1996.

³⁸ Segundo Rachilinski (RACHLINSKI, J. J. Gains, losses, and the psychology of litigation. *Southern California Law Review*, California, v. 70, n. 1, p. 113-185, 1996) e tenenblat (TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, o. 23-35, 2011, p. 22) os riscos do ajuizamento de uma ação se referem à razão entre a possibilidade de êxito e os gastos necessários ao seu ajuizamento (e manutenção), estando diretamente ligados à questão econômica.

O Estado, ao lado dos atores que são responsáveis pela crise numérica do judiciário, é perceptível que alguns governos agem de forma deliberadamente ilegal com o intuito de aumentar a arrecadação ou mesmo postergar o cumprimento de obrigações. Diante dessa situação, considerando-se que o Estado (incluindo União, Estados e Municípios, suas autarquias e empresas) estão entre os maiores litigantes³⁹ em nosso país, é evidente que, além dos custos de uma eventual condenação, é completamente contrário a qualquer noção de eficiência que o Estado arque com todas as despesas atinentes ao processo.

Uma situação corriqueira que bem exemplifica o afirmado é a seguinte: o Estado custeia o defensor público que irá patrocinar causa de um servidor público, ajuizada em face do próprio Estado, perante o Judiciário, custeado pelo mesmo Estado, que se defenderá através de procurador, cujos custos também são de incumbência do Estado.

Com o fito de se prevenir o efeito multiplicador, no âmbito judicial, dever-se-ia definir bem a situação judicial através da elaboração de uma decisão judicial que demonstrasse exatamente qual a situação fática do caso decidido objetivando prevenir demandas inconsistentes que se utilizam de precedentes em casos não abarcados por identidade em relação ao primeiro precedente. É, também, objeto de discussão nesta dissertação como a instabilidade jurisprudencial pode dificultar ou mesmo inviabilizar a segurança jurídica que permitiria a elaboração de mecanismos para melhor identificar e filtrar as demandas manifestamente inconsistentes.

Esse quadro nos exigiu a tarefa de, no nosso primeiro capítulo, identificar a melhor hermenêutica jurídica do art. 5º, XXXV, da Constituição, diferenciando o direito de Acesso à Justiça de Acesso ao Judiciário e do Direito de Petição, tendo em conta que no Brasil tais institutos são comumente confundidos. No mesmo capítulo se mostrou necessário demonstrar uma relação entre a crise numérica do judiciário e o abuso do acesso à Justiça, mediante a definição e demonstração de condutas que configuram esse comportamento abusivo. No final do primeiro capítulo demonstra-se a como as ferramentas de objetivação do processo permitem

³⁹ FALCÃO, Joaquim... [et al.]. *I Relatório Supremo em Números: o Múltiplo Supremo* - Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2011, p. 67.

identificar uma demanda frívola, sendo que a definição desta será feita no mesmo tópico.

No capítulo seguinte, que não poderia ser deduzido sem as definições realizadas no capítulo anterior, se estuda quais os atores que abusam do direito de acessar o judiciário. Os dados estatísticos permitem concluir numericamente quem mais acessa o Judiciário, servindo o primeiro subtópico para identificar os litigantes habituais. Nesse primeiro caso o critério é meramente numérico.

No segundo subtópico, todavia, foi necessário fazer uma análise mais sutil, pois se tratou do abuso do direito quando o litigante é beneficiário da gratuidade de justiça. Nesse caso utilizou-se dados específicos para verificar a taxa de sucesso nas demandas ajuizadas pelos beneficiários da gratuidade na Justiça Federal, comparada com a taxa de sucesso dos que não gozam desse benefício.

Finalizando o capítulo segundo, a pesquisa analisou o uso abusivo do Poder Judiciário pelo Estado, levando-se em consideração duas circunstâncias: a) o efeito multiplicador das ações em que o Estado figura como réu; b) a obrigação legal de o Estado se utilizar do Judiciário para conseguir alguns objetivos que poderiam ser conseguidos sem a movimentação da máquina Judiciária, isto é, a custos mais baixos. Indaga-se se isto poderia ser considerada uma conduta abusiva levando-se em consideração a prevalência do princípio da eficiência, previsto no art. 37 da Constituição Federal? De igual sorte se analisou como, apesar de estar sujeito ao princípio da legalidade, age de forma deliberadamente ilegal bem como como a instabilidade jurisprudencial contribui para a identificação de demandas inconsistentes e, por via de consequência, termina por incentivar o litígio.

A identificação desses agentes e de seu pretense comportamento abusivo se vincula com a terceira parte do trabalho, na qual se pesquisou uma explicação para o comportamento abusivo (e, portanto, ilegal) desses litigantes. Inicialmente se mostrou necessário explicitar que se utilizou da Análise Econômica do Direito como parâmetro metodológico para entender o comportamento dos litigantes. Diante da necessidade de aprofundamento do tema, especificou-se neste capítulo a análise da ocorrência de enriquecimento ilícito por parte de alguns dos litigantes habituais e a cadeia de incentivos que gera a litigiosidade.

Ali se fez duas abordagens da AED: i) a positiva na qual se tenta diagnosticar as estrutura de incentivos que levam os litigantes habituais a litigarem de forma extensiva, ii) a normativa na qual se sugerem alternativas legislativas e métodos hermenêuticos para modificar essa estrutura de incentivos e tentar fazer com que os agentes ingressem menos perante o Judiciário.

Tendo em vista que será utilizado o método da AED, de antemão deve-se considerar o Judiciário um Recurso comum, conceito introduzido por Garret Hardin (1968) ao elaborar uma metáfora largamente conhecida como “tragédia dos comuns”⁴⁰. Nessa célebre metáfora se supôs que num pasto aberto a todos, é razoável supor que um pastor colocará a maior quantidade de gado possível nesse pasto. Racionalmente o homem se pergunta qual seria a utilidade para ele se adicionar mais um animal ao bando. Há um componente positivo e um componente negativo na adição desse animal: o componente positivo reside no fato da utilidade que esse animal a mais dará ao seu rebanho, sendo que o componente negativo que é o consumo do pasto será partilhado por todos os demais pastores que se utilizam desse pasto. Com isso o pastor se sentirá incentivado a aumentar cada vez mais o número de seu rebanho até que o pasto não consiga mais sustentar todos os animais que dele se alimentam. Nesse sentido, para a AED o Judiciário seria um recurso comum, pois é um serviço partilhado por todos indistintamente e possui capacidade finita de atendimento aos seus usuários.

Apesar de nos outros tópicos termos conseguido identificar a conduta abusiva de diversos tipos de litigantes, em função da impossibilidade de realizar uma pesquisa mais abrangente, por indicação da banca de qualificação, optou-se por limitar a AED sobre o comportamento dos litigantes habituais privados, utilizando-se de dados obtidos tanto pelo poder judiciário na seara trabalhista, quanto divulgados pelo Bradesco, o maior litigante privado do Brasil.

Importante mencionar que há uma tese de doutorado defendida em 2014 por Julio Cesar Marcellino Junior⁴¹ que possui estreita conexão com o ora estudado,

⁴⁰ HARDIN, Garret. Science. 13 December 1968: Vol. 162 no. 3859 pp. 1243-1248 DOI: 10.1126/science.162.3859.1243.

⁴¹ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. *O Direito de Acesso à Justiça e a Análise Econômica da Litigância: A maximização do acesso pela busca da efetividade*. Tese Submetida ao Curso de Doutorado da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014

tendo como título “O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: a maximização do acesso na busca pela efetividade”. A referida tese se utiliza dos mesmos dados e algumas pesquisas para constatar a existência de litigantes frívolos, todavia, conservada a devida vênia, as ações visando a solução do problema são restritas à hermenêutica processual, especialmente aplicada no âmbito do art. 285-A do CPC, tendo como objetivo a filtragem de demandas nitidamente inúteis.

A importância de nosso estudo persiste na medida em que se suscitam mecanismos atinentes ao direito processual (com a elevação e efetivação da cobrança das despesas processuais daqueles que adotam o comportamento descrito no capítulo segundo). Outros mecanismos, já que dizem respeito ao direito material, com a condenação daqueles que abusam do acesso à justiça ao ressarcimento dos gastos tidos com os processos.

Além disso, não se tem notícia de qualquer estudo que tenha se utilizado de dados obtidos junto a empresas que figuram como grandes litigantes, de sorte que se possa ter, ainda que com algumas ressalvas, um diagnóstico mais acurado dos fatores incentivadores do excesso de litigância.

Assim se observarmos que nesta dissertação, além de propormos como possíveis soluções do problema uma hermenêutica processual capaz de filtrar demandas frívolas, pesquisou-se que devem ser adotadas políticas públicas (como a elevação de custas e condenações a litigantes habituais e frívolos), assim como deve-se aperfeiçoar a hermenêutica material nos casos em que se verifica a presença de abuso do direito de acesso à justiça com condenações mais rígidas especialmente no âmbito da responsabilidade civil.

Assim, o trabalho conclui, ao final pela possibilidade de se desestimular economicamente os litigantes habituais e inconsequentes, a partir da identificação do abuso do direito de acesso ao judiciário. É tratando os motivos, e não os efeitos colaterais, que se deve tentar solucionar (ou arrefecer) a crise do acesso ao judiciário, é identificando e atacando o motivo (principalmente econômico) do comportamento abusivo desses litigantes que se cogita a solução proposta no presente trabalho.

I – O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA RELATIVIZADO DIANTE DA CRISE NUMÉRICA DO JUDICIÁRIO: A IDENTIFICAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO E DA LITIGÂNCIA FRÍVOLA.

Conforme visto na introdução, inicialmente se propõe discutir como a interpretação do direito de acesso à justiça como sendo absoluto está relacionada à crise numérica do Judiciário, tendo em vista que estimula o comportamento abusivo dos agentes e o comportamento frívolo dos litigantes, ao ajuizarem ou resistirem utilizando argumentos rechaçados pacificamente pela Jurisprudência.

1.1 O direito fundamental do acesso à justiça interpretado de forma absoluta como concausa da crise numérica do judiciário

A “crise numérica do Judiciário” não poderia ser estudada sem a necessidade de se aprofundar a interpretação do que seria acesso à justiça e porque, apesar da enorme quantidade de processos, que abarrotam as prateleiras do judiciário, por outro lado, existem ainda, barreiras intransponíveis para que os cidadãos que realmente necessitam acessar o Judiciário satisfatoriamente o façam. Esse paradoxo também foi observado por parte da doutrina⁴² e é motivo de constantes pesquisas realizadas pelo CNJ⁴³.

As hipóteses discutidas aqui são se o direito de acesso à Justiça é um direito absoluto, isto é pode ser exercido ou oponível a qualquer outro direito a qualquer tempo ou em qualquer tipo de circunstância. Se o direito de acesso ao Justiça se confunde com acesso ao Judiciário e direito de petição.

De antemão é de bom alvitre se ressaltar que não se pode considerar, por mais caro que seja o bem da vida protegido, que determinado direito é absoluto, pois nem mesmo o direito à vida é garantido diante de eventual circunstâncias, como a guerra por exemplo. O alcunha de “direito absoluto” atribuído ao acesso à justiça foi utilizada para criticar e provocar uma discussão jurídica diante da cultura brasileira de que todos os conflitos devem, necessariamente, ser resolvidos perante o judiciário. O direito à justiça, conforme veremos mais adiante, não se confunde com

⁴² TENENBLAT, Fábio. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, o. 23-35, 2011, p. 2.

⁴³ Tais como os relatórios “Justiça em números” produzidos anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça.

o direito de acesso ao Judiciário, este sim, interpretado de forma absoluta por boa parte da doutrina e pelo próprio judiciário, salvo raras exceções⁴⁴.

Para as hipóteses propostas neste tópico, inicialmente deve-se levar em consideração que as Legislações Internacionais, bem como a Legislação pátria preveem o Direito de acesso à Justiça em suas Leis fundamentais, em suas cartas de princípios. Para ilustrar o afirmado tem-se que art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, afirma que todas as pessoas tem o direito a um recurso efetivo dado pelos tribunais nacionais competentes contra os atos que violem os seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Também está previsto no Pacto de San José, ratificado pelo Brasil, que toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza⁴⁵.

O Art. 5º, XXXV, da CF/88 por sua vez prediz: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito. O novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº 13.105/2015), que ao tempo da redação deste trabalho ainda estava na *vacatio legis*, reproduz em seu art. 3º o Direito Constitucional de acesso ao Judiciário: não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

Não obstante todas as previsões legais acima citadas, que foram criadas com o intuito de garantir ao cidadão o direito à prestação jurisdicional, se entendeu que o acesso à justiça estava distante do cidadão menos favorecido economicamente, posto que haviam diversas barreiras que impediam parte da população de acessar o judiciário. Foram essas conclusões que levaram a Cappelletti e Garth a realizarem o

⁴⁴ Uma dessas exceções se verifica com a já consagrada jurisprudência do STF nos casos em que para se ajuizar demanda em face do INSS é necessário realizar um prévio requerimento administrativo, tema que, inclusive foi objeto de repercussão geral (tema 350), tendo como *leading case* o RE nº 631240/MG, de 2014. Apesar de o acórdão concluir pela necessidade de prévio requerimento administrativo, se percebe pelas outras deliberações que o direito de acesso ao judiciário é considerado pelo STF como um direito inalienável do cidadão.

⁴⁵ Artigo 8º, 1 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos - São José da Costa Rica

projeto de Florença, que se tratou de um grande levantamento do Judiciário de todo o planeta em relação à possibilidade de o cidadão acessar a Justiça⁴⁶.

De um modo geral chegou-se a um consenso após a realização desse estudo de que nos estados liberais “burgueses” dos séculos XVIII e XIX, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista vigorante à época⁴⁷. Nesse contexto a proteção judicial deveria ser garantida pelo Estado mediante ação omissiva, isto é, apenas de não ter a prerrogativa de impedir que o cidadão tivesse acesso ao judiciário, devendo o mesmo se manter inativo em relação às pessoas que nem sequer cogitavam a exercer o seu direito de ação. Com efeito, o Estado mantinha-se impassível em relação aos problemas de aptidão dos indivíduos para reconhecerem e defenderem seus direitos. Assim ficaram excluídos do judiciário aquelas pessoas que não dispunham de condições econômicas ou técnicas para compreenderem seus direitos e/ou sustentarem suas demandas perante o judiciário. Nesse sentido concluiu-se que as barreiras ao acesso eram mais elevadas em relação aos litigantes individuais e pobres, especialmente em causas de pequeno valor⁴⁸.

Esta constatação é tão verdadeira que no Brasil foram criados, antes mesmo da atual Constituição, mecanismos para a inclusão de pessoas sem aptidão técnica e financeira para ingressarem em juízo. Com efeito, as Constituições de 1934⁴⁹ e 1946⁵⁰ já previam a assistência gratuita aos pobres. Em 1950, o Brasil já tinha em vigor a Lei nº 1.060, que regulamentava a concessão da gratuidade da justiça e assistência judiciária gratuita aos que se declarassem pobres, sendo que, o que a Constituição de 1988 fez foi tornar tal direito, um direito fundamental, uma cláusula

⁴⁶ A pesquisa realizada por Cappelletti e Garth identificou a existência de barreiras de acesso de certas camadas da população ao Judiciário. Dentre elas a impossibilidade financeira de arcar com custos e despesas do processo e a incapacidade técnica de reconhecer direitos. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 4.

⁴⁸ Idem Ibidem, p. 4.

⁴⁹ Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

⁵⁰ Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.

pétrea, eis que o previu no art. 5º, LXXVI, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Esse entendimento gerou a aprovação de outras Leis que permitiam às pessoas antes excluídas do sistema judiciário a terem uma maior facilidade para acessá-lo⁵¹, como a Lei dos Juizados de pequenas causas nº 7.244/1984, a Lei dos Juizados especiais nº 9.099/1990 e a Lei dos Juizados Especiais Federais, nº 10.259/2001. Tais dispositivos legais, sem sombra de dúvida, denotam a preocupação do legislador em disponibilizar ao cidadão uma série de mecanismos e facilidades com o fito de promover-lhes o acesso ao Judiciário.

Ocorre que a “boa intenção” dos legisladores pretensamente ocasionou um “efeito colateral”. Esses facilidades e estímulos, somados a outras circunstâncias citadas pela doutrina tais como: “a) a cultura demandista brasileira; b) a fúria legislativa, provocando a edição de leis discrepantes com distintas interpretações; c) a judicialização da política; d) o ativismo judicial; e) a crise de efetividade na execução das condenações; f) a existência de litigantes habituais e litigantes eventuais que recebem desigualmente os ônus e encargos processuais; g) o gigantismo do judiciário; h) a inexistência de divulgação ou estímulo aos meios de composição de conflitos que não a busca pelo judiciário”⁵², acarretou no que se denominou “crise numérica de processos judiciais”.

Como dito na introdução, as pesquisas oficiais levadas à cabo pelo CNJ demonstram um excessivo número de processos judiciais tramitando em todas as instâncias e searas judiciais e a hipótese aqui levantada é a de que essas facilidades tornam o judiciário acessível ao ponto de transformar economicamente vantajoso para as partes litigarem. Muitas vezes, diante de condenações baixas, ou do baixo percentual das pessoas que procuram seus direitos, ainda que prejudicadas por uma conduta ilegal de determinada pessoa, ou mesmo quando a discussão judicial serve apenas como meio procrastinatório para pagamento de

⁵¹ Essas leis, especialmente as dos juizados especiais possibilitam o ajuizamento de ações sem a necessidade de contratação de advogados e sem a necessidade do pagamento de custas, o que gera uma adesão considerável dos cidadãos a esse tipo de procedimento. Para se contextualizar, em 2014, segundo o relatório da Justiça em números (CNJ, 2015, p. 45), foram ajuizadas 6.718.734 (seis milhões setecentos e dezoito mil setecentos e trinta e quatro) ações perante os juizados, o que representou um aumento de cerca de 8% por cento em relação ao ano anterior, segundo estatística elaborada pelo próprio CNJ.

⁵² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo, RT, 2011.

tributos, as partes realizam escolhas racionais que demonstram ser mais vantajoso agir ilegalmente ou litigar do que propriamente cumprir direitos.

E a cultura demandista citada anteriormente é ainda mais reforçada por respeitada parcela de autores brasileiros que terminam por fazer uma confusão entre os conceitos de “acesso à justiça”, “acesso ao judiciário” e “direito de ação”, o que acarretaria, teoricamente, num estímulo à resolução de todo e qualquer conflito na seara judicial.

Por exemplo, Dinamarco afirma textualmente que garantir o acesso à justiça se daria mediante o exercício da prerrogativa de peticionar perante o sistema judiciário:

“Em ambas as hipóteses [de conflito], se não houver a resignação do sujeito quanto ao bem da vida que constitui objeto da pretensão, o único caminho civilizado e permitido para tentar a satisfação será o processo - sendo indiferente, para a realização deste, se a razão está com o sujeito que tomou a iniciativa de acorrer ao sistema judiciário ou com o seu adversário”⁵³.

E, mais adiante, no mesmo escrito, afirma:

“O inc. XXXV do art. 5.º da Constituição, antes interpretado como portador somente da garantia da ação, tem o significado político de pôr sob controle dos órgãos da jurisdição todas as *crises jurídicas* capazes de gerar estados de insatisfação às pessoas e, portanto, o sentimento de infelicidade por pretenderem e não terem outro meio de obter determinado bem da vida”⁵⁴.

Pensa da mesma maneira Fred Didier, por exemplo, que conceitua o direito de acesso à justiça como:

[...] “conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição. Ao criar um direito, estabelece-se o dever – que é do Estado: prestar a jurisdição. Ação e jurisdição são institutos que nasceram um para o outro”⁵⁵.

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol I. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 14.

⁵⁴ Idem ibidem, p 203.

⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2009. vol. 1, p. 88.

Desse modo, é impossível negar que, em boa medida, o “demandismo judiciário excessivo⁵⁶” foi estimulado pela interpretação equivocada do direito de acesso à justiça como direito de acesso à jurisdição, deturpando-se, por conseguinte, a ideia de que prestação jurisdicional deveria ser “ofertada” e não “estimulada”. O direito de ação não poderia ser enxergado como “dever de ação”.

Por demandismo entende-se a conjugação de uma série de fatores dentre os quais: i) desinformação ou oferta insuficiente quanto a outros meios, ditos alternativos, de auto e heterocomposição de litígios, gerando uma cultura da sentença⁵⁷, isto é a necessidade de um pronunciamento judicial para solucionar o conflito; ii) exacerbada juridicização da vida em sociedade, para o que contribui a pródiga positivação de novos direitos e garantias, de modo a projetar na população uma expectativa de imediato atendimento aos seus interesses; iii) “ufanista e irrealista⁵⁸” leitura do que expressa o já citado art. 5º, XXXV, da CF; iv) crescimento da estrutura judiciária, sendo que, aqui podemos aplicar a lei de mercado, quanto mais oferta, mais “eficiente” se tornaria o ingresso perante o Judiciário. Um exemplo citado por Posner bem explica este último fator.

No que se refere à demora judicial excessiva, esta não é, como se sugere às vezes, a consequência inevitável de que a demanda de litígio seja grande e a quantidade de tempo dos juízes limitada. Numa comparação nada científica colocada apenas para se realizar uma contextualização tem-se que a demanda de lagostas também é grande e a capacidade para aumentar a produção a fim de satisfazer aos novos incrementos da demanda também é limitada. As pessoas fazem filas para comprar litígios, mas não o fazem para comprar lagostas, porque o tempo judicial não está racionado pelo seu preço e o das lagostas está. Se a demanda de lagostas aumentou mais depressa que sua oferta, seu preço aumentaria até que se igualassem oferta e demanda⁵⁹. No caso do Judiciário se compara a oferta com uma auto estrada. Se o Estado constrói uma auto estrada que culmina na melhora do trânsito em determinada localidade, tal fato incentiva as pessoas a comprarem carros, sendo que a aquisição de veículos somente vai sofrer

⁵⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo, RT, 2011, p. 10/11.

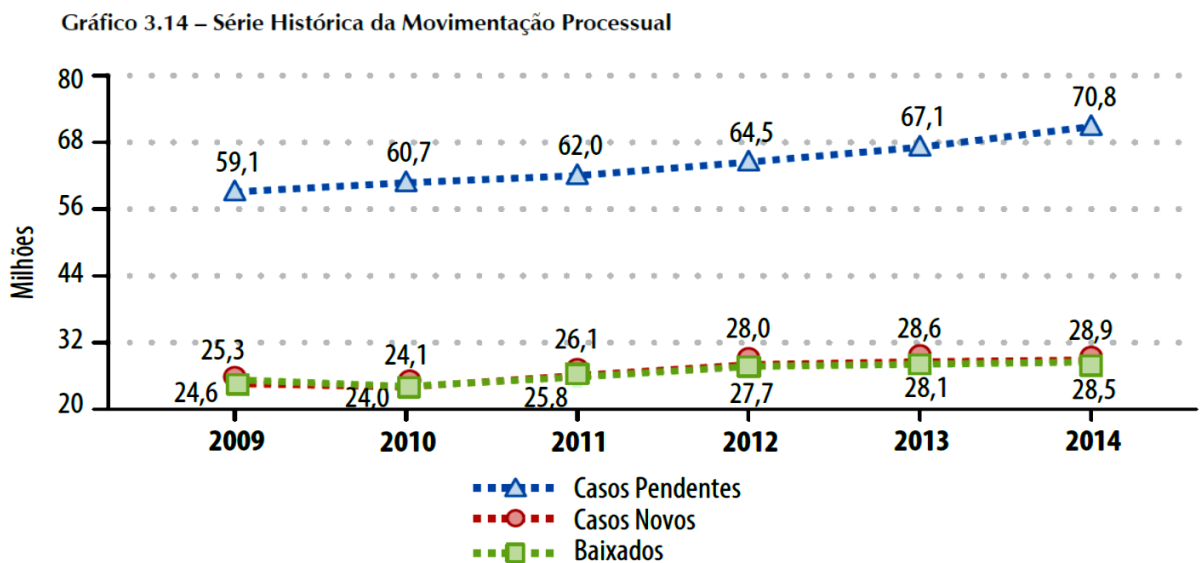
⁵⁷ WATANABE, Kazuo. O futuro da justiça: alguns mitos. *Temas de direito processual*. 8. Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10.

⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo, RT, 2011, p. 53.

⁵⁹ POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económico, Mexico D.F, 1998, p. 386.

um desestímulo depois que essa auto estrada voltar a ficar engarrafada, quando as pessoas preferirão usar o transporte público novamente. Portanto, o acesso à justiça também decorre de um comportamento racional que reage a estímulos. Se a justiça for sempre célere e eficiente como determina a constituição, mais pessoas se sentirão incentivadas a ajuizar suas demandas. Ou seja, a superestruturação do Judiciário é um estímulo ao ajuizamento de novas demandas. Aqui se vê um típico caso de retroalimentação da judicialidade, como observaram GICO Jr. e RIBEIRO no livro alcunhado de “O jurista que calculava”⁶⁰.

Esta cultura do “demandismo judicial” gera, portanto, a ideia deturpada de “dever de ação” pode ter como consequência o afastamento das pessoas que restam polarizadas como adversários, o que acabaria por desestimular a busca de outros meios, que não o Judiciário para a resolução e/ou prevenção de conflitos⁶¹. É fato que, conforme os números já apresentados não há como se acreditar que o Judiciário tenha capacidade para dirimir a quantidade de controvérsias a ele submetidas. A tabela abaixo comprova claramente esta constatação:



Fonte: Justiça em números 2015

De 2009 até 2014 o número de casos novos por ano aumentou de 25,3 milhões para 28,9 milhões, o que representa um acréscimo de aproximadamente 14% no número de ações ajuizadas. O acervo de processos pendentes, por sua vez,

⁶⁰ RIBEIRO, Gustavo Ferreira e GICO JR, Ivo. *O jurista que calculava*, CRV, Curitiba: 2013.

⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo, RT, 2011, p. 10/11.

aumentou em cerca 19%. Isso nos leva à conclusão de que mais pessoas ingressam no judiciário e mais processos se acumulam diante da incapacidade de se resolverem todas essas demandas. O mesmo relatório afirma que as despesas em 2014 foram de R\$ 68,4 bilhões, o que representou um crescimento de 4,3% em relação a 2013 e 33,7% em relação ao último sexênio. Esta constatações insinuam que o investimento no Poder Judiciário gera um aumento da demanda por seus serviços, conforme modelo proposto por Posner.

Em harmonia com o ora argumentado é importante referir a existência de um outro pensamento, no qual se atribuiu ao direito de Acesso à Justiça, não o exercício do direito de ação, mediante a garantia do acesso ao Judiciário, mas o direito à ordem jurídica justa.

Exatamente nesse sentido, parte da doutrina conceituou a garantia Constitucional ora comentada:

“A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”⁶².

A ordem jurídica justa, portanto, não seria aqui tão somente a decorrente da prestação jurisdicional, cuja atuação é corretiva⁶³, mas é concebida sob o paradigma da convivência humana, com a necessidade de que haja a existência de uma preocupação com o próximo e de que se haja de forma equânime⁶⁴.

Com efeito, esse pensamento se coaduna e se encaixa perfeitamente com a ideia hipotetizada na presente dissertação de modo que deve-se incutir na mente dos operadores do direito uma atitude distinta⁶⁵ de que o acesso à justiça não engloba tão somente o direito de ter sua demanda conhecida pelo Judiciário, mas talvez, e essa é uma inovação pretendida neste trabalho, que haja uma prevenção

⁶² WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

⁶³ MONTORO, André. Introdução à ciência do direito. 26. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

⁶⁴ ROCHA, José Cláudio e ALVES, Cristiano Cruz. Meritum – Belo Horizonte – v. 6 – n. 1 – p. 133-161 – jan./jun. 2011, p. 143.

⁶⁵ Watanabe entende que deve ser incutida uma nova “postura mental” de modo que o acesso à justiça não seja concebido tão somente com o direito do cidadão de ter sua demanda recebida e processada pelo Judiciário, mas que sua vida social seja livre de conflitos e com o comprometimento do judiciário com a ordem jurídica justa, com a efetiva tutela dos direitos, p. 128.

de conflitos e demandas mediante o desestímulo ao desrespeito institucionalizado de direitos. E isso, na nossa pesquisa, corresponde exatamente ao atendimento de acesso à justiça, pois a ordem jurídica justa deve ser atingida, primordialmente, pela prevenção de conflitos e não pelo seu estímulo. Aqui cabe indagar se a prevenção já não existiria, levando-se em consideração que o direito possui, entre outros, duas vertentes: o lado preventivo e o lado contencioso. A resposta, todavia será postergada a outro momento dessa dissertação⁶⁶. O fato é que, em poucas palavras, o comportamento das partes, especialmente pelos números apresentados e pelos dados analisados, indica que as mesmas tem sido estimuladas e não desestimuladas a litigar, sobretudo se levarem em consideração a teoria da maximização das riquezas, também mais adiante explicitada. Isso exige, portanto, uma interpretação consequencialista da norma jurídica, e não apenas uma leitura ufanista que retroalimenta o demandismo.

A doutrina⁶⁷, com argumentos distintos, mas no mesmo diapasão faz esforço para diferenciar esses conceitos acima trabalhados. Diz-se que acesso à justiça tem como escopo a busca (ou possibilidade) de se garantir a cidadania na sua plenitude, com harmonia e isonomia, sendo que o Poder Judiciário, por outro lado teria a função típica da prestação jurisdicional, aplicando a lei no caso concreto quando o conflito chega à sua apreciação.

Isto posto, não há como se confundir acesso à justiça com acesso ao judiciário ou direito de petição. A crise numérica do judiciário é, em parte, como dito anteriormente, causada por essa interpretação de que o cidadão somente terá acesso à Justiça se acionar o Judiciário.

Sim, o acesso à Justiça é princípio consagrado em diversas normas de Direito Internacional e na nossa própria Constituição. Entretanto, não se pode interpretá-lo de forma a confundi-lo ou equipará-lo a acesso ao Judiciário ou direito de Ação (como é feito por parte dos doutrinadores e foi demonstrado alguns parágrafos anteriores) ou chegaremos à conclusão de que qualquer restrição ao direito de

⁶⁶ No capítulo 3º se mostra como o litigante habitual reage aos estímulos econômicos decorrentes de um litígio, sendo preferível e mais vantajoso litigar do que cumprir direitos.

⁶⁷ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

utilização da via judicial seria inconstitucional e que “tal direito faz-se presente de forma absolutamente ilimitada e irrestrita no ordenamento jurídico brasileiro”⁶⁸.

Desse modo, o Acesso à justiça não pode ser interpretado de forma absoluta e irrestrita, assim como qualquer outro direito e garantia, o acesso à justiça deve ser limitado à forma adequada e não abusiva de gozo. Mais adiante, já no tópico seguinte destrincharemos o que será considerado, para os fins desta pesquisa, abuso do direito de litigar.

Some-se a esses argumentos o fato de que o intuito da norma constitucional de garantir o acesso à justiça a qualquer pessoa do povo é mais direcionado ao Legislador do que aos que se encontram em conflito. O inciso XXXV, da CF/88, visa assegurar que a Legislação não impeça que qualquer pessoa se socorra do Judiciário quando tiver direito ameaçado ou lesado, no entanto, o que se divulga e estimula é que todo e qualquer conflito, por mais insignificante que seja, deve ser resolvido na instância judiciária. O que se deseja argumentar é que o Judiciário deve ser alcançado, mas sua utilização como fonte principal de resolução de conflitos, por ser completamente antiecômica e ineficiente, não deveria ser tão estimulada.

Convém explicitar o raciocínio com outras palavras:

“Por todo esse contexto, observa-se que o inc. XXXV do art. 5º, da CF/1988 não autoriza a interpretação à outrance, usualmente feita, e que tem permitido inferir que a oferta de justiça estatal está disponibilizada, em modo franco, genérico e prodigalizado, a toda e qualquer situação de interesse contrariado ou insatisfeito, como fora o Judiciário um *guichê geral* de reclamações. De resto, citada norma não tem foco em situações concretas e presentes (que devem estar subjacentes a qualquer ação judicial donde o interesse de agir ser real, atual e pessoal), mas apresenta uma *conotação principiológica e prospectiva*, buscando preservar situações futuras cuja apreciação judicial não deverá, *a priori*, ser afastada pelo ordenamento positivo”⁶⁹.

O conceito deturpado de acesso à justiça, somado às facilidades de ingresso ao judiciário advindas com a promulgação de Leis como as que criaram os Juizados Especiais, faz com que as pessoas se adaptem ao modelo de resolução de conflitos, e de igual forma, nós, intérpretes do direito, falhemos em identificar se o direito de

⁶⁸ TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, o. 23-35, 2011, p. 2.

⁶⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo, RT, 2011, p. 195/196.

acesso à justiça, confundido com direito de acesso ao judiciário e direito de ação, não está sendo exercido de forma abusiva por algumas espécies de litigantes, haja vista a crise numérica de processos antes explicitada.

Deve-se enfatizar que o exercício da demanda não é um direito absoluto, posto que condicionado a uma razão legítima, sendo que a parte que busca o Judiciário deve ter uma “razão séria para invocar a tutela jurídica”⁷⁰, ou estará abusando do direito de acesso à justiça. As definições e elementos que caracterizam o abuso desse direito serão tratados no tópico logo a seguir.

Assim, entendendo-se que o direito de acesso à justiça consiste no direito à ordem jurídica justa e não se confunde com acesso ao judiciário, muito menos com o direito de ação, percebe-se que o primeiro óbice ao desenvolvimento do tema resta superado, de forma que se pode concluir sem temor algum que não há óbice constitucional à limitação do acesso ao poder judiciário pelos litigantes habituais ou inconsequentes, desde que haja uma segura constatação do abuso dessa prerrogativa por essas espécies de litigantes.

1.2 O Acesso à Justiça utilizado de forma abusiva: definindo o abuso no direito brasileiro

Se verifica da redação do art. 187 do Código Civil, em que “[t]ambém comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Isto é o abuso do direito que se verifica quando o mesmo é exercido “sem motivos legítimos, com excessos intencionais ou voluntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem, contrários ao destino econômico e social do direito em geral, e, por isso, reprovável pela consciência pública”⁷¹.

O enxerto jurisprudencial acima se coaduna com a hipótese ora estudada de sorte que serve de conceito para a execução da pesquisa nesta específica linha de raciocínio. Com efeito, da mesma forma que todo e qualquer direito, o acesso à justiça ou mesmo o direito de peticionar e acessar o judiciário não pode servir como

⁷⁰ MARTINS, Pedro Baptista. O Abuso do Direito e o Ato Ilícito. 3. ed. atualizada por José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, p. 71.

⁷¹ BRASIL. Tribunal da Apelação do Distrito Federal. Rio de Janeiro. 5ª Câmara. Voto do Presidente e Relator Saboia Lima, publicada no DJ em 1º de março de 1943. Revista dos Tribunais. [s.l]: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 24, jul.-set. 1998. p. 27-28.

sustentação de interesses patrimoniais às custas do Estado e, por consequência lógica, dos contribuintes que não possuem qualquer relação com a demanda.

É de bom alvitre referir que a Legislação pátria, muito embora preveja em seu bojo a repressão ao abuso de direito, não trata especificamente do abuso do direito de acesso à Justiça. Essa repressão, todavia, se verifica de forma implícita no ordenamento, como se demonstrará a seguir.

A norma processual, ainda que seja mais específica, não trata do abuso do poder de litigar, preferiu dotar de um tratamento mais específico os casos de litigância de má fé, vide art. 17, do ainda vigente Código de Processo Civil⁷². No mesmo sentido, praticamente com idêntica redação, o art. 80 do Novo CPC (Lei nº 13.105/2014), não trata especificamente do abuso processual, apenas elencando hipóteses em que a parte poderá ser qualificada como litigante de má-fé⁷³.

Dito isto, tem-se que o uso da prerrogativa de litigar (de estar em juízo) encontra resguardo sólido em nosso ordenamento, de forma que não se pode conceber que o ajuizamento, *per se*, de uma ação judicial constitua abuso do direito, mas tão somente um exercício regular dessa prerrogativa.

É de se referir que, não obstante a Legislação não dispor especificamente do abuso do direito de litigar, o CPC de 1973 prevê expressamente a necessidade das partes de agirem com boa-fé⁷⁴, dispositivo este reproduzido no art. 5º, do novo

⁷² Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidentes manifestamente infundados.
- VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

⁷³ Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidente manifestamente infundado;
- VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

⁷⁴ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

[...]

- II - proceder com lealdade e boa-fé;

CPC⁷⁵. O referido enunciado deve ser considerado como cláusula geral e, dessa forma, nortear a atuação das partes em qualquer ato processual⁷⁶. No novo CPC o a violação ao dever de boa-fé implica na responsabilização do litigante de má-fé ao pagamento de multa correspondente a até 10% do valor da causa, indenizar a parte contrária e arcar com os honorários advocatícios e despesas efetuadas⁷⁷.

Esse raciocínio implica na conclusão de que “se as partes tem o dever de litigar honestamente, então os direitos de ação e de defesa estão protegidos pelo ordenamento jurídico, se, e somente se, estiverem sendo exercidos com lealdade e boa-fé”⁷⁸. Essa cláusula geral é uma limitação que o ordenamento impõe ao exercício do direito de ação, no âmbito da interpretação sistemática que se deve fazer dele.

Se a parte ajuíza uma demanda a qual pretende ver contemplada uma tese jurídica pacificamente rechaçada pelo Judiciário, ou se descumpre direitos de forma institucionalizada sabendo que a grande parte dos prejudicados por sua conduta ilegal não buscará seus direitos e as poucas demandas ajuizadas não afetarão suas finanças de forma significativa, estará litigando honestamente? Está agindo de boa-fé, se considerarmos que o Judiciário possui recursos escassos e sua demanda prejudica o orçamento Estatal?

A hipótese levantada e mais adiante respondida é de que há duas ilegalidades cometidas pelas partes que assim o agem: a) Há um abuso de direito pois a parte age contrariamente aos fins econômicos da Justiça o que viola o art. 187, do Código Civil Brasileiro; b) há, pelo menos uma tentativa, de enriquecimento ilícito por parte de quem assim o age, tendo em vista o que prescreve o art. 884, do Código Civil Brasileiro⁷⁹.

⁷⁵ Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

⁷⁶ CUNHA, Rosanne Gay. Revista Direito e democracia. Universidade Luterana do Brasil – Ciências Jurídicas. – Canoas: Ed. ULBRA, 2000, p. 427.

⁷⁷ Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente. [...]

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

⁷⁸ Idem ibidem, p. 428.

⁷⁹ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Avaliando o enxerto acima e as situações hipotéticas referidas não há como se conceber que a parte age de boa-fé se sua intenção processual é manifestamente antieconômica ou aventureira. O Judiciário não deveria servir de palco para esse tipo de litigante, pois além de esgotar os escassos recursos existentes, ainda congestionava a atividade jurisdicional a ponto de as demandas que realmente careceriam dela sejam julgadas sem o devido cuidado, jogadas na vala coletiva. Esse tipo de comportamento é que configura o abuso do direito de acesso à justiça, pois torna a efetividade do Judiciário precária, sendo a efetividade uma das dimensões desse direito fundamental⁸⁰.

Nesse contexto a indagação que se mostra patente é a seguinte: como avaliar, desde o início se o litigante age dentro dos limites impostos pelo ordenamento ao propor uma ação?

A primeira pista que esta pesquisa revela é que abusa do direito de acesso à justiça aquele que descumpra seu dever de parte de agir com lealdade e boa-fé. Esse agir com lealdade também é obrigatório em face da Jurisdição, contra quem a demanda é dirigida. Os direitos das “partes são exercidos perante o Estado-Juiz, e o seu exercício abusivo se dá contra a própria jurisdição”⁸¹. Depreende-se do comando legal comentado, portanto, que a obrigação de as partes agirem com boa-fé não é um comportamento que deve ser dirigido apenas em relação aos direitos da outra parte, mas também ao Judiciário, o Estado-Juiz, de modo que se pode concluir como abusivo o agir da parte que ingressa no judiciário com excessiva habitualidade (o que denota o descumprimento institucionalizado de direitos) ou ostentando tese jurídica completamente contrária à jurisprudência.

Além disso, é de bom alvitre referir que, apesar da doutrina do abuso do direito ter surgido no âmbito da responsabilidade civil, não se reputa necessário à sua caracterização que haja a intenção de prejudicar, o *animus nocendi*, bastando que a conduta analisada seja tomada sem as devidas precauções e prudências exigidas do homem médio⁸². Isto é se a parte ingressa no judiciário (seja no polo

⁸⁰ Conforme dito por Cappelletti e Garth (Acesso à Justiça, 2002), a efetividade do judiciário é fator fundamental para se aferir o atendimento ao direito de acesso à justiça. No mesmo sentido Mancuso (acesso à justiça, 2001).

⁸¹ CUNHA, Rosanne Gay. Revista Direito e democracia. Universidade Luterana do Brasil – Ciências Jurídicas. – Canoas: Ed. ULBRA, 2000, p. 430.

⁸² RUI STOCCO, p. 7. *apud* COLIN e CAPITANT. Droit Civil Français. Paris, 1923, p. 358, letra b.

ativo, seja no passivo) agindo de forma negligente, imperita ou imprudente, ainda que a intenção danosa não seja facilmente verificada, o abuso do direito de acesso à justiça pode ser verificado.

A jurisprudência pátria, ainda que de forma insipiente, tem tentado não somente definir como também aplicar a teoria do abuso do direito quando o litigante nitidamente não age dentro do enquadramento da lealdade e boa-fé previsto no art. 14, do antigo CPC (reproduzido no art. 5º, do novo CPC).

Um caso que ilustra essa afirmação ocorreu em Brasília em que um consumidor difundiu várias ações perante o juizado especial do Distrito Federal que tinham um propósito idêntico e com base na mesma descrição fática, o que implicava na conclusão de que o mesmo tentava se enriquecer ilicitamente, não só às custas das partes adversas dessas ações, como também às custas do Estado, que lhe proveu a estrutura necessária para a perseguição de seu suposto direito⁸³.

Nesse caso, a conduta do autor foi considerada abusiva, sendo que uma circunstância que ensejou a realização dessa pesquisa, como se verifica em diversas situações, mais adiante expostas, se verificou aqui: o Autor, por ser beneficiário da gratuidade de justiça não sofreu qualquer sanção, pois a exigibilidade da multa aplicada restou suspensa em função de sua condição de hipossuficiência. Outros casos semelhantes foram encontrados tais como se vê da ementa da

⁸³ CIVIL. CONSUMIDOR. SUPOSTA FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIROS. ILÍCITA INSCRIÇÃO DO NOME DO CONSUMIDOR NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. REGISTRO EFETUADO PELA ATLANTICO FUNDO DE INVESTIMENTO NO BANCO DE DADOS DA ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DE SÃO PAULO, A QUAL, INCLUSIVE, ENVIOU COMUNICAÇÃO AO ENDEREÇO DO CONSUMIDOR. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DO DF. TRAMITAÇÃO DE AO MENOS CINCO FEITOS SUPOSTAMENTE DERIVADOS DO MESMO EVENTO (FRAUDE). ABUSO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA. QUALQUER DAS "NEGATIVAÇÕES", ISOLADAMENTE CONSIDERADA, SERIA APTA À RESTRIÇÃO DE CRÉDITO. A CONDENAÇÃO CONFIGURARIA ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA (LEI 9.099/95, ART. 6º). SENTENÇA MANTIDA.

[...] *Omissis*

III. E, AINDA QUE ULTRAPASSADA A PRELIMINAR, É DE SE DESTACAR QUE O RECORRENTE DIFUNDIU VÁRIAS AÇÕES COM IDÊNTICO PROPÓSITO (REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS) E COM BASE NO MESMO EVENTO ("NEGATIVAÇÃO" ILÍCITA CONJUNTAMENTE PROMOVIDA POR OUTRAS EMPRESAS), A SUGERIR A TENTATIVA DE OBTENÇÃO DE ENRIQUECIMENTO INDEVIDO (ABUSO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA), DADA A FALTA DE EVIDÊNCIA DE QUAL DELAS TENHA SIDO A DETERMINANTE PARA A RESTRIÇÃO DE CRÉDITO E DE CREDIBILIDADE. IV. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA NA ÍNTEGRA, O QUE LEGITIMA A LAVRATURA DO ACÓRDÃO NOS MOLDES AUTORIZADOS PELO ARTIGO 46 DA LEI Nº 9.099/95. CONDENADA A RECORRENTE AO PAGAMENTO DAS CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, ORA FIXADOS EM 20% DO VALOR DA CONDENAÇÃO, NOS TERMOS DO ARTIGO 55 DA LEI Nº 9.099/95. SUSPENSA A EXIGIBILIDADE, POR SER A PARTE BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA (LEI 1.060/50, ART. 12). BRASIL, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal. Inteiro Teor do Acórdão prolatado no Recurso Inominado de nº ACJ: 26934320098070010 DF 0002693-43.2009.807.0010, Relator: FERNANDO ANTONIO TAVERNARD LIMA, Data de Julgamento: 23/02/2010, Data de Publicação: 09/03/2010, DJ-e Pág. 135.

apelação cível nº 70063863369, julgada pelo TJRS⁸⁴ em que a parte ajuizou diversas ações simultâneas com idêntica causa de pedir de modo que foi reconhecido o abuso do direito de litigar. Da mesma forma se manifestou o TJRJ em caso na qual a parte ajuizou nova ação com idêntica causa de pedir diante de seu inconformismo com o resultado do julgamento de um recurso na ação anteriormente ajuizada⁸⁵.

⁸⁴ APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATOS DE CARTÃO DE CRÉDITO. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. AJUIZAMENTO DE MÚLTIPLAS AÇÕES. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CONFIGURADA. DESCABIMENTO DA REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA. 1. A litigância de má-fé no ajuizamento de ações idênticas simultâneas e o prejuízo causado são evidentes, tanto ao requerido, que precisou contratar advogado para vir aos autos se defender, quanto ao erário, já que a demandante litiga abrigada pela gratuidade judiciária e, ainda, aos demais jurisdicionados, pois tal conduta contribui para o crescimento de demandas e morosidade do Poder Judiciário. 2. A condenação da parte beneficiária da gratuidade judiciária às penas por litigância de má-fé não enseja revogação do benefício, hipótese que impõe prova da inexistência ou desaparecimento dos requisitos legalmente previstos. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70063863369, Vigésima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cairo Roberto Rodrigues Madruga, Julgado em 29/04/2015). BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. APELAÇÃO CÍVEL Nº 70063863369 RS, Relator: Cairo Roberto Rodrigues Madruga, Data de Julgamento: 29/04/2015, Vigésima Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/05/2015)

⁸⁵ Recurso nº. 0245760-68.2009.8.19.0001 Recorrente: Lea Maria Sette Serafim da Silva Recorrido: Bullet Promoções Ltda. VOTO Coisa julgada. Litigância de má-fé. Autora que, assistida por advogado, insurge-se contra decisão deste Colegiado, distribuindo nova ação com causa de pedir idêntica, ao argumento de que "ao seu entender", a decisão do acórdão anterior foi equivocadamente prolatada. Sentença prolatada no atual processo que extingue o feito sem resolução de mérito, em razão da existência de coisa julgada e, didaticamente esclarece à autora e a seu patrono, que a ilegitimidade reconhecida por sentença já transita em julgado, não pode ser rediscutida ante a impossibilidade de a parte integrar o pólo passivo (fls. 69). Embargos declaratórios opostos com provimento negado, pois buscavam apenas a discussão do mérito. Recurso inominado da autora requerendo o julgamento do mérito com a revisão da ilegitimidade passiva acolhida em sentença anterior (fls. 78-87). Impossibilidade de rediscussão em sede de Recurso Inominado. Em regra a coisa julgada formal não impede que o reclamante ajuíze nova ação. Contudo, impossível o ajuizamento da mesma ação contra a parte que já teve anteriormente sua ilegitimidade passiva declarada pelo Poder Judiciário. Adoto posicionamento de que a legitimidade de parte é, na verdade, uma questão de mérito. O juiz, no processo anterior, ao reconhecer a ilegitimidade passiva ad causam da recorrida, em realidade declarou que, em face dela, não tinha a autora razão ou direito. Decisão que foi confirmada pela Turma Recursal. Clara prestação jurisdicional de mérito, desfavorável à autora. A coisa julgada tem a garantia constitucional da imutabilidade, conforme preceitua o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, o que ocorre em razão da necessidade da ordem jurídica em manter a paz social, a estabilidade, a segurança, a certeza, a validade e a legitimidade dos atos jurisdicionais e das relações jurídicas. Sob o frágil argumento de que "ao seu entender" a sentença e o acórdão anteriores foram equivocados, a autora, assistida por advogado, distribui ação pela 2ª vez, perseguindo danos morais, em total desobediência à coisa julgada, que acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva e julgou extinto o feito com relação ao mesmo réu em processo anterior. Reconheço de ofício a litigância de má-fé e condeno a autora ao pagamento de multa de 1% do valor da causa, independente da gratuidade de justiça que lhe foi deferida no Juízo a quo, possibilidade já reconhecida pelo E STJ, verbis: "PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INTELIGÊNCIA DO ART. 18 DO CPC. 1. "A concessão da gratuidade da Justiça, não tem o condão de eximir o beneficiário da concessão do recolhimento da punição por conduta que ofende a dignidade do tribunal e a função pública do processo, que sobreleva aos interesses da parte" (AgRg nos EDcl no AgRg no AgRg no Ag 1250721 / SP, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 10/02/2 011). Precedentes. 2. O art. 3º da Lei n. 1.060/1950 delineou todas as taxas, custas e despesas às quais o beneficiário faz jus à isenção, não se enquadrando no seu rol eventuais multas e honorários advocatícios impostos pela atuação desleal da parte no curso da lide. 3. A intenção do legislador ao conceder a assistência judiciária foi proporcionar o acesso ao

Os Tribunais nesses casos reconheceram que as partes nitidamente excederam os limites impostos aos fins econômicos do seu direito como também os da boa-fé e lealdade que devem reger os atos processuais.

De igual sorte, um caso verificado na Justiça do Trabalho, mais especificamente no Tribunal Regional da 2ª Região (São Paulo), houve o reconhecimento do abuso de direito da parte, desta feita por resistência indevida⁸⁶. No caso foi reconhecido que a parte apresentou, diversas vezes, petição ostentando os mesmos argumentos (já rechaçados anteriormente) o que gerou o reconhecimento de deslealdade processual e conseqüente abuso do direito de litigar.

Assim, temos que a conduta abusiva se caracteriza quando um agente, ao exercer o seu direito de acesso à justiça, propõe contra Jurisdição uma pretensão jurídica que excede os limites econômicos ou sociais, ou impostos pela boa-fé e pelos bons costumes.

Essa análise de casos individuais permite identificar isoladamente o abuso do direito de litigar, tendo em vista a nítida extrapolação ética e econômica das partes em face da parte contrária ou da jurisdição. Mas essa simplificação é insuficiente para demonstrar a relação entre a crise numérica do judiciário e o abuso do direito de litigar.

Judiciário a todos, até mesmo aos que se encontram em condição de miserabilidade, e não criar mecanismos para permitir às partes procrastinar nos feitos sem sujeitar-se à aplicação das sanções processuais. 4. Recurso especial provido" (AgRg no Ag 1382562/ SP AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2011/0012515-0). Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto pela autora para manter a sentença por seus próprios fundamentos. Condeno a recorrente ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência que fixo em R\$ 300,00, nos termos do art. 20, § 4º do CPC, observado o art. 12 da Lei 1.060/50. Condeno a recorrente ao pagamento da multa de 1% sobre o valor da causa prevista nos artigos 17, II c/c 18, do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, 03 de novembro de 2011. Marcia de Andrade Pumar Juíza Relatora. BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO RECURSO INOMINADO Nº 02457606820098190001 RJ 0245760-68.2009.8.19.0001, Relator: MARCIA DE ANDRADE PUMAR, Quinta Turma Recursal, Data de Publicação: 13/12/2011 16:40.

⁸⁶ LIQUIDAÇÃO. REITERAÇÃO DE ARGUMENTOS JÁ SUPERADOS. ABUSO DO DIREITO DE LITIGAR. RECURSO QUE REITERA AS ALEGAÇÕES. RESISTÊNCIA INDEVIDA AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. MULTA. Não se confundem o exercício do direito de ação *in casu*, de defesa e o abuso do direito de litigar. A ninguém se assegura o direito à procrastinação indefinida no cumprimento da sentença. Se a parte reitera, diversas vezes, argumentos já enfrentados pelo juízo presidente da execução e, ao recorrer, simplesmente os repete, sem enfrentar o quanto fora decidido, desvia-se de seu dever de lealmente litigar, afrontando o parâmetro imposto pela Lei e fazendo jus à multa por deslealdade. Recurso improvido. Brasil, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. - AP: 00010282320115020006 SP 00010282320115020006 A28, Relator: MARCOS NEVES FAVA, Data de Julgamento: 05/02/2015, 14ª TURMA, Data de Publicação: 13/02/2015)

Ao revés, a pesquisa busca analisar, a conduta individual do agente que, quando levada em consideração com a conduta individual de outros que se encontram na mesma situação, acarreta no resultado muito abaixo do ótimo coletivo⁸⁷, pois o número excessivo de demandas propostas perante o Poder Judiciário inviabiliza sua efetividade. Portanto, colocou-se a tarefa de analisar como a litigância habitual e inconsequente causa impacto no judiciário a ponto de essa conduta ser considerada abusiva.

Se percebe, neste diapasão, que investigar a existência de abusividade do acesso à justiça não é tão simples. A crise numérica do Judiciário, que é o problema debatido nesta dissertação, exige uma análise muita mais complexa do que a simples utilização do método indutivo a partir desses e outros casos isolados.

Há a necessidade de analisar a conduta dos maiores clientes do judiciário, o que implica, igualmente, analisar a conduta das partes contrárias nas demandas movidas em face desses maiores clientes. Deve-se analisar, portanto, se a conduta de litigantes habituais e inconsequentes, diante da frivolidade de suas pretensões jurídicas, tomadas em conjunto, configuram o abuso do direito de litigar, tendo em vista que os recursos do Poder Judiciário são escassos.

Nesse contexto, já no tópico seguinte tratar-se-á das demandas consideradas frívolas, definindo-as e relacionando-a ao abuso do direito de acesso à justiça. Mais adiante elucidaremos se a conduta dos chamados “litigantes habituais” e “litigantes inconsequentes” pode ser considerada abusiva tendo em vista os parâmetros especificados nestes tópicos.

1.3 A litigância frívola como elemento caracterizador do abuso do direito: as ferramentas de objetivação processual como mecanismo de identificação da frivolidade

Discutiu-se anteriormente que a um dos elementos da abusividade da conduta do litigante se verifica se o exercício de seu direito implica em extrapolação dos limites impostos ao seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁸⁷ TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, o. 23-35, 2011, p. 26.

Num contexto de “crise numérica”, quando a efetividade da prestação jurisdicional é afetada pela imensa e quase inesgotável quantidade de processos submetidas ao crivo do Judiciário, não seria difícil afirmar que as demandas que não possuem possibilidade de êxito, ou que decorrem de condutas ilegais institucionalizadas estão ocupando indevidamente um espaço que deveria pertencer às causas que realmente padecem de prestação jurisdicional.

Temos que demanda frívola se configura quando há baixa probabilidade de êxito dos pedidos propostos pelo jurisdicionado, que ao ajuizá-la não se atenta aos custos acarretados ao erário. Na maior parte dos casos, o litigante propõe a demanda mesmo com a consciência de que o benefício a ser obtido ao final será muito inferior ao custo de tramitação do feito⁸⁸.

No contexto brasileiro se verifica que não há muitos estudos e pesquisas acerca da litigância frívola, tanto é que não há qualquer menção na legislação em relação a este termo, a jurisprudência tampouco demonstra qualquer familiaridade com ele. Por outro lado, a litigância frívola é objeto de muitos estudos em países como Portugal e principalmente nos Estados Unidos.

Sustenta parte da doutrina portuguesa que os custos da ação devem servir como filtro para sua propositura⁸⁹. Naquelas em que o custo supera o benefício a ser alcançado, não há como se conceber sua utilidade, hipótese em que a mesma deve ser considerada frívola. Relacionando essa conceituação com a pesquisa realizada por Rachlinski⁹⁰ podemos inferir que os agentes neutros em relação aos custos da ação (aqueles beneficiários da gratuidade de justiça) em muitos casos ignoram o fato de o custo da ação ser superior ao bem da vida pretendido, hipótese em que a demanda por ele proposta deve ser considerada frívola. Mas a demanda frívola nem sempre é abusiva: entende-se que a abusividade somente será considerada se a demanda tiver chance de êxito mínima, considerada reiterada e pacífica jurisprudência do tribunal ao qual a mesma é submetida.

Nesse contexto, entende-se que é possível regular o comportamento do jurisdicionados mediante uma combinação de sinalização de decisões judiciais com

⁸⁸ PATRÍCIO, Miguel C. T. Análise econômica da litigância. Coimbra: Almedina, 2005, p. 64.

⁸⁹ Idem ibidem, p. 68.

⁹⁰ RACHLINSKI, J. J. Gains, losses, and the psychology of litigation. Southern California Law Review, California, v. 70, n. 1, p. 113-185, 1996

os custos de propositura da ação. No estudo realizado em Portugal se concluiu que esta análise necessariamente necessita da compreensão de como o mercado de advogados influencia nos custos da propositura da ação⁹¹. O advogado que é contratado por um cliente que se enquadra no quadro de hipossuficiência, sabe que seu cliente litiga sem riscos econômicos, de modo que não lhe interessa informar ao seu cliente se a demanda tem baixa (ou mesmo nula) probabilidade de êxito, mas que vai ocupar o mesmo espaço de outra que não seja assim qualificada, e consumir os mesmos recursos.

Nos Estados Unidos o fenômeno da litigância frívola muitas vezes resultava em providências privadas com o fito de indenizar a parte que se prejudicou com uma ação insubsistente, a doutrina separou em três as espécies de ações que geralmente eram ajuizadas⁹²: a) indenização por processo malicioso (*malicious prosecution*) que ocorre quando a parte inicia (ou continua) um processo visando atingir um fim distinto dos fins da lei invocada, geralmente sem causa provável e causando diversos danos a outras partes como o pagamento de honorários e despesas legais; b) indenização por abuso processual (*abuse of process*) quando as partes abusam de mecanismos processuais como intimações para tumultuar o processo ou mesmo para obter outro fim. Um exemplo disso ocorreu no caso *Board of Education x Farmingdale Classroom Teachers Association*, no qual a associação de professores enviou intimações a todos os professores da rede escolar para que os mesmos comparecessem à corte ao mesmo tempo, o que visava comprometer as operações da escola⁹³; c) Indenização por negligência do advogado.

Esses geralmente eram os remédios possíveis para combater a litigância frívola nos Estados Unidos, no entanto a partir da década de 1980 os Estados começaram a perceber que a litigância frívola não trazia apenas prejuízos para a parte prejudicada pelo processo, havia também os custos estatais. Alguns Estados, como a Pennsylvania, simplesmente alteraram a jurisprudência para se adequar à indenização civil em relação aos danos causados pelas partes prejudicadas,

⁹¹ PATRÍCIO, Miguel C. T. Análise econômica da litigância. Coimbra: Almedina, 2005, p. 68.

⁹² WADE, John W. (1986) "On Frivolous Litigation: A Study of Tort Liability and Procedural Sanctions," *Hofstra Law Review*: Vol. 14: no. 3, Article 1, p. 437-456.

⁹³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, CORTE DE NOVA IORQUE CASO Nº 38 N.Y.2d 397, 343 N.E.2d 278, 380 N.Y.S.2d 635 (1975).

enquanto outros Estados autorizaram aos juízes estabelecer multas na mesma ação para a parte que litiga de forma frívola⁹⁴.

Analisando as razões que levam as partes a litigar de forma frívola, geralmente o autor ou réu que tem chances iguais ou muito próximas de zero. Cooter e Ulen⁹⁵ afirmam que muitas vezes o litigante tem interesses paralelos. Uma contextualização dessa afirmação pode ser feita com uma parábola envolvendo construtores de Nova York e os moradores da vizinhança. Os custos de transação⁹⁶ neste caso são diferentes entre as partes, os moradores, mesmo sabendo da pouca probabilidade de êxito, ingressam com a ação frívola (*nuisance suit*) visando embaraçar a obra e causar ainda mais prejuízos para o réu se este tivesse que paralisar as obras ou pagar custos do litígio.

Nesse caso, se o custo da ação para os autores cooperativos é igual a \$ 1.000, o valor esperado através da ação seria 0 (tendo em vista a baixa probabilidade de êxito), assim o risco da demanda é negativo (- \$ 1000), o que, teoricamente, faria com que os litigantes não ajuizassem a ação. Todavia se essa ação puder potencialmente causar um prejuízo de \$ 5.000 para o Réu o cenário muda. Neste cenário o réu, racionalmente, ofereceria ao autor um acordo no valor de \$ 2.000, que equivaleria ao risco do autor (- \$ 1.000) mais metade do valor excedente ($\$ 1.000 - \text{custo da ação} + \$ 5.000 - \text{risco de atrasos nas obras}$). Assim o valor seria de $-\$ 1.000 + 0,5 (\$ 6.000) = \$ 2.000$ ⁹⁷.

Recentemente, para evitar esse tipo de demanda o Congresso Americano aprovou a Lawsuit Abuse Reduction Act of 2013 (Ato pela redução do Abuso do uso de Ação Judicial), pelo qual se emendou o art. 11 das regras federais de processo civil, estabelecendo sanções para as partes que ajuízam ações frávolas e tornando

⁹⁴ WADE, John W. "On Frivolous Litigation: A Study of Tort Liability and Procedural Sanctions," *Hofstra Law Review*: Vol. 14: no. 3, Article 1, 1986, p. 457.

⁹⁵ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and economics* — 6a ed. Pearson, Boston: 2010, p. 430.

⁹⁶ Para a doutrina juseconomista os custos de transação são os custos totais associados a uma transação, executando-se o mínimo preço possível do produto. A análise de transações visa obter eficiência na gestão dessas transações ou, em outras palavras, visa à minimização dos custos de transação. As transações e os custos, em se recorrer ao mercado, são exatamente os principais determinantes da forma de organização das empresas produtoras de bens ou serviços. (COASE, R.H. *The Problem of social cost*. *Journal of Law and Economics*, 3, 1960)

⁹⁷ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and economics* — 6a ed. Pearson, Boston: 2010, p. 430.

os advogados co-responsáveis por esse tipo de conduta⁹⁸. A redação atual do referido dispositivo prescreve uma série de condutas e ampla discricionariedade para o juiz aplicar sanções se entender pela existência de uma demanda frívola⁹⁹.

No cenário brasileiro não se vislumbra uma regulamentação rigorosa e específica para esse tipo de demanda, muito menos se dá ao Juiz a liberdade para escolher ou aplicar o tipo de sanção que julgue mais indicado. O que se verifica é apenas uma “sinalização” em decisões judiciais, o que já seria extremamente útil para definir a frivolidade de determinada demanda.

A grande dificuldade que se impõe, portanto, seria como definir uma demanda frívola, isto é, como definir a demanda que tem pouca probabilidade de êxito, aquela que é ajuizada como uma espécie de loteria ou mesmo para prejudicar o direito substantivo da parte contrária? A análise dos precedentes e sua aplicação é o modo adequado de se averiguar a probabilidade de êxito de uma demanda.

Apesar de sermos um país que adotou o modelo “europeu-continental” de direito, no qual a jurisprudência é considerada uma fonte secundária do direito e não há um sistema de precedentes consolidado, no ano de 1993 o Legislativo aprovou a Emenda Constitucional nº 3, a qual dava efeito vinculante às decisões de mérito nas Ações declaratórias de Constitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰⁰. Esta foi a primeira de outras reformas que culminaram na previsão, em nosso ordenamento de diversos “mecanismos de objetivação” do processo.

O efeito vinculante tinha como objetivo uniformizar o Controle de Constitucionalidade, dando maior segurança jurídica aos jurisdicionados, pois evitava (em tese) decisões conflitantes com o entendimento do STF em instâncias inferiores. Implicaria, nesse jaez, que os Tribunais inferiores julguem de conformidade com o que foi decidido pelo STF, dificultando a possibilidade de

⁹⁸ Estados Unidos da América. Projeto de emenda a lei federal nº H.R. 2655. Disponível em <<https://www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/2655/text>>, acessado em 15 de dezembro de 2015.

⁹⁹ Dentre as condutas se observa o dever de não ajuizar ação com outros fins que não o direito perseguido (item 1), ou utilizar argumentos frívolos ou já rechaçados pelo Tribunal (item 2) e os fatos alegados devem ter algum suporte probatório e razoável possibilidade de investigações ou demonstrações de sua existência (itens 3 e 4). Quanto às sanções, estas podem ser estendidas aos advogados e às firmas de advogados, sendo que as moções para sua aplicação podem ser de iniciativa das partes ou do próprio tribunal.

¹⁰⁰ Art. 40. [...]

§ 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

tratamento desigual para situações semelhantes, provendo uniformidade, regularidade, segurança jurídica, eficiência e transparência nas decisões judiciais¹⁰¹.

Outros mecanismos foram sendo implementados na Legislação, ainda no âmbito constitucional foi aprovada a Emenda Constitucional nº 45/2004, que tratou da Repercussão Geral como requisito de admissibilidade dos Recursos Extraordinários junto ao STF¹⁰². No Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, houve, em 2008 a alteração no CPC (Lei nº 11.418/2008) no qual foi inserido o art. 543-C, que dispõe sobre os recursos repetitivos¹⁰³. Também se destacam no nosso ordenamento, como ferramentas de objetivação do processo os incidentes de uniformização de jurisprudência, previsto no art. 476, do CPC¹⁰⁴ e a sentença liminar de improcedência, prevista no art. 285-A¹⁰⁵, do CPC, introduzido pela Lei nº 11.277/2008.

¹⁰¹ VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. *O efeito vinculante como ferramenta do ativismo judicial do STF*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. v. 45. n.178.. abr./jun. 2008, p. 132.

¹⁰² § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros." (NR)

¹⁰³ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de **habeas corpus**.

¹⁰⁴ Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

¹⁰⁵ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

O que todas essas ferramentas tem em comum é a busca da racionalização de ações que nitidamente contrariam jurisprudência consolidada dos Juízos e Tribunais, as chamadas e amplamente conhecidas como “causas repetitivas” ou “demanda de massa”¹⁰⁶, que envolvem necessariamente litigantes habituais e inconsequentes, conforme será estatisticamente demonstrado no tópico seguinte.

Ocorre que essas medidas que visavam diminuir o número de processos nos Tribunais, de modo a permitir um julgamento conjunto de demandas com idêntico teor, a despeito de ter, de certo modo, diminuído a concentração de “causas repetitivas” nos tribunais superiores, não teve o condão de diminuir a quantidade de demandas submetidas ao Judiciário.

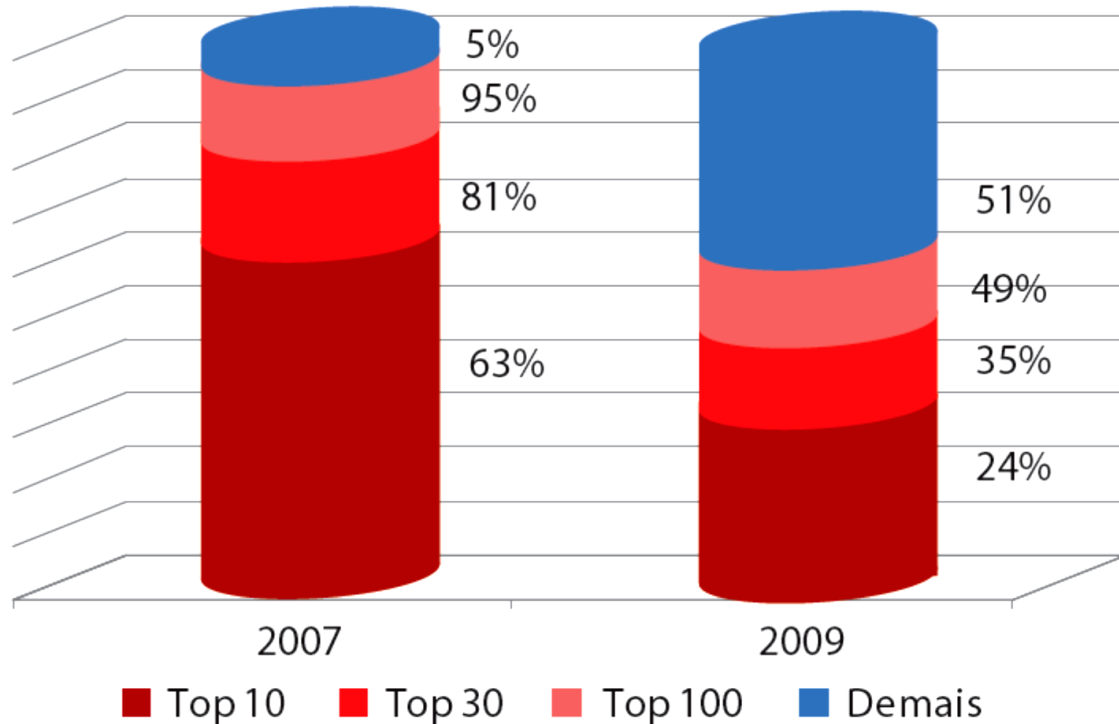
Após a implementação das medidas, o STF sofreu com uma pulverização dos litigantes, conforme se viu no Relatório “Supremo em Números”:

“Se em 2007 os 10 principais litigantes da corte impactavam 63% da sua pauta, em 2009 os 10 primeiros representavam apenas 24% dos processos autuados pelo tribunal. Se aumentarmos o universo dos principais litigantes, passando dos 10 primeiros para os 30 e, depois, para um top 100, percebemos comportamento semelhante, como revela a tabela abaixo, o que confirma a hipótese de pulverização”¹⁰⁷:

¹⁰⁶ Que se caracterizam como conflitos jurídicos que atingem, de forma massificada, grande quantidade de cidadãos, os quais buscam o judiciário para verem seus direitos tutelados, situação que tem como consequência um significativo número paralelo de causas que versam sobre o mesmo tema. (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *As Causas Repetitivas e a Necessidade de um Regime que lhe seja Próprio*. Ver. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 25, n. 2:235-368, jul/dez, 2009, p. 238.)

¹⁰⁷FALCÃO, Joaquim... [et al.] II Relatório Supremo em Números: O Supremo e a Federação. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2013, p. 59.

Gráfico 28
Pulverização dos Processos



Fonte: Relatório Supremo em Números, p. 59.

Nessa pesquisa revelou-se que, se em 2007, tramitaram perante o STF 44.129 Recursos Extraordinários, em 2009, este número caiu para 10.497, o que indica uma certa efetividade das reformas na diminuição de processos em trâmite perante a Corte mais elevada¹⁰⁸.

Esse mesmo relatório, todavia, conclui que, apesar da Repercussão Geral ter tido um impacto significativo na redução dos processos no STF, pode ter tido um efeito indesejado [negativo] nas instâncias inferiores¹⁰⁹. Com efeito, reprisando-se o afirmado na Introdução, calculou-se que somente no ano de 2011, 82,9 milhões de processos tramitaram no judiciário¹¹⁰. No ano de 2013, tramitaram no Judiciário Brasileiro 95,14 milhões de processo, sendo que cerca de 70% deles já estavam pendentes desde o início de 2013. Isto é, em todos os ramos do Poder Judiciário,

¹⁰⁸ FALCÃO, Joaquim... [et al.] II Relatório Supremo em Números: O Supremo e a Federação. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2013, p. 62-63.

¹⁰⁹ Idem ibidem, p. 59.

¹¹⁰ Panorama Justiça em números, p. 183.

em 2013 foram ajuizadas 28,3 milhões de novas ações¹¹¹. Em 2015 chegou-se à marca de 99,7 milhões de processos tramitando no Judiciário¹¹².

Apesar dessas reformas no judiciário não terem tido o impacto esperado, permitiram ao judiciário diagnosticar com a devida exatidão quais os seus maiores clientes e quais são suas principais demandas. Com isso, os próprios tribunais puderam classificar as demandas repetitivas e uniformizar o entendimento jurisprudencial a ser aplicado nas demandas de conteúdo idêntico.

Assim, vislumbra-se nesta dissertação uma grande oportunidade de utilizar tais ferramentas com outros fins que não os concebidos quando o legislador as instituiu. Essas ferramentas permitem, a partir do ajuizamento de uma ação judicial a verificação de sua frivolidade: ora se a tese jurídica defendida pelo Autor ou pelo Réu já foi exaustivamente discutida e rechaçada, seja por súmula vinculante, seja por repercussão geral, seja pela decisão de recursos repetitivos, não há qualquer viabilidade (ou mesmo utilidade) na pretensão ou resistência.

Assim, é possível, no nosso entender, considerar abusiva a conduta do litigante que: a) ajuíza ação ostentando tese jurídica nitidamente contrária a entendimento pacificado e uniforme da jurisprudência para caso idêntico ao seu, sendo que a responsabilidade pode ser atribuída ou ao menos compartilhada pelo advogado; b) que resiste a pretensão defendendo uma tese jurídica manifestamente contrária a entendimento pacificado e uniforme da jurisprudência para caso idêntico ao seu, e ainda que tenha consciência disso, interpõe toda sorte de recursos e impugnações visando perpetuar o processo. Em ambos os casos, deve se considerar a conduta do litigante abusiva, pois a demanda frívola viola os fins econômicos e sociais do processo, tendo em vista o impacto negativo na efetividade que essa demanda frívola irá acarretar na prestação jurisdicional.

Assim, tem-se que as ferramentas de objetivação do processo podem ser utilizadas para identificar, desde o nascedouro da ação, a ocorrência ou não de frivolidade, permitindo que o magistrado possa alertar as partes quanto à possibilidade de estarem abusando do direito de acesso à Justiça. Importante agora

¹¹¹ Justiça em números 2014: ano-base 2013/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2014, p. 34.

¹¹² Idem, ibidem, p. 34.

é identificar os principais atores, com base nas estatísticas pesquisadas, que abusam com mais frequência do direito de acesso à Justiça.

II – A IDENTIFICAÇÃO DOS LITIGANTES QUE ABUSAM DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA DE FORMA CONSCIENTE COM O OBJETIVO DE OBTER VANTAGEM ECONÔMICA.

Identificados os elementos e características das atividades que podem ser consideradas como abusivas em relação ao direito de acesso à justiça e afastada sua confusão em relação ao Acesso ao Judiciário e ao Direito de Petição, passa-se agora a dissertar sobre os principais atores que acessam o judiciário (baseado em dados numéricos estatísticos) e seu uso abusivo deste direito fundamental.

2.1 O abuso do direito de acesso à justiça pela litigância habitual

O primeiro deles, para os quais é dedicado o estudo deste tópico, é a figura dos “litigantes habituais”, “frequentes” ou “*repeat players*”, como conhecidos na terminologia norte americana¹¹³.

No presente caso, a advertência metodológica que se faz é que o critério para se classificar o litigante como habitual se constitui exclusivamente pelo número de encontros que o mesmo possui com o Judiciário¹¹⁴, de sorte que essa distinção é feita numa base comparativa em relação aos litigantes que possuem poucos contatos com o judiciário, sendo que os litigantes habituais, por motivos óbvios, tem experiência judicial muita mais extensa e desenvolvida. A grande vantagem verificada é que litigante frequente, via de regra, trabalha em economia de escala em sua relação com a Justiça Estatal, possuem departamento jurídico, contratando advocacia de partido¹¹⁵, de sorte que o custo individual das demandas se mostra praticamente desprezível em seu orçamento. Essa constatação, inclusive é realizada no tópico seguinte a partir da análise da divulgação dos balanços financeiro-contábeis de alguns dos grandes litigantes do país.

¹¹³ Cf. EPP, Charles R. Implementing the rights revolution: repeat players and the interpretation of diffuse legal messages. LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS. [Vol. 71:41], Spring 2008, GALANTER, Marc, Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, 9 L. & SOC’Y REV. 95, 124 (1994), Harris, Catherine T.; Peebles, Ralph; and Metzloff, Thomas B. (2008) "Does Being a Repeat Player Make a Difference? The Impact of Attorney Experience and Case-Picking on the Outcome of Medical Malpractice Lawsuits," Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics: Vol. 8: Iss. 2, Article 1. e MCGUIRE, Kevin T. Repeat Players in the Supreme Court: The Role of Experienced Lawyers in Litigation Success. *The Journal of Politics*. Vol. 57, No. 1 (Feb., 1995), pp. 187-196

¹¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 11.

¹¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo, RT, 2011 p. 120-121.

Além disso, se constata que o ligante habitual tem a prerrogativa de planejar a estrutura organizacional bem como as relações contratuais com outras partes visando facilitar sua defesa numa eventual (e muitas vezes provável) contenda. Contam com outras vantagens como a contratação de especialistas, a construção de relações informais com os membros do judiciário, arriscam diferentes teses jurídicas, tentam influenciar o conteúdo e a interpretação das leis de modo mais favorável a si¹¹⁶, enfim, tomam uma série de ações com o nítido objetivo de diminuir os custos das transações relacionadas a ações judiciais. Essa estrutura, repita-se, permite que haja uma institucionalização da prática de ilegalidades, sendo que o percentual (hipoteticamente baixo) de ações movidas contra essas condutas ilegais, o baixo custo do litígio e a instabilidade jurisprudencial terminam por não afetar o orçamento da empresa.

No entanto, sobre essas vantagens, falaremos mais especificamente adiante. O que importa identificar nesse primeiro momento é quem seriam esses litigantes habituais.

Como dito anteriormente, a partir do início desta década o próprio poder judiciário, se vendo sufocado com a quantidade excessiva de demandas e a baixa efetividade dos processos a ele submetidas, começou a fazer levantamentos de dados com o fito de identificar os maiores litigantes do país.

O primeiro relatório que julga-se necessário trazer para a discussão é o Relatório do Conselho Nacional de Justiça alcunhado “Os 100 maiores litigantes”, elaborado em março de 2011, que já identificava os maiores litigantes como sendo o Estado (em todos os seus entes diretos e indiretos), empresas prestadoras de serviços públicos (incluindo empresas estatais), além dos Bancos e Instituições Financeiras.

A tabela abaixo reproduzida corrobora o acima afirmado¹¹⁷:

¹¹⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. *Da microeconomia à microssociologia*. Revista Justiça para Democracia. Jan/jun 1996, p. 78-79

¹¹⁷ CNJ, os 100 maiores litigantes, p. 14.

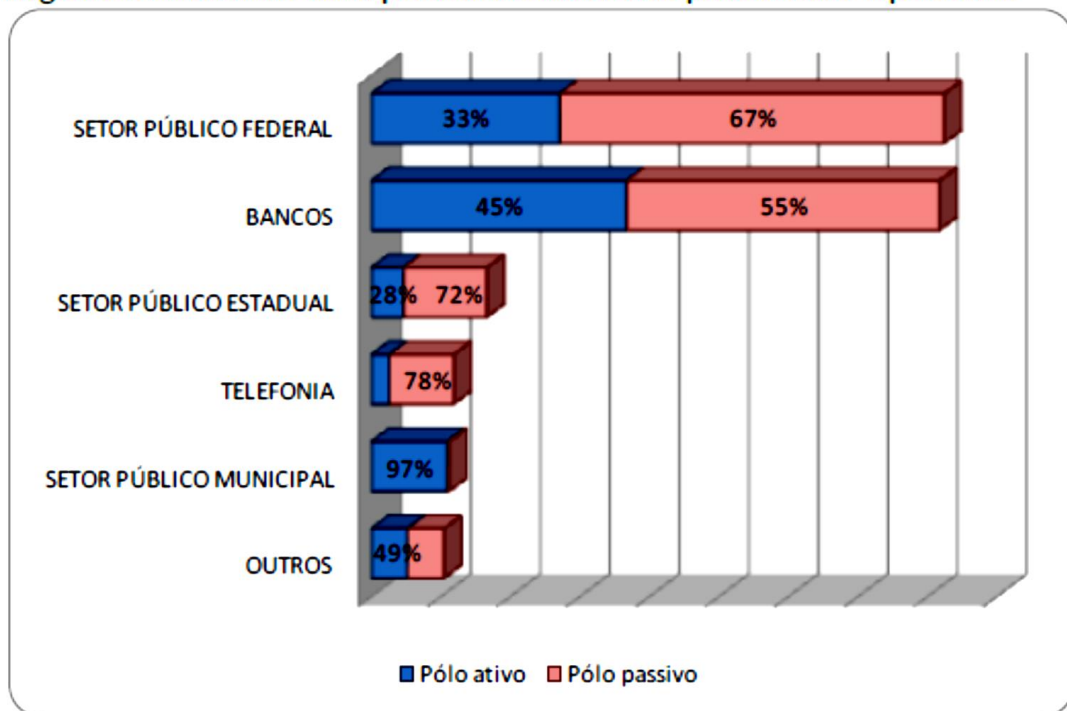
Tabela 2 - Listagem dos cinco maiores setores por Justiça contendo o percentual de processos em relação aos 100 maiores litigantes da Justiça.

Rank	100 maiores Litigantes por Setor e Justiça							
	Nacional		Federal		Trabalho		Estadual	
1	SETOR PÚBLICO FEDERAL	38%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	77%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	27%	BANCOS	54%
2	BANCOS	38%	BANCOS	19%	BANCOS	21%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	14%
3	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	8%	CONSELHOS PROFISSIONAIS	2%	INDÚSTRIA	19%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	10%
4	TELEFONIA	6%	EDUCAÇÃO	1%	TELEFONIA	7%	TELEFONIA	10%
5	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	5%	SERVIÇOS	1%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	7%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	7%

Fonte: Departamento de Pesquisa Judiciárias/ CNJ.

Outro dado que se reputa extremamente importante colacionar é se os grandes litigantes se situam no polo ativo ou passivo das demandas:

Gráfico 2 – Quantitativo do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais com percentual entre os pólos ativo e passivo.



Fonte: Os 100 maiores litigantes, CNJ, p. 15.

Observando-se o gráfico acima reproduzido se percebe que os maiores litigantes, de um modo geral, se situam muito mais comumente no polo passivo do que no polo ativo, o que por si só gera a conclusão de que os litigantes habituais mais descumprem direitos alheios do que tem seus direitos descumpridos por terceiros.

Relatórios elaborados após esse paradigma, como por exemplo o alcunhado de “Supremo em Números” atesta que na mais elevada Corte do Brasil também sofre com a elevada repetição de litigantes.

ID	PARTE	PROCES- SOS	% DE PROCES- SOS	% ACU- MULADO DE PRO- CESSOS	PROCES- SOS NO POLO ATIVO	TAXA DE LITI- GÂNCIA ATIVA	TAXA MÍNIMA DE DERRO- TAS NO POLO ATIVO
1	Caixa Econômica Federal (CEF)	211.420	18,87%	18,87%	206.675	97,76%	53,11%
2	União	184.629	16,48%	35,34%	126.677	68,61%	52,86%
3	Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)	166.653	14,87%	50,21%	125.351	75,22%	43,55%
4	Estado de São Paulo	47.771	4,26%	54,48%	22.983	48,11%	57,87%
5	Banco Central do Brasil	26.429	2,36%	56,84%	24.984	94,53%	62,74%
6	Estado do Rio Grande do Sul	23.432	2,09%	58,93%	13.329	56,88%	58,02%
7	Município de São Paulo	22.391	2,00%	60,93%	16.438	73,41%	62,47%
8	Telemar Norte Leste S/A	14.765	1,32%	62,24%	14.143	95,79%	61,46%
9	Banco do Brasil S/A	12.579	1,12%	63,37%	8.650	68,77%	50,43%
10	Estado de Minas Gerais	12.428	1,11%	64,47%	6.723	54,10%	46,76%
11	Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul (Ipergs)	10.724	0,96%	65,43%	3.486	32,51%	55,82%
12	Distrito Federal	10.366	0,93%	66,36%	5.686	54,84%	65,81%

Fonte: Primeiro Relatório do Supremo em Números, p. 69.

Importante mencionar que no próprio relatório do Supremo em números algumas conclusões denotam que os litigantes não somente se repetem, como também na maior parte dos casos tem seus recursos improvidos ou sequer os mesmos são conhecidos o que indica que o acesso ao Tribunal Superior por esses litigantes habituais se mostra frívolo e, portanto abusivo, vejamos:

“Também é importante observar que a taxa de litigância ativa (quando eles [maiores litigantes] impetram(SIC!) recursos) dos 10 maiores litigantes é sempre maior do que 50%, salvo no caso do estado de São Paulo.

Por fim, a taxa mínima de derrota no polo passivo também é elucidativa. Em sua maioria, os recursos são improvidos.

A conclusão a que se chega é clara: os processos recursais dominam o STF com larga vantagem – representam quase 92% dos casos -, mas são de responsabilidade de pouquíssimos atores – apenas 10 partes respondem por quase 65% desses processos. E, desses 10 maiores litigantes, nove são diretamente ligados ao Poder Executivo”¹¹⁸.

Diante desse quadro não há qualquer dificuldade em se concluir que os grandes litigantes se utilizam de forma frívola do judiciário, ou seja, que abusam do direito de litigar. Esses grandes litigantes realizam estudos econômicos e chegam à conclusão de que ter essa quantidade de processos movimentados é mais vantajoso do que cumprir direitos. Um exemplo clássico dessa afirmação se verificou no caso Grimshaw x Ford, no qual o autor conseguiu obter um *memorandum* interno da ré que descrevia os custos de um *recall* e a estimativa de custos com a reparação de prejuízos causados pelo defeito na fabricação do veículo, chegando à conclusão de que seria mais financeiramente vantajoso pagar as indenizações do que convocar um *recall*¹¹⁹. O Bradesco, por exemplo, apesar de ser o maior litigante privado do país¹²⁰, em seu relatório anual financeiro apresentado aos seus investidores (ou possíveis investidores) afirma textualmente que as demandas, sejam as trabalhistas, sejam as consumeristas, não tem o condão de afetar significativamente suas finanças¹²¹. No âmbito tributário, pesquisas¹²² demonstram que é muito mais vantajoso postergar judicialmente o pagamento de tributos do que buscar o sistema financeiro privado para quitá-los, o que implica na conclusão de que a sonegação e a litigância tributária seriam formas de financiamento mais vantajosas, ainda que ilegais. Esses três exemplos ilustram como a institucionalização de ilegalidades está relacionada à litigância frívola e, conseqüentemente, à crise numérica do judiciário.

¹¹⁸ FALCÃO, Joaquim... [et al.]. *I Relatório Supremo em Números: o Múltiplo Supremo* - Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2011, p. 69-70.

¹¹⁹ Estados Unidos da América. Corte de Apelação da Califórnia. Grimshaw x Ford Motor CO. Case 119 CA3d 757, 1981.

¹²⁰ Conforme visto no relatório “Os 100 maiores litigantes do país”, CNJ, 2011, p. 69.

¹²¹ DFP, Bradesco, 2013, p. 76.

¹²² PLUTARCO, Hugo Mendes. *A sonegação e a litigância Tributária como forma de financiamento*. *Economic Analysis of Law Review*, V. 3, nº 1, p. 122-147, Jan-Jun, 2012

A pergunta que se mostra pertinente é a seguinte: Não estariam esses grandes litigantes transferindo ao Judiciário (e por via de consequência ao contribuinte) os custos dessas ilegalidades? Se ficar comprovado que à parte é mais vantajoso, sob o ponto de vista econômico, litigar contra alguns do que cumprir o direito de todos, obviamente ela fará a escolha racional de litigar, sobretudo porque os estímulos à não-litigância se mostram aparentemente ineficazes.

Numa pesquisa realizada no Rio de Janeiro observou-se que grandes empresas fornecedoras de produtos e serviços integram o polo passivo de parcela significativa dos feitos em tramitação no Judiciário brasileiro. Segundo dados do Tribunal de Justiça, as cinco empresas mais acionadas em 2009, no Estado do Rio de Janeiro (bancos e concessionárias de serviços públicos) tiveram, em um ano, mais de 120 mil ações contra elas propostas somente nos juizados especiais cíveis (de apenas um dos estados da Federação)¹²³.

Em pesquisa concomitante, esta por sua vez realizada no Juizado Especial em Telecomunicação de Belo Horizonte, durante o ano de 2011, se constatou que as ações judiciais movidas contra empresas prestadoras de serviços públicos se referem a falhas na prestação e também na cobrança do serviço de telefonia. E nesse contexto, apesar dos juizados terem sido criados com a finalidade de permitir maior acesso à justiça, na realidade, tem ocorrido o que se denomina de “Excesso de Acesso¹²⁴”. Isso ocorre muito em razão do uso dado pelos litigantes habituais ao Judiciário, como sendo uma possibilidade de postergação e dilação do cumprimento da lei ou do contrato, em verdadeira prática abusiva a justificar um olhar mais acurado sobre o problema que se apresenta como verdadeiramente estrutural¹²⁵.

No capítulo seguinte, demonstrar-se-á quais as grandes vantagens de se litigar nesses casos, tendo em vista que, numa primeira análise não haveria vantagem alguma em ser demandado judicialmente, todavia numa análise mais

¹²³ TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, o. 23-35, 2011, p. 9.

¹²⁴ Segundo a Autora, a expressão “Excesso de Acesso à Justiça” é utilizada pela doutrina contemporânea para indicar a litigância habitual junto ao Judiciário, ocorrendo o congestionamento do sistema judicial com processos muitas vezes idênticos e em larga escala. ORSINI Adriana Goulart de Sena, e RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. *A Litigância Habitual nos Juizados Especiais em Telecomunicações: A Questão do “Excesso de Acesso à Justiça*. XXI Congresso Nacional do Conpedi/Universidade Federal Fluminense, anais p. 142/170, Niterói, 2012.

¹²⁵ ORSINI Adriana Goulart de Sena, e RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. *A Litigância Habitual nos Juizados Especiais em Telecomunicações: A Questão do “Excesso de Acesso à Justiça*. XXI Congresso Nacional do Conpedi/Universidade Federal Fluminense, anais p. 142/170, Niterói, 2012. p. 3.

acurada perceberemos que litigância habitual é um comportamento racional dos agentes que desse expediente se utilizam.

2.2 O abuso do direito de acesso à justiça pela litigância inconsequente

Ao lado do litigante habitual, também se vislumbra a figura do litigante inconsequente, aquele que ingressa na justiça beneficiado pela gratuidade, sem arcar com nenhum custo processual.

Inicialmente é de bom alvitre ressaltar que a dissertação não tem como objetivo fechar as barreiras para o acesso já exíguo das pessoas carentes de recursos ao Judiciário. O objetivo da discussão em relação a esse tópico é identificar, no âmbito dos litigantes inconsequentes quais deles ajuízam demandas frívolas, isto é, aquelas que possuem pouquíssima (ou nula) chance de êxito, sendo que para a referida identificação utilizamos as ferramentas de objetivação do processo tal qual proposto no item 1.3 deste trabalho.

Há uma pesquisa que já identificou que a litigância frívola decorrente do baixo ou inexistente risco em litigar atingem níveis alarmantes, podendo ser comparados a uma pandemia¹²⁶. Portanto, não é uma circunstância que se possa ignorar quando se estuda a crise numérica do judiciário.

O novo Código de Processo civil que entrará em vigência no ano de 2016, e foi aprovado recentemente pela Lei Federal nº 13.105/2015, já tratou com um maior nível de detalhamento a concessão de gratuidade de justiça e, conseqüentemente, a isenção de custas processuais a pessoas que não dispõem de condições de arcar com as despesas do processo sem o comprometimento de seu sustento e de sua família, muito embora sem grandes novidades. No regime da Lei nº 1.050/60, ao jurisdicionado que buscava o benefício bastava, mediante simples afirmação¹²⁷ na própria petição inicial declarar não estar em condições de pagar as custas do processo¹²⁸, sendo que tal declaração se presume verossímil até prova em

¹²⁶ TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, o. 23-35, 2011, p. 39

¹²⁷ Essa disposição legal foi alterada em 1986, pela Lei nº 7.510.

¹²⁸ Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

contrário¹²⁹. O assistido que deixasse de possuir a condição de hipossuficiência ficava obrigado ao pagamento das custas, sendo que tal obrigação prescreveria em 5 (cinco) anos¹³⁰. O juiz poderia, acaso não possuísse fundadas razões para indeferir o pedido, julgá-lo de plano.

Pelo novo Código de Processo Civil, o juiz tem a autonomia de deferir ou não a gratuidade, determinando que a parte comprove sua hipossuficiência se entender que os elementos dos autos indicam o sentido contrário¹³¹. No mais, as demais disposições praticamente foram mantidas, sendo que uma grande novidade é a concessão parcial da gratuidade para alguns atos, ou o pagamento proporcional das custas, de acordo com as condições financeiras do litigante, conforme se depreende da redação do art. 98, §5º. No entanto, somente a simples decisão no sentido de não-conceder a gratuidade de justiça talvez não seja suficiente para responder à problemática desta dissertação.

A verdade é que a própria Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXXIV¹³², prevê a concessão de assistência jurídica integral e gratuita aos financeiramente desprivilegiados.

Toda essa facilitação, sobretudo no que se refere à presunção de veracidade da declaração de “pobreza”, faz com que muitos litigantes que desejam ingressar no judiciário sem os riscos de arcar com ônus financeiros atinentes à sucumbência e custas processuais, façam tal afirmação sem realmente gozarem de tal benefício.

Segundo pesquisas realizadas, nas justiças estaduais, é bem mais comum se exigir do jurisdicionado comprovação documental (tais como cópias de contracheque, declaração de imposto de renda) da hipossuficiência do requerente, sendo que o pedido, muitas vezes é indeferido de antemão em caso de não comprovação. Por outro lado, na Justiça Federal, é muito comum que não se faça

¹²⁹ § 1º. Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

¹³⁰ Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.

¹³¹ § 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

¹³² Art. 5º. Inciso LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos

qualquer verificação, motivo que enseja um percentual bem mais elevado de processos em que a gratuidade é concedida¹³³.

O responsável por essa pesquisa assumidamente embrionária, o Juiz Federal Fabio Tenenblat, revelou que seu objetivo era o de quantificar a litigância inconsequente no âmbito da justiça federal, de modo que foram analisadas 2.000 sentenças proferidas por três varas federais cíveis do Rio de Janeiro, entre março e outubro do ano de 2008¹³⁴. Com relação à gratuidade chegou-se à conclusão que 62,71% das ações ajuizadas tiveram a gratuidade concedida, isto significa que, em apenas 37,29%¹³⁵ dos casos o sujeito ativo teve que arcar com custas judiciais e se submeteram ao risco de pagarem honorários de sucumbência em caso de julgamento improcedente de seus pedidos.

Uma primeira observação que o autor da pesquisa julgou relevante fazer é que boa parte dos atores que se beneficiaram da gratuidade de justiça, ao contrário do que declararam, poderiam arcar com as despesas processuais, tendo em vista que são a maioria os processos propostos na Justiça Federal por servidores públicos, civis, oficiais das Forças Armadas, contribuintes do imposto de renda, titulares de aplicações financeiras, os quais certamente não se enquadrariam (em sua maioria) no conceito de hipossuficiente financeiro¹³⁶.

O que se mostra mais grave, em adição ao antes informado é que há uma gigantesca queda no percentual de sentenças de procedência total quando o autor é beneficiário da gratuidade de justiça. Enquanto as pessoas físicas que não gozam de gratuidade (no universo considerado) são contemplados com um percentual de 23,02% de sentenças totalmente procedentes, os que gozam do benefício atingem

¹³³ TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, o. 23-35, 2011, p. 6.

¹³⁴ Neste estudo foram apenas relacionadas sentenças proferidas em mandados de segurança, ações de rito ordinário e sumário e ações cautelares que tinham como partes pessoas particulares físicas ou jurídicas (sujeito ativo) e o Poder Público (sujeito passiva), tendo sido consideradas o total de 1533 sentenças, que foram classificadas quanto ao tipo de parte, rito, concessão ou não do pedido de gratuidade e procedência (parcial ou total) ou não do mérito. TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, o. 23-35, 2011, p. 31.

¹³⁵ TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, o. 23-35, 2011, p. 31/32.

¹³⁶ Importa rememorar que o hipossuficiente financeiro é aquele que não dispõe de condições financeiras de arcar com as despesas processuais e de eventual sucumbência, sem prejuízo de seu sustento e de sua família, conforme prescreve o art. 2º, parágrafo único da Lei nº 1.060/50, que prevê: "Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família".

apenas 11,34% de procedência, isto é, pouco menos que a metade dos anteriormente considerados. O quadro a seguir, retirado da pesquisa realizada por Tenenblat bem elucida o exposto:

Número e percentual de sentenças em ações de pessoas físicas com e sem gratuidade de justiça e de pessoas jurídicas por resultado

	Procedência	Procedência parcial	Improcedência	Sem mérito	Totais (100%)
Pessoa jurídica	76 (24,51%)	74 (23,87%)	92 (29,67%)	68 (21,94%)	310
Pessoa física sem gratuidade	105 (23,02%)	116 (25,44%)	161 (35,31%)	74 (16,23%)	456
Pessoa física com gratuidade	87 (11,34%)	143 (18,64%)	358 (46,68%)	179 (23,33%)	767

Fonte: TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, o. 23-35, 2011, p. 32.

A pesquisa revela que a pessoa física portadora da gratuidade não atinge seus objetivos processuais em 70,01% dos casos, isto é, na maior parte dos casos a existem, ao menos, um pedido que é julgado improcedente. Isto revela um elevado índice de frivolidade e inconsistência das ações propostas por jurisdicionados que gozam desse benefício.

Importa alertar, neste ponto, que grande parte das ações ajuizadas perante a Justiça Federal (universo considerado na pesquisa) possui situações repetitivas, isto é condições fáticas idênticas a outras ações ajuizadas por diferentes requerentes, com pedidos e causas de pedir idênticos aos já apreciados pelo magistrado ou mesmo pelos Tribunais situados em posição hierárquica superior¹³⁷.

Os instrumentos de objetivação de processos sobre os quais já falamos em mais detalhe no tópico 1.4, que visam, justamente pacificar questões de direito discutidas em demandas repetitivas, apesar de, em tese, pacificarem a questão de

¹³⁷ TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, o. 23-35, 2011, p. 33.

direito, não seriam suficientes, segundo a pesquisa a qual nos referimos, para evitar que as ações (em tese pacificadas no sentido de improcedência) deixassem de ser ajuizadas. Por exemplo, em relação aos três temas pacificados com o maior número de processos na Justiça Federal em 2008: a) Restituição do FGTS dos contribuintes (tendo em vista a ocorrência de expurgos e juros progressivos); b) expurgos de poupança e cruzados novos bloqueados; c) índice de 28,86% devido a militares e servidores civis. Apenas esses três assuntos somados representaram 35,15% das sentenças prolatadas em ações ordinárias, cautelares, sumárias¹³⁸.

Segundo Tenenblat, se não houvesse apostas gratuitas e outras formas de abusividade, o índice de procedência desses processos em que não existe controvérsia jurídica deveria se aproximar 100%, já que apenas os jurisdicionados que fizessem jus aos direitos anteriormente reconhecidos pelo Poder Judiciário e até pela Administração acessariam o Judiciário. Não foi este, entretanto, o resultado encontrado¹³⁹. Mais uma vez a reprodução da tabela referenciada na pesquisa se faz salutar neste tópico:

Número e percentual de sentenças em ações de pessoas físicas repetitivas e não repetitivas por resultado

	Procedência	Procedência parcial	Improcedência	Sem mérito	Totais (100%)
Repetitivas	49 (13,54%)	88 (24,31%)	155 (42,82%)	70 (19,34%)	362
Não repetitivas	72 (10,78%)	157 (23,50%)	301 (45,06%)	138 (20,66%)	668
Total	121 (11,75%)	245 (23,79%)	456 (44,27%)	208 (20,19%)	1.030

Fonte: TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, o. 23-35, 2011, p. 32.

Observe-se que, mesmo com a questão jurídica pacificada pelos Tribunais superiores, o índice de ações que não trazem benefício algum ao autor chega a 62,16%¹⁴⁰. A única conclusão passível analisando-se esses dados é que a desinformação, somada à ausência de risco contribuem para a existência de ações

¹³⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Justiça em números: série histórica: todos os ramos (2004 - 2008)*. Brasília: CNJ, 2009.

¹³⁹ TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, o. 23-35, 2011, p. 33.

¹⁴⁰ Idem ibidem, p. 33.

frívolas, inconsistentes e inúteis, ações estas que talvez não existissem se a gratuidade de justiça fosse repensada.

Nesse sentido podemos considerar que essa parcela de litigantes estão utilizando a sua prerrogativa de isenção de custos de forma frívola (os custos da ação se mostram muito maiores que o proveito econômico a ser obtido levando-se em consideração a probabilidade de êxito total da demanda) e, portanto, tais ações se configuram como abusivas ao direito de acesso à Justiça.

Apesar de a gratuidade estar expressamente prevista no art. 5º, inciso LXXIV da Constituição, seu uso abusivo, isto é, de forma incompatível com os fins econômicos e sociais do próprio instituto, conforme prescrito no art. 187 do Código Civil, não deve ser estimulado, pois o ajuizamento de ações frívolas contribui para o agravamento da crise numérica do judiciário, prejudica a toda a sociedade. Configurado o abuso, há uma nítida necessidade de harmonização da interpretação do princípio da gratuidade com os princípios da Eficiência¹⁴¹ e Efetividade da prestação jurisdicional¹⁴², ambos previstos em nossa Carta Maior, mediante um simples e direto juízo de ponderação.

Essas conclusões são compatíveis com as pesquisas levadas a cabo por Rachlinski¹⁴³, que critica as conclusões de estudiosos que entendem que todo litigante age racionalmente visando a maximização de sua riqueza. Contudo, a racionalidade do litigante que pondera os riscos e benefícios visando obter a máxima efetividade nas suas ações muitas vezes não se aplica na prática, como apontou sua pesquisa. Muitas vezes o litigante é desinformado acerca do custo/benefício de se adotar determinado comportamento, ou mesmo quer fazer valer o seu direito de ter seu dia na Corte, ou tem interesses outros que não essencialmente econômicos.

No caso do litigante que é beneficiário da gratuidade, todavia, a existência de risco zero, isto é, de que não há qualquer possibilidade de prejuízos de qualquer ordem ao jurisdicionado, permite que o mesmo ajuíze a ação, muitas vezes

¹⁴¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

¹⁴² Art. 5º, LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹⁴³ RACHLINSKI, J. J. Gains, losses, and the psychology of litigation. *Southern California Law Review*, California, v. 70, n. 1, p. 113-185, 1996.

incentivado pelo advogado que lhe passa uma informação equivocada, ainda que ela seja completamente improcedente, inútil e frívola. Ou seja, nesse caso específico, não há nem sequer a necessidade de se ponderar acerca da viabilidade ou não do direito.

A conclusão a que podemos chegar no presente tópico é que, apesar de se reconhecer que as custas judiciais são uma importante barreira que deve ser combatida com o intuito de permitir aos hipossuficientes o acesso à justiça, muitos litigantes que não fariam jus a esse benefício o utilizam com o fito de “loterizar” sua demanda, independentemente da possibilidade de êxito. Tal conduta, no nosso entender, caracteriza o abuso do direito, que deve ser combatido através de mecanismos que afastem a ausência de riscos desses litigantes frívolos.

Essa conclusão foi compartilhada por Marcellino Júnior em sua tese de doutorado, quando o mesmo entende que existe uma parcela da demanda judicial, e que representa muito em termos de volume, de ações propostas com perfil frívolo. Nesse diapasão Defende que nesses casos, de baixa probabilidade de êxito em demandas, há flagrante abuso de direito de ação¹⁴⁴. Essa afirmação se coaduna perfeitamente com as condições que estabelecemos no capítulo I deste trabalho para a definição de abuso do direito.

Assim, analisado de forma empírica o papel dos litigantes beneficiados pela gratuidade de justiça, há de se analisar o principal ator que, nessa pesquisa, contribui para a crise numérica do judiciário, qual seja, o Estado.

2.3 O uso abusivo do Poder Judiciário pelo Estado: efeito multiplicador

Conforme visto no tópico anterior, o Estado, em todas as suas esferas, figura sempre e sem exceção, como o maior litigante do Brasil. As estatísticas demonstram que, seja no polo ativo, seja no polo passivo não há diferença, o Estado é o maior usuário do Poder Judiciário brasileiro.

¹⁴⁴ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. *O Direito de Acesso à Justiça e a Análise Econômica da Litigância: A maximização do acesso pela busca da efetividade*. Tese Submetida ao Curso de Doutorado da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014, p. 194.

As causas desse quadro podem ser discutidas separadamente, isto é: quais são as causas de o Estado ser demandado e; porque o Estado demanda tanto?

A segunda pergunta, de certa forma, é fácil de se responder, tendo em vista que o Estado se vê obrigado, por força de lei, a se utilizar de tão somente uma forma de ação para executar as dívidas, seja de pessoas físicas, seja de pessoas jurídicas, que se dá através da execução fiscal, prevista na Lei nº 6.830/1980¹⁴⁵.

O que interessa neste capítulo, portanto, é explicar porque o Estado é tão demandado.

A natural pergunta que deve ser respondida de antemão no caso em tela é se o Estado, a exemplo de grandes prestadoras e concessionárias de serviço público, é muito exigido Judicialmente porque descumpre institucionalmente os direitos de seus cidadãos? É que o Estado é demandado com tamanha frequência por dois fatores que atuam em conjunto: a) O Estado, sim, descumpre institucionalmente de seus cidadãos e b) as decisões judiciais contra o Estado possuem um efeito multiplicador.

De antemão, entretanto, não se pode presumir o descumprimento institucionalizado de direitos pelo Estado, tendo em vista que, na nossa forma de organização estatal, o princípio da legalidade norteia todos os atos estatais e seus entes diretos ou indiretos¹⁴⁶.

Inclusive, é de se referir que o Supremo Tribunal Federal tem pacífica jurisprudência corroborando essa afirmação. Meramente a título exemplificativo, se mostra salutar a reprodução do trecho do seguinte aresto:

Diferentemente da esfera do direito privado – em que as relações são regidas pelo princípio da não contradição à lei, podendo o particular fazer tudo o que não lhe é vedado pelo ordenamento jurídico -, as relações estabelecidas pelo Poder Público devem estar, necessariamente, subordinadas ao direito positivado, somente sendo legítimo fazer o que expressamente previsto na legislação. Disso decorre a presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos. Isto é: pressupõe-se que os atos do Poder Público foram praticados em consonância com normas legais e os princípios que regem a Administração Pública. É certo, entretanto, que essa presunção não é absoluta, mas antes, *juris tantum*,

¹⁴⁵ A eficiência desse mecanismos, todavia, não será objeto de estudos em função da limitação sugerida pela banca de qualificação.

¹⁴⁶ Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: CF/1988.

abrindo a possibilidade de ser afastada na análise do caso concreto. Nas palavras de Fernanda Marinela: “(...) Todo ato administrativo é presumidamente legal (obediência à lei), legítimo (obediência às regras da moral) e verdadeiro (correspondente com a verdade), até que se prove o contrário. Trata-se de presunção relativa, do latim, presunção juris tantum, admitindo-se prova em contrário, cabendo o ônus probatório a quem aponta a ilegitimidade (...)”. (MARINELA, Fernanda, *Direito Administrativo*, 6ª edição, Niterói: Impetus, 2012)¹⁴⁷.

Nesse contexto, tendo em vista que nosso problema central diz respeito ao excesso de acesso ao Judiciário, até mesmo por entendimento doutrinário e jurisprudencial não se pode partir da mesma premissa que observamos em relação a outros grandes litigantes, qual seja, o descumprimento institucionalizado de direitos com o fito de diminuição de custos, conclusão esta a que se chegou no tópico 2.2.

No entanto, a pesquisa revelou que a doutrina há muitos anos constatou que o Estado age de forma intencionalmente ilegal. Essa situação se vislumbra com a chamada “inconstitucionalidade útil”, fenômeno que ganhou notoriedade quando o Ministro Octávio Gallotti fez um discurso na sua posse junto ao STF:

[S]ão atos deliberadamente inconstitucionais, praticados com finalidades corporativas ou pelo desejo de governadores que querem consertar as finanças de seus Estados. Eles praticam esses atos torcendo pelos efeitos que eles produzem até serem corrigidos¹⁴⁸.

Isso ocorre em virtude de a Lei nº 9.868/1999 prever em seu art. 27 a possibilidade de o STF “restringir os efeitos” da declaração de inconstitucionalidade, podendo, inclusive, fazer com que a mesma só venha a ter eficácia após o trânsito em julgado da ação¹⁴⁹. Ou seja, o Poder Executivo aproveitando-se das relações informais que possuem junto ao Poder Judiciário (diante da quantidade de demandas), age de forma deliberadamente ilegal esperando que a morosidade do Judiciário venha a lhe dar algum benefício econômico. O Ministro Sepúlveda Pertence quando era Procurador-Geral da República narrou uma situação de como essa prática ilegal pode ser financeiramente rentável:

¹⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal - Rcl: 13278 MG , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 28/06/2012, Data de Publicação: DJe-150 DIVULG 31/07/2012 PUBLIC 01/08/2012.

¹⁴⁸ TROIANELLI, Gabriel Lacerda. O princípio da moralidade no direito tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.) O princípio da moralidade no direito tributário. 2 ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 212.

¹⁴⁹ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

[...] certa vez fui consultado por técnicos de determinado setor governamental sobre uma proposta de decreto-lei. Lembro-me ter dito: este decreto-lei não passa pelo primeiro juiz de plantão: a inconstitucionalidade é bradante. A resposta foi mais ou menos assim: - quem somos nós, Dr. Procurador, para discutir questão de inconstitucionalidade com V. Exa? Mas veja V. Exa o que está ocorrendo com a questão constitucional "X": há quatro anos a União não teve sequer uma sentença, de qualquer instância, a seu favor; no entanto – dizia-me o técnico -, a arrecadação real está por volta de 85% do previsto, porque a grande maioria não vai a júízo¹⁵⁰.

Segundo pesquisa realizada por IBGE em 2009, 18,4% das pessoas entrevistadas que vivenciaram conflitos na área tributária e previdenciária não procuraram o judiciário¹⁵¹, número que demonstra a eficiência da ilegalidade institucionalizada.

Isto significa que, apesar de o Estado estar submetido ao princípio da legalidade, este fato não lhe impede de editar, seja por meio do Poder Judiciário, seja por meio do Legislativo, leis e decretos inconstitucionais visando obter resultados mais eficazes, subestimando mandamentos constitucionais e amparado na certeza da morosidade judicial¹⁵². Esse modo de agir inconstitucional não é a única estratégia do Estado considerada ilegal. No âmbito processual é comum se observar que o Estado age de forma a procrastinar o cumprimento de uma obrigação chegando, inclusive, a ser condenado por litigância de má-fé.

Exemplo do afirmado se verifica na decisão proferida pela Segunda Turma do Tribunal Regional da 5ª Região ao analisar processo de natureza tributária. Nesse caso o Tribunal entendeu que a Fazenda Pública deveria ser condenada a pagar multa e indenização por litigância de má-fé tendo em vista que:

[...] 4. Acerca da pena infligida à Fazenda Pública por prática de litigância de má fé, em decorrência de oposição de Embargos Declaratórios contra o indeferimento de liminar postulada pelo contribuinte, verifico estar o magistrado a quo coberto de razão. Sua atitude demonstra a preocupação do Judiciário Federal em fazer malograr todas as tentativas de se fazer protelar indevidamente um processo

¹⁵⁰ Citado por CASSONE, Vitorio. Contribuição Previdenciários dos Administradores, Autônomos e Avulsos Declarada Inconstitucional pelo STF – A Problemática de sua Compensação em Face do art. 166 do CTN e Art. 89 da Lei nº 8.212/91 na Redação da Lei 9.032/95. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, ano 6, nº 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, jul-set de 1998, p. 67. Apesar das pesquisas, a fonte secundária não indicou com precisão a fonte primária, de sorte que não houve meios materiais para a obtenção da fonte original.

¹⁵¹ IBGE. Características da vitimização e do Acesso à Justiça no Brasil. Rio de Janeiro, 2010, p. 30.

¹⁵² GALLOTTI, Luiz Octavio. *A Prática da Competência do Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, jan/mar 1991, p. 5.

judicial, e não se consegue isto sem impingir ao litigante temerário punições pecuniárias por suas condutas¹⁵³.

Muito embora esse tipo de condenação não seja uma constante, tendo em vista que a Jurisprudência tende a exigir a comprovação do dolo específico para a configuração da má-fé processual¹⁵⁴, se percebe que até mesmo no STJ já se reconheceu práticas processuais abusivas e reiteradas da Fazenda Pública na tentativa de procrastinar o feito, especialmente em se tratando de matéria tributária. No REsp nº 1.035.847 que tratava de correção monetária em créditos não escriturais de IPI o Ministro Luiz Fux entendeu que a Fazenda tentou inovar no recurso de Embargos de declaração, o que resultou na sua condenação ao pagamento de multa no valor de 1% sobre o valor da causa¹⁵⁵. No REsp nº 949.166, o Ministro Mauro Campbell Marques entendeu que a União havia protocolizado diversos embargos de declaração protelatórios, o que levou à sua condenação¹⁵⁶.

Assim, apesar de o Estado agir sempre em função do princípio da legalidade, não se pode afirmar que o mesmo age de forma legal, pois é perceptível em muitos casos situações que denotam uma ilegalidade (ou inconstitucionalidade) intencional, o que certamente é uma causa de litigiosidade, constatada, sobretudo, pelo Estado ser o maior litigante em todas as esferas e Tribunais.

¹⁵³ BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DA 5ª REGIÃO. Apelação Cível nº 473357 PE 0017916-22.2008.4.05.8300, Relator: Desembargador Federal Francisco Barros Dias, Data de Julgamento: 11/05/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça Eletrônico - Data: 20/05/2010 - Página: 260 - Ano: 2010.

¹⁵⁴ A exemplo confirmam-se os seguintes julgados: PROCESSUAL CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. Extinção da execução com condenação da Fazenda Pública por litigância de má-fé. Aplicação da multa prevista no art. 14, parágrafo único, do CPC. Impossibilidade. Não caracterização, ademais, do dolo específico necessário ao reconhecimento da litigância de má-fé. Recurso provido, apenas para afastar a aplicação da multa, BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, APL: 00062655020018260271 SP 0006265-50.2001.8.26.0271, Relator: Nuncio Theophilo Neto, Data de Julgamento: 07/11/2013, 14ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 19/11/2013; DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL [...] Por não ter agido a Municipalidade com dolo de prejudicar a parte executada, bem como por se tratar de erro escusável, tenho que não estão presentes os requisitos caracterizadores da má-fé. BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ AC: 3948256 PR 0394825-6, Relator: Sérgio Rodrigues, Data de Julgamento: 14/08/2007, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 7469)

¹⁵⁵ BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 1035847, Relator Ministro Luiz Fux, [...] Embargos de declaração rejeitados, com a condenação da embargante ao pagamento de 1% (um por cento) a título de multa, pelo seu caráter procrastinatório (artigo 538, parágrafo único, do CPC), em face da impugnação de questão meritória, estar submetida ao rito do artigo 543-C, do CPC. EDcl no REsp 1035847/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009.

¹⁵⁶ BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 949.166 [...] É nítido o intuito protelatório do recurso, dando ensejo à aplicação da penalidade prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, à razão de 1% do valor corrigido da causa EDcl no AgRg no Ag 936.404/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 14/10/2008.

Outra causa que explica essa quantidade de litígios é o efeito multiplicador que as decisões contrárias ao Estado possuem. É preocupação constante da doutrina e jurisprudência pátrias ter que lidar constantemente com o efeito multiplicador (ou efeito cascata) das decisões. O Supremo Tribunal Federal define que o efeito multiplicador “[...] se consubstancia no aforamento, nos diversos tribunais, de processos visando o mesmo escopo”¹⁵⁷.

Atualmente, não se pode conceber, mesmo quando se fala em direitos privados que a tutela jurisdicional não tenha influência sobre terceiros. Primeiro porque tutela jurisdicional não se restringe à adjudicação da situação levada a juízo, pois pode produzir efeitos secundários, entre os quais o de estimular as partes a uma solução amigável¹⁵⁸. Todavia, um outro efeito secundário é que a decisão desfavorável a determinada parte pode acarretar num estímulo a outras pessoas que se encontram em situações semelhantes a ajuizar uma ação.

Com efeito, a efetividade da tutela jurisdicional pode ser aferida, levando-se em conta, dentre outros elementos, “as repercussões finais da decisão produzida (em relação aos sujeitos diretamente envolvidos e também à sociedade), entre outros fatores que dimensionam a totalidade dos resultados a serem produzidos pela prestação jurisdicional”¹⁵⁹. Cada decisão judicial tem o condão de afetar não só interesses das partes envolvidas no litígio. Vê-se que cada tese jurídica julgada procedente que afete o Estado tem um potencial gigantesco de influenciar outras pessoas, que possuam casos idênticos (ou casos semelhantes) a ingressar com uma demanda individual, o que, por decorrência lógica, afeta diretamente o número de processos submetidos ao Judiciário que tem como sujeito passivo o Estado.

Essas teses jurídicas, em muitos casos, em função da quantidade de demandas que abarrotam o judiciário se tornam causas repetitivas ou de repercussão geral. A comprovação disso se dá com a pesquisa realizada junto ao

¹⁵⁷ Brasil, Supremo Tribunal Federal (Suspensão de Segurança 5013 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 30-09-2015 PUBLIC 01-10-2015)

¹⁵⁸ SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público: uma perspectiva metodológica, *Direito Processual Público: A Fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000. Coords. Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno.(p. 39-77).

¹⁵⁹ SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público: uma perspectiva metodológica, *Direito Processual Público: A Fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000. Coords. Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno, p. 39-77.

STJ, que na data da obtenção dos dados contava com 742 temas afetados, dentre os quais 670 foram julgados e 72 ainda pendem de julgamento¹⁶⁰. O levantamento realizado nos leva à conclusão de que, deste total, 83,15% (oitenta e três vírgula quinze por cento) dos temas afetados como recursos repetitivos envolviam o Estado como parte (seja diretamente, através de suas autarquias ou empresas estatais) o que confirma a hipótese de que as ações movidas em face do Estado possuem um grande efeito multiplicador. A tabela abaixo, de elaboração própria ilustra o ora discutido:

Nº temas afetados como recursos repetitivos	Número de temas julgados		Números de temas pendentes de julgamento	
	742	670		72
Estado é Parte		Estado não é parte	Estado é Parte	Estado não é Parte
573		97	44	28
Percentual		Percentual		
85,72%		14,28%	61,11%	38,89%

Fonte: Elaboração própria com dados obtidos junto ao STJ.

Além da constatação do grande efeito multiplicador que as causas movidas em face do Estado possuem, pode-se chegar à conclusão de que o STJ priorizou o julgamento dos temas que afetavam o Estado, observando-se que o percentual de temas julgados em que o Estado é parte (85,72%), é superior ao percentual de temas pendentes de julgamento em que o Estado é parte (61,11%). Em números absolutos, chega-se ao percentual de 83,15% (oitenta e três vírgula quinze por cento) de temas afetados como recursos repetitivos em que o Estado figura como parte.

Tal questão, também confirma a hipótese levantada por parte da doutrina brasileira que, apesar de não ter realizado pesquisa com dados visando a comprovação empírica das hipóteses, afirmava que o alargamento do acesso à justiça, incluindo diversas forma de tutela coletiva e objetivação de demandas de massa denotava a diversidade das funções exercidas pelo Estado brasileiro [suas autarquias e empresas], sendo que o judiciário passou a exercer, de igual sorte, uma

¹⁶⁰ Nos anexos desta dissertação produziu-se duas planilhas nas quais se individualiza cada um dos temas afetados pelos recursos repetitivos, servindo de ilustração para a compreensão do argumento.

diferente função com maior abrangência social, pois as ações agregariam interesses dispersos de toda a sociedade¹⁶¹.

O próprio ordenamento jurídico, há muito tempo, se preocupa com as repercussões secundárias das decisões judiciais. A antiga Lei do Mandado de Segurança, Lei nº 4.348/1964, previa em seu art. 4º a possibilidade de se suspender a execução de uma tutela judicial, concedida liminarmente, se houver alegação de grave lesão “à ordem, à saúde, à segurança, e à economia públicas¹⁶². De igual sorte a Lei que a revogou (Lei Federal nº 12.016/2009), previu praticamente a mesma possibilidade de se cassar os efeitos prejudiciais de uma determinada decisão proferida sob seu rito¹⁶³.

Um exemplo específico que bem ilustra a constatação que fizemos é o conhecido como “reajuste de 28,86%”, que foi concedido em janeiro de 1993 aos militares dos escalões superiores das Forças Armadas¹⁶⁴. Então, vigia um dispositivo constitucional que garantia a equiparação entre servidores civis e militares, de sorte

¹⁶¹ SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público: uma perspectiva metodológica, *Direito Processual Público: A Fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000. Coords. Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno.(p. 39-77)

¹⁶² Art 4º Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (VETADO) suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de (10) dez dias, contados da publicação do ato.

¹⁶³ Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

¹⁶⁴ O acórdão a seguir reproduzido bem ilustra a questão: ADMINISTRATIVO. MILITAR. REAJUSTE DE 28,86%. REVISÃO GERAL DE REMUNERAÇÃO. ISONOMIA. HONORÁRIOS - Trata-se de ação ordinária proposta por FRANCISCO PEDRO DOS SANTOS, militar reformado da Marinha do Brasil, em face da União, objetivando a incorporação do percentual de 28,86%, de forma integral, aos seus vencimentos, a partir de abril de 1998, incidente sobre todas as vantagens e em conformidade com o concedido ao maior soldo militar. - O Supremo Tribunal Federal, fixou entendimento majoritário de que o percentual de 28,86% foi um aumento de caráter geral e que deve ser estendido a todos os servidores civis e militares, tomando por base o mês de janeiro de 1993, em atenção à uniformidade estabelecida no artigo 37, X, da Constituição Federal de 1988, afastando o argumento de que o Poder Judiciário estaria concedendo aumento. - A matéria encontra-se pacificada, vez que o Excelso Supremo Tribunal Federal concedeu aos seus servidores o direito à complementação dos reajustes já recebidos, até o limite de 28,86%. - A própria Administração, através do Decreto nº 2.693/98, confirmou a dívida e o conseqüente direito ao recebimento das diferenças devidas, com pagamento retroativo a 01.01.1993. - Contudo, sob pena de ir além do pedido formulado pelo autor em sua inicial, entendo que deva ser acolhida a prescrição das parcelas anteriores a abril de 1998. - Nas prestações em atraso de caráter eminentemente alimentar, como é o caso dos autos, os juros moratórios devem ser fixados no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação válida.- Recurso provido.

Brasil, Tribunal Regional Federal - 2ª Região - AC: 370308 RJ 2004.51.01.023874-0, Relator: Desembargador Federal RICARDO REGUEIRA, Data de Julgamento: 12/07/2006, SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data::30/08/2006 - Página:189.

que alguns servidores civis, que não foram contemplados administrativamente com o reajuste, ingressaram com ações individuais, as quais tiveram procedência. Essas decisões favoráveis acarretaram numa grande mobilização, centenas de milhares de outros processos cujo objeto se relacionava a esse reajuste foram movidos. Houve a formação de grupos e sindicatos que ajuizaram, no interesse de seus associados milhares de ações, individuais ou coletivas¹⁶⁵.

Até aí não se poderia vislumbrar qualquer abuso de direito ou ilegalidade, todavia, além daqueles que realmente tinham direito a esse reajuste, outras pessoas que nitidamente não se encontravam em posição de igualdade com os pioneiros desse tipo de ação, seja porque já haviam realizados acordos administrativamente, seja porque não eram servidores à época e até mesmo segurados do INSS¹⁶⁶ pleitearam judicialmente a obtenção do reajuste a seus vencimentos. Isso se dá justamente pelo efeito multiplicador que as ações movidas contra o Estado possuem, de sorte que acabam inundando o Judiciário com demandas idênticas o que gerou a necessidade de uma maior objetivação desse tipo de ação.

O desfecho deste caso, se é que podemos chamar de desfecho, é que ainda tramitam na Justiça Federal milhares de feitos atinentes a esse reajuste, concedido em janeiro de 1993, inclusive, até a presente data são ajuizadas novas ações, mesmo completamente prescritas em que se discutem esse mesmo tema. Prova disso é que recentemente, em 23 de junho de 2015, foi editada a súmula vinculante nº 51 do STF com o fito de pacificar a jurisprudência acerca de uma das controvérsias sobre o tema¹⁶⁷. Vale ressaltar que esta súmula vinculante decorre de

¹⁶⁵ Este é apenas um exemplo para verificação empírica do afirmado. Neste caso a UNAFISCO SINDICAL - SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL ajuizou ação visando o pagamento das diferenças em relação à compensação de reajustes, veja-se que a ação foi decidida em 2011, isto é, 18 anos após a concessão do reajuste. Segue a ementa: RECURSO. Agravo de instrumento convertido em Extraordinário. Inadmissibilidade deste. Reajuste de 28,86% sobre a RAV. Compensação. Reposições salariais posteriores. Leis 8.622/1993 e 8.627/1993. Reajustamento. Tema infraconstitucional. Precedentes. Ausência de repercussão geral. Recurso extraordinário não conhecido. Não apresenta repercussão geral recurso extraordinário que, tendo por objeto a compensação do reajuste de 28,86% sobre a RAV com as reposições salariais posteriores ao reajustamento concedido pelas Leis 8.622/1993 e 8.267/1993, versa sobre tema infraconstitucional. BRASIL, Supremo Tribunal Federal AI 843753 RG, Relator(a): Min. MINISTRO PRESIDENTE, julgado em 09/06/2011, DJe-167 DIVULG 30-08-2011 PUBLIC 31-08-2011 EMENT VOL-02577-02 PP-00344.

¹⁶⁶ TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, o. 23-35, 2011, p. 25.

¹⁶⁷ **Súmula Vinculante 51:** O reajuste de 28,86%, concedido aos servidores militares pelas Leis 8622/1993 e 8627/1993, estende-se aos servidores civis do poder executivo, observadas as eventuais compensações decorrentes dos reajustes diferenciados concedidos pelos mesmos diplomas legais. Brasil, Supremo Tribunal

precedentes anteriores, destacando-se a súmula nº 672 do STF¹⁶⁸, que tem a mesma redação da Súmula Vinculante nº 51 e foi editada há 12 anos atrás. Se Supremo Tribunal Federal entendeu pela necessidade de editar uma súmula vinculante, se conclui facilmente que há ainda um grande número de processos relacionados sobre o tema que tramitam no judiciário e mais, que há uma jurisprudência disforme acerca do mesmo.

Nesse contexto, o que se verifica é que uma das causas da crise numérica do judiciário é o efeito multiplicador que as decisões contrárias ao Estado possuem. Além disso, a instabilidade da Jurisprudência, fenômeno que se discutirá no tópico seguinte, também é um relevante fator causador da crise numérica do judiciário.

2.4. A Justiça como agente alimentador da litigiosidade: insegurança jurídica causada pela instabilidade jurisprudencial.

Esta pesquisa, além das causas supracitadas de litigiosidade excessiva, elenca, também, como agente causador da crise numérica do Judiciário, a instabilidade jurisprudencial, ou a falta de previsibilidade das decisões judiciais, que causam reflexo na segurança jurídica¹⁶⁹.

No Brasil é muito comum, principalmente em decisões dos Tribunais que tem justamente a função de uniformizar a jurisprudência, o STF e STJ, observar reformas de entendimentos jurídicos em curto espaço de tempo. Por exemplo, em 2014, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 709212, o STF, reformou o entendimento anterior, pelo qual o TST entendia ser constitucional e aplicável o prazo prescricional de 30 (trinta) anos para a cobrança de valores do FGTS que não foram depositados pelos empregadores, lapso prescricional este previsto no art. 23,

Federal, Súmula Vinculante nº 51. Data de Aprovação Sessão Plenária de 18/06/2015 Fonte de Publicação DJe nº 121 de 23/06/2015, p. 1. DOU de 23/06/2015, p. 1.

¹⁶⁸ Súmula 672: O REAJUSTE DE 28,86%, CONCEDIDO AOS SERVIDORES MILITARES PELAS LEIS 8622/1993 E 8627/1993, ESTENDE-SE AOS SERVIDORES CIVIS DO PODER EXECUTIVO, OBSERVADAS AS EVENTUAIS COMPENSAÇÕES DECORRENTES DOS REAJUSTES DIFERENCIADOS CONCEDIDOS PELOS MESMOS DIPLOMAS LEGAIS. Brasil, Supremo Tribunal Federal, Súmula nº 672 Data de Aprovação Sessão Plenária de 24/09/2003 Fonte de Publicação DJ de 9/10/2003, p. 4; DJ de 10/10/2003, p. 4; DJ de 13/10/2003, p. 4. Republicação: DJ de 1º/6/2004, p. 1; DJ de 2/6/2004, p. 1; DJ de 3/6/2004, p. 1.

¹⁶⁹ Segurança jurídica “reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da determinabilidade de leis exposto na exigência de leis claras e densas e o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis essencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente a seus efeitos Jurídicos”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra, Almedina 1993, p. 371-372.

§ 5º, da Lei nº 8.036/1990¹⁷⁰ e art. 55, do Decreto 99.684/1990¹⁷¹, matéria esta que também estava pacificada mediante a súmula 362, do TST. O novo entendimento da conta que, diante do FGTS estar inserido no rol dos direitos trabalhistas do art. 7º, da Constituição, o prazo prescricional deveria ser o ordinário, previsto inciso XXIX, do mesmo artigo, que é de 5 (cinco) anos¹⁷².

Ou seja, com a decisão no ARE nº 709.212, o STF declarou inconstitucional uma Lei que vigia desde a década de 1990, alterando entendimento consolidado do TST, que havia editado a súmula nº 362 em 1999¹⁷³.

Em matéria Tributária é ainda mais comum observarmos essas alterações de jurisprudência: um exemplo disso ocorreu quando o STJ acolheu uma tese defendida pela Fazenda Pública relativa à interpretação do art. 135, III, do Código Tributário Nacional, na qual o mero inadimplemento do Tributo permitia a responsabilização pessoal dos sócios da empresa privada, independentemente de qualquer outra circunstância. O STJ acolheu esta tese no Agravo Regimental nº 314836/RS e a consolidou, gerando uma mudança de estratégia da administração tributária para autuar as empresas devedoras, sobretudo nos processos administrativos fiscais, de forma a buscar bens pessoais de propriedade dos representantes das empresas¹⁷⁴. Logo após, em 2001, o STJ alterou este entendimento, deixando de entender que o mero inadimplemento de tributo seria causa de responsabilização dos representantes da empresa¹⁷⁵). Como consequência dessa alteração brusca de entendimento se percebeu que os

¹⁷⁰ § 5º O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas rege-se pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária.

¹⁷¹ Art. 55. O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas rege-se pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária.

¹⁷² Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega provimento. BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo no Recurso Extraordinário nº 709212, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015)

¹⁷³ Nº 362 FGTS – Prescrição: É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho
Redação original - Res. 90/1999, DJ 03, 06 e 08.09.1999.

¹⁷⁴ CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. *Diagnóstico da Instabilidade Jurisprudencial em Matéria Tributária no Brasil*. Revista Direito e Liberdade, Mossoró, jul/dez 2006, p. 301.

¹⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **ERESP 174532/PR**. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 18 jun 2001.

inconvenientes trazidos foram vários, tais como mudanças de estratégias empresariais, com a tomada de medidas para a proteção do patrimônio de seus sócios, o imenso esforço logístico e operacional do fisco que investiu numa nova linha de atuação que foi bruscamente fechada¹⁷⁶, entre outros.

Poder-se-ia citar diversos casos para comprovar a instabilidade jurisprudencial, sobretudo em matéria tributária no Brasil, todavia essa questão é tão patente que se mostra verdadeiro fato notório. Além disso, o objetivo deste tópico é demonstrar como esta instabilidade jurisprudencial afeta a litigiosidade de forma negativa.

O IPEA realizou pesquisa quantitativa¹⁷⁷ objetivando avaliar o desempenho do judiciário e determinar as causas de sua morosidade, dentre as quais a instabilidade das decisões judiciais. O método utilizado foi a entrevista com magistrados de todo o país, donde se chegou à constatação que a instabilidade das decisões judiciais se dá sobretudo pela politização da justiça, que ocorre numa via dual: a) por um lado as leis aprovadas, diante da imensa fragmentação verificada nas casas legislativas, geralmente são genéricas, incumbindo o Judiciário de tornar a legislação mais precisa e consistente; b) por outro lado, o posicionamento político dos juízes pode afetar suas decisões, o que poderia explicar porque em certos casos diferentes juízes chegam a decisões tão conflitantes em casos semelhantes, como por exemplo nos casos em que se pede a revisão de contratos firmado entre grandes empresas e o consumidor. Concluiu-se que a não-neutralidade do magistrado teria duas consequências negativas sob o ponto de vista da economia, uma de tornar os contratos mais incertos e, conseqüentemente, as transações econômicas mais arriscadas, a outra de alijar as partes menos privilegiadas do mercado, pois a outra parte, conhecendo os riscos, poderia deixar de contratar com as mesmas.

Além disso, a referida pesquisa demonstrou, entre outras causas da imprevisibilidade das decisões judiciais as deficiências do ordenamento jurídico, o frequente recurso a medidas liminares e a tendência das decisões serem tomadas em função de detalhes processuais, ou seja, se constatou entre os entrevistados

¹⁷⁶ Idem, ibidem, p. 301.

¹⁷⁷ PINHEIRO, Armando Castelar. **Judiciário, reforma e economia**: A visão dos magistrados. 2003. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 17 dez 2015.

que as decisões judiciais, em muitos casos, não levam em consideração o próprio direito substancial da questão.

Diante de todos esses fatores, da constatação da existência de instabilidade jurisprudencial e de suas principais causas, é de se investigar como essa instabilidade teria o condão de influenciar os litigantes na escolha racional entre litigar e não litigar.

Pesquisas empíricas realizadas sobre a celeridade processual não são conclusivas se o investimento em estrutura do Judiciário seria uma solução para arrefecer a morosidade, Dakolias¹⁷⁸ e Buscaglia e Ullen¹⁷⁹ não encontram uma correlação positiva entre investimento e celeridade, no entanto o mesmo Dakolias em pesquisa realizada com Buscaglia (1996) encontrou uma correlação positiva com o investimento em computadores e celeridade processual, por exemplo. No caso brasileiro, por exemplo, o Banco Mundial realizou uma pesquisa indicando que o Brasil não precisaria de mais recursos investidos no Judiciário, mas de uma melhor gerência dos mesmos¹⁸⁰.

Por esse motivo, parte da doutrina resolveu investigar como a conduta do poder judiciário pode influenciar a escolha racional dos agentes em ajuizar ou não ajuizar uma demanda. Um dos motivos hipotetizados pela doutrina (e também neste trabalho) é o fato de que quando uma questão jurídica não está consolidada, isto é quando se está diante da inexistência de capital jurídico¹⁸¹, será especialmente racional litigar em praticamente todo e qualquer caso, tendo em vista que, além dos custos decorrentes das demandas serem baixos, sempre haverá possibilidade de êxito.

¹⁷⁸ DAKOLIAS, M. *Court performance around the world: a comparative perspective*. Washington, DC: World Bank Publications, 1999 e *The judicial sector in Latin America and the Caribbean: elements of reform*. Washinton, DC: The World Bank, 1996.

¹⁷⁹ BUSCAGLIA, E.; ULEN, T. A quantitative assessment of the efficiency of the judicial sector in Latin America. *International Review of Law and Economics*, v. 17, n. 2, p. 275-292, jun. 1997.

¹⁸⁰ BANCO MUNDIAL. *Fazendo com que a justiça conte: medindo e aprimorando o desempenho do Judiciário no Brasil*. Unidade de Redução de Pobreza e Gestão Econômica, América Latina e Caribe. Banco Mundial, 2004.

¹⁸¹ Para Ivo Gico se mede o capital jurídico de uma sociedade como o conjunto de regras que o judiciário aplica em cada caso em determinado momento, de modo a se permitir à sociedade a realização de previsão de como o judiciário resolveria determinado conflito (GICO JR, Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: set/dez 2014, p. 163-198).

Tradicionalmente, a doutrina da juseconomia¹⁸² afirma que litigar é uma escolha racional, na qual se analisa os custos e benefícios esperados do processo judicial. Gico Jr., diante deste paradigma, propõe que a escolha racional do autor (A) é o benefício esperado (U_a) menos o custo desse litígio (incluindo custas judiciais, honorários advocatícios, entre outros) (C_a). O réu (R), por sua vez tem a expectativa geralmente de um retorno, ainda que negativo (U_r), sendo os custos denotados por C_r . Assim, ocorrendo um litígio, o retorno máximo do autor é U_a (benefício esperado) – C_a (custos), enquanto o do Réu seria U_r (benefícios/prejuízos esperados) – C_r (custos). Numa situação em que o capital jurídico fosse facilmente verificável, ou seja, que houvesse uma previsibilidade clara e inequívoca do resultado de um litígio, no qual a perda do réu seria igual ao benefício do autor ($U_a = U_r$) seria mais interessante que as partes realizassem um acordo extrajudicial, na medida em que se eliminariam os custos do judiciário ($C_a + C_r$) para ambas as partes. Nesse cenário, essa seria a escolha racional.

Entretanto, esta hipótese deve considerar a ideia de risco, haja visto que o Judiciário não gera informações perfeitas de como se decidirá cada caso, além do fato de que existe assimetria de informações entre as partes litigantes. Nesse diapasão o modelo sugerido pela doutrina¹⁸³ seria:

$$\text{Para o Autor } VR_a = P_a U_a - C_a + A_a$$

$$\text{Para o Réu } VR_r = P_r U_r + C_r - A_r$$

P_a e P_r seriam as probabilidades subjetivas atribuídas por autor e réu ao eventual sucesso do autor; VR_a seria o valor de reserva do autor, ou o mínimo que ele teria que aceitar num eventual acordo; VR_r é o valor de reserva do réu, ou seja, o máximo que ele estaria disposto a oferecer para um acordo; e A_a e A_r são os custos de celebração de acordo por autor e réu. Os custos de litigância, neste modelo, afetam a propensão das partes a litigarem ao invés de realizar um acordo, isto é, quanto maiores os custos, menor seria a taxa de litigância e vice-versa. Assim, a condição fundamental de é que o mínimo que o autor espera de um acordo

¹⁸² POSNER, R. A. An economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, p. 399-458, jun. 1973.

¹⁸³ GICO JR, Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: set/dez 2014, p. 163-198 p. 21; LANDES, W. M. An economic analysis of the courts. *Journal of Law and Economics*, v. 14, n. 1, p. 61-107, abr. 1971. p. 66-69; POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. Nova York: Aspen Publishers, 2007. 599

seja maior do que o máximo que o réu ofereceria num acordo, então $VRa > VRr$, que poderia ser reescrito como:

$$Pa Ua - Ca + Aa > Pr Ur + Cr - Ar$$

Se a utilidade do bem da vida disputado for igual para ambas as partes ($Ua = Ur$), a inequação poderia ser reescrita, da seguinte forma:

$$\text{Probabilidade de Litígio} = f(Pa - Pr) U > (Cr + Ca) - (Ar + Aa)$$

O modelo leva a implicações importantes a saber: a) quanto maior a utilidade (U) do bem em disputa, maior a possibilidade de litígio; b) a probabilidade de um litígio se mede pela função crescente na diferença de expectativas da chance de êxito entre autor e Réu ($Pa - Pr$). Ou seja, quanto maior a diferença de informações e, portanto, discrepância de expectativas de autor e réu, maior será a chance de litígio. Essa conclusão se mostra a mais importante nesse contexto, uma vez que a ausência de capital jurídico, obviamente, afeta diretamente na avaliação de chance de êxito por autor e réu¹⁸⁴; c) Quanto menos custoso for realizar uma transação ($Aa + Ar$) e mais custoso for o processo ($Ca + Cr$), maior será a chance de se evitar o litígio e transacionar.

A conclusão b) acima, conforme dito anteriormente, se mostra a mais relevante no tópico estudado, sobretudo porque, se o Judiciário investe no capital jurídico, diminuindo a discrepância de expectativas das partes, se eles tiverem maior elucidação de como ser resolverá a questão colocada em juízo, menor será o incentivo racional para a existência do litígio. Além disso, conforme conclui Gico Jr¹⁸⁵, a insegurança jurídica afeta o que está juridicamente disponível, ou seja, a utilidade do bem da vida discutido no litígio (U), fazendo com que surjam demandas manifestamente improcedentes.

Assim, hipoteticamente, se demonstra que a constatada insegurança jurídica causada pela imprevisibilidade das decisões judiciais (ou ausência de capital

¹⁸⁴ Se há uma discrepância de jurisprudências sobre a questão jurídica debatida, considerando que estudos demonstraram que partes e advogados são consistentemente otimistas em relação às suas expectativas quando submetem uma questão ao Judiciário (SHAVELL, S. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, Mass.: Harvard University, 2004), essa discrepância contribui para a probabilidade de um litígio.

¹⁸⁵ GICO JR, Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: set/dez 2014, p. 163-198

jurídico) age como um incentivador do ajuizamento de demandas e mais, tem uma influência negativa na formalização de acordos.

O novo CPC, tido como um código inovador traz as ferramentas de uniformização de jurisprudência e objetivação de demandas de massa como meio de dar maior efetividade ao processo. O art. 926 prescreve que os tribunais tem o dever de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. O art. 927 prescreve que as decisões das instâncias superiores deverão ser observadas por juízes e tribunais¹⁸⁶. Levando-se em consideração o discutido até o momento neste código, nos parece que é um artigo que, se aplicado corretamente, poderá, à longo prazo, aumentar o capital jurídico e, por via de consequência, diminuir os incentivos à litigiosidade, ao menos teoricamente.

No entanto, como se poderia cobrar dos juízes e tribunais a aplicação da jurisprudência dos tribunais [supostamente] uniformizadores se estes tribunais, conforme se demonstrou anteriormente, não guardam com o devido zelo o respeito à sua própria jurisprudência? Importa mencionar, conforme discutido nos resultados da pesquisa realizada pelo IPEA, que muitas das decisões que são tomadas como paradigmas são proferidas de forma liminar (isto é, sem cognição exauriente) e levando-se demasiadamente em conta questões processuais em detrimento das questões materiais de fundo, o que pode causar uma discrepância em todo sistema jurisprudencial se a mesma vier a ser reformada em pouco tempo. O magistrado poderá se ver autorizado a seguir qualquer caminho se percebe que o tribunal hierarquicamente superior a ele decide sem a estabilidade, integridade ou coerência necessárias à aplicação da Jurisprudência.

Assim, se percebe que outro grande causador da litigiosidade é o próprio Poder Judiciário ao não fornecer à sociedade a segurança jurídica e previsibilidade nas suas decisões, causando uma discrepância entre as expectativas (e ao próprio

¹⁸⁶ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

fundamento jurídico do bem da vida discutido) de êxito das partes, gerando um incentivo à litigiosidade.

III – O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DECORRENTE DO COMPORTAMENTO ABUSIVO DOS ATORES COM A TENTATIVA DE MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA: FERRAMENTAS LEGAIS E ECONÔMICAS NA BUSCA DA EFETIVIDADE

Elucidados os atores que contribuem mais significativamente para a “crise numérica do Judiciário” julgou-se importante analisar juridicamente o comportamento dos mesmos, de forma que se buscou uma explicação lógica e jurídica para diagnosticar a abusividade do comportamento dos litigantes habituais. O método escolhido para tanto foi o da Análise Econômica do Direito, pelo qual se analisa de forma mais empírica e pragmática o comportamento dos agentes.

3.1. A Análise Econômica do Direito como método para identificar o enriquecimento ilícito dos litigantes habituais e inconsequentes

Inicialmente, como sempre, se faz necessário alertar para o método adotado para a análise das causas e possíveis soluções no que se refere à crise numérica do judiciário referida nos tópicos anteriores.

Ao contrário do que os paradigmas¹⁸⁷ dominantes da metodologia jurídica atual, que geralmente priorizam a filosofia em detrimento das demais formas de conhecimento humano, a presente pesquisa se utiliza do método da AED¹⁸⁸. Isso se dá em virtude de que a AED traz um instrumental teórico que permite a compreensão dos fatos e, sobretudo, como os agentes sociais reagem às alterações

¹⁸⁷ Thomas Kuhn, definiu paradigma como realizações científicas que são universalmente reconhecidas e, por certo período de tempo tem o condão de fornecer a solução para alguns problemas para determinada comunidade científica. *In* A Estrutura das Revoluções Científicas, 5. Ed, São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 13.

¹⁸⁸ Apenas a título de exemplificação do ora afirmado, pesquisando-se o repositório de teses e dissertações do doutorado e mestrado em direito e políticas públicas do Uniceub, vislumbramos alguns trabalhos que se utilizam desses paradigmas metodológicos, como, por exemplo, os trabalhos de Gustavo Augusto Freitas de Lima, “Poder normativo das agências reguladoras e controle judicial”, no qual é utilizada a hermenêutica jurídica proposta por Dworkin, Débora Batista de Oliveira Costa Machado “O julgamento da união estável dos homossexuais: um estudo acerca dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal que reconheceram a união estável homoafetiva como entidade familiar nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132”, na qual ela trata da hermenêutica neoconstitucionalista de Barroso, Zilmar Wolney Aires Filho em “O superendividamento e os contratos bancários de mútuo onerosos: alternativas para solução” por sua vez utiliza os ensinamentos de Alexy e Dworkin, de igual sorte Priscilla Santana Silva, em “A dignidade da vida humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um estudo acerca do processo e do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510, que versou sobre a validade jurídica das pesquisas com células-tronco, sob as luzes do magistério doutrinário” que funda sua argumentação jurídica, dentre outros, Dworkin, por fim podemos citar a dissertação de Disney Rosseti “As atividades de inteligência de estado e de polícia e a lei de acesso a informação no contexto do estado democrático de direito” na qual a hermenêutica aplicada segue o método proposto por Alexy.

em suas estruturas de incentivos¹⁸⁹. Por ser um método que não se restringe ao senso comum, que não segue a simples intuição (ainda que respaldada pela filosofia), a AED possibilita que se faça um exercício de diagnóstico e prognose coletivas decorrentes de uma decisão judicial ou política pública.

Exemplos dessa afirmação se dá com a constatação e que no mundo pós-positivista, tornou-se comum na comunidade jurídica moderna a busca de apoio técnico em filósofos, como Jonh Rawls¹⁹⁰ (com sua postura minimax), Jürgen Habermas¹⁹¹ (com seu discurso ideal), Robert Alexy¹⁹² (com os mandados de otimização) e o Ronald Dworkin¹⁹³ (com o juiz hercúleo e a decisão correta)¹⁹⁴, situação está facilmente reconhecida nos trabalhos acadêmicos contemporâneos, sobretudo na área do direito.

O neo-constitucionalismo por exemplo, que é uma corrente liderada no Brasil por Luís Roberto Barroso¹⁹⁵, e amplamente discutida no meio acadêmico, apesar de um forte apelo valorativo, não demonstra de forma inequívoca uma preocupação com as reais consequências da aplicação de uma lei o determinação judicial. Nesse sentido que conseguiu enorme destaque a corrente do direito que buscou afastar a mera intuição do intérprete, na busca de instrumentos analíticos hábeis a fornecer ao jurista previsões e mensurações mais pragmáticas em relação às teses jurídicas empregadas em determinado caso concreto¹⁹⁶. É nesse contexto que se verifica a escolha da AED como instrumental para compreender o fenômeno da litigância e do abuso do direito de acesso à Justiça, pois se trata de uma metodologia que contribui significativamente para a compreensão de fenômenos sociais e que auxilie na tomada racional de decisões jurídicas.

¹⁸⁹ GICO JR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n. 1, jan./jun. 2010, p. 8

¹⁹⁰ RAWLS, John . Uma teoria da justiça. Lisboa: Presença, 1993

¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹⁹² ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁹⁴ GICO JR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n. 1, jan./jun. 2010, p. 14.

¹⁹⁵ BARROSO, L. R. ; Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

¹⁹⁶ GICO JR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n. 1, jan./jun. 2010, p. 15.

Vale ressaltar que diante da utilização de dados colhidos por órgãos oficiais e pesquisas realizadas em relação aos problemas estudados (inclusive as pesquisas próprias realizadas no bojo deste trabalho) se entendeu que a forma mais racional de trabalhar as hipóteses é utilizar um instrumento menos intuitivo e mais pragmático para formular as soluções jurídicas de enfrentamento do problema.

Nesse contexto se inferiu através das pesquisas realizadas que uma forma de avaliar se determinada conduta se mostra adequada é verificar suas consequências sociais, de sorte que a juseconomia, por ter um método menos relacionado ao senso comum e mais ligado ao empirismo, tem um potencial de prever o impacto de determinada norma ou interpretação judicial sobre o comportamento dos agentes¹⁹⁷. As contribuições das pesquisas de Coase¹⁹⁸, Calabresi¹⁹⁹, Becker²⁰⁰ e Posner²⁰¹ serviram para ressaltar as consequências das leis e decisões judiciais de forma pragmática, afastando a convicção de que o direito isoladamente teria o condão de solucionar os conflitos sociais.

Na AED, o que se leva em consideração é a conduta racional do agente²⁰² que visa maximizar seu bem estar²⁰³ (vale ressaltar que estudos recentes demonstraram que nem sempre a conduta do agente realiza um processo absolutamente racional, pois as vezes o mesmo possui restrições cognitivas e assimetrias informacionais que inviabilizam a tomada de decisão absolutamente racional²⁰⁴) sendo que a maximização do bem estar não significa necessariamente a maximização da riqueza do agente. Com efeito, sob o ponto de vista econômico, não há de se confundir vantagem econômica com vantagem financeira. Neste aspecto,

¹⁹⁷ GICO JR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n. 1, jan./jun. 2010, p. 15.

¹⁹⁸ COASE, R.H. *The Problem of social cost*. *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, p. 1-44.

¹⁹⁹ CALABRESI, Guido, "Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts" (1961). Faculty Scholarship Series. Paper 1979. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1979.

²⁰⁰ Gary Becker. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. *Journal of Political Economy*, 1968, vol. 76, pages 169.

²⁰¹ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 506.

²⁰² Agente, neste trabalho, pode ser definido como o litigante (ainda que potencial), que realiza as escolhas entre ajuizar uma ação ou não, ou mesmo oferecer resistência a uma ação aforada contra si.

²⁰³ "O bem-estar individual é medido pela utilidade que o agente retira da sua decisão, bem como das decisões que poderia ter tomado e não tomou (os custos de oportunidade)". PORTO, Antônio José Maristrello. *ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)*. FGV, Rio de Janeiro: 2013, p. 13.

²⁰⁴ PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jaior. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 65.

como bem ressalva a doutrina²⁰⁵, a abordagem econômica tem valor na compreensão da decisão do agente que, num ambiente de recursos escassos²⁰⁶ reage à estrutura de incentivos do ambiente em que está inserido, sendo que um dos principais condicionantes dessa estrutura de incentivos é o ordenamento jurídico, dotado de sanções legais aplicáveis aos preços²⁰⁷ de suas decisões.

A definição adotada para “conduta racional” nesta dissertação é a comparação que os agentes econômicos fazem dos custos e benefícios em relação às diferentes alternativas antes de tomar uma decisão, independentemente de sua natureza. Os citados custos e benefícios passam por uma avaliação de acordo com as preferências individuais dos agentes conjugada com as informações que este agente possui no momento da tomada de decisão²⁰⁸. Esta escolha é eminentemente consequencialista, isto é, leva em conta, em termos probabilísticos, o que poderá ocorrer.

Assim, diante destes “preços” os agentes tendem a realizar uma ordenação de preferências²⁰⁹, na qual calcula os custos das opções que se lhe apresentam, renunciando à utilidade das outras opções que não adotou. Isto significa que o sujeito realiza uma análise marginal de sorte que somente persistirá numa conduta se os benefícios forem superiores aos custos marginais. Dessa forma, na presente dissertação, se entendermos que as Leis e as formas de sua aplicação implicam necessariamente em “preços” ou “custos” a serem ponderados nas escolhas racionais dos agentes, podemos considerar que, se a hipótese levantada no início do trabalho, que consiste na escolha racional dos agentes que entendem que descumprir direitos e ajuizar ações ou resistir a elas com o uso de teses jurídicas inconsistentes é mais vantajoso do que agir em sentido contrário, a aplicação da norma de forma a desestimular as reações dos agentes nessa direção poderá causar um impacto positivo na quantidade de ações submetidas ao Poder Judiciário.

²⁰⁵ GICO JR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n. 1, jan./jun. 2010, p. 15/16

²⁰⁶ Nesse aspecto se entende que se os recursos fossem infinitos não teríamos problemas no modelo adotado para sua alocação (questão bem pontuada por SALAMA, Brono Meyerhof. *O que é Direito e Economia? Direito e Economia*. TIMM, Luciano Benetti (Org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 54).

²⁰⁷ Nesse contexto a economia trouxe à baila a teoria científica que prevê os efeitos das cominações legais sobre o comportamento, de sorte que estas sanções se assemelhariam aos preços moldando o comportamento dos agentes da mesma maneira com que as pessoas reagiriam aos preços. COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and economics* —6th ed. Pearson, Boston: 2010, p. 25.

²⁰⁸ POSNER, Richard. *Para Além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

²⁰⁹ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and economics* —6th ed. Pearson, Boston: 2010, p. 53.

Mas não somente as normas atuam como combustível de reação das condutas humanas, pois os símbolos e as normas sociais muitas vezes terminam por aplicar sanções informais quando violados²¹⁰. Isto é, mesmo o agente oportunista, que pauta sua conduta exclusivamente na utilidade, visando a maximização de sua riqueza, pode responder negativamente a sanções informais, como propaganda negativa por exemplo.

E de forma coerente com o afirmado, tem-se de um modo geral que os juristas se prestam a responder duas perguntas básicas²¹¹: a) quais as consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra e; b) que regra jurídica deveria ser adotada. Assim, o método da AED se mostra completamente compatível com os objetivos do presente trabalho, sobretudo se analisarmos como o comportamento racional dos agentes pode ser “desestimulado” ou “estimulado” pelas decisões judiciais. Um exemplo de como poder-se-ia desestimular um comportamento do agente seria o explicado no tópico seguinte no qual demonstrou-se que as condenações nas reclamações trabalhistas não possuem um impacto financeiro significativo no Bradesco (um dos grandes litigantes do Brasil). Imaginemos que o Poder Judiciário, com vistas a desestimular o comportamento litigioso desta instituição, começasse aplicar uma interpretação ou regra jurídica que tenha como consequência o aumento progressivo do valor das custas processuais, até ao ponto em que, munido das informações e realizando uma escolha racional, o Bradesco chegasse à conclusão de que deve tomar medidas extrajudiciais para evitar a quantidade de condenações sofridas. Está aí uma importante contribuição que a AED pode trazer a esta pesquisa.

A questão que se poderia colocar é se o Judiciário teria competência para decidir dessa forma e se os juízes são capazes jurídica e tecnicamente para decidir conforme essa proposição. Obviamente deve-se reconhecer as limitações da AED, devendo a mesma ser aplicada nos casos em que se comprove, através de dados confiáveis como a estrutura de incentivos favorece o comportamento litigioso. Os juízes atualmente já possuem (ou deveriam possuir) a exata dimensão de que as decisões que proferem causam repercussões para fora do processo e além das

²¹⁰ POSNER, Eric. Símbolos e normas sociais na política e no direito. *Direito e Economia: textos escolhidos*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 239.

²¹¹ GICO JR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n. 1, jan./jun. 2010, p. 18.

partes, sabem da importância da manutenção de uma jurisprudência firme e constante e dos custos que a manutenção da estrutura do Judiciário representa ao Estado. São pesquisas como estas que servirão de base teórica e argumentativa para que decisões dessa natureza sejam tomadas, obviamente não devendo ser dispensados outros estudos interdisciplinares para prever as consequências das decisões e políticas adotadas pelo Judiciário no âmbito macroeconômico. A AED deve ser aplicada se e quando seu método seja seguido de forma rigorosa, evitando-se decisões baseadas em senso comum ou sem a devida análise de dados e estatísticas.

Consoante exigência do método da AED²¹², aqui se busca inicialmente realizar uma abordagem positiva, que consiste na compreensão das normas jurídicas aplicáveis aos comportamentos estudados, sua racionalidade e como sua interpretação poderá (teoricamente) influenciar no comportamento dos agentes. Neste tópico (e seus subtópicos) estudamos com que informações e constatações os agentes que abusam do direito de litigar realizam as escolhas entre litigar ou não, entre resistir a uma demanda ou não, claro, tendo em vista as consequências que esta escolha trará ao seu bem-estar.

Seguindo, portanto, a metodologia proposta, temos que considerar o direito um conjunto de regras que influenciam nos custos e benefícios dos agentes²¹³. Estes, por sua vez, pautam seus comportamentos em função de tais incentivos. Sendo assim, investiga-se as influências que as regras jurídicas atinentes ao acesso à justiça possuem sobre o comportamento do agente, de sorte que a aplicação de determinada norma ou hermenêutica jurídica possa fornecer uma previsibilidade no comportamento dos mesmos.

Enfim, o que se buscou no presente trabalho foi praticar a “ciência da escolha humana”, isto é, quais são as motivações das escolhas dos agentes em ajuizar ou resistir a uma ação ajuizada levando-se em consideração as consequências dessas escolhas. Dessa forma, seguindo os métodos da AED, tratou-se de realizar um diagnóstico da crise numérica do judiciário e se propuseram medidas com as quais se pode prever quais serão as escolhas do agente causador dessa crise.

²¹² Idem ibidem, p. 20.

²¹³ GICO JR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n. 1, jan./jun. 2010, p. 20/21.

3.2 AED positiva: a estrutura de incentivos que permite o comportamento abusivo dos litigantes habituais.

Nos termos anteriormente explicitados, se faz necessário analisar o comportamento abusivo dos litigantes habituais e a estrutura de incentivos que lhes permitem adotar esse comportamento. A Análise Econômico do Direito positiva será utilizada como forma de se diagnosticar de forma aprofundada, sobretudo com a compilação de dados e informações, como a Lei contribuiu para a crise numérica do judiciário ao permitir (e até estimular) um comportamento excessivamente litigioso das partes.

3.2.1. O comportamento abusivo dos litigantes habituais estimulado pelo benefício econômico por eles auferidos

Explicitada a metodologia, seguindo a ordem do capítulo anterior, demonstre-se através do estudo de alguns casos, relacionados com os dados oficiais acerca da litigância no Brasil, como o comportamento racional de litigantes habituais é afetado pela tentativa de obter a máxima eficiência econômica.

A hipótese aqui estudada é que os litigantes habituais se enriquecem ilicitamente em detrimento ao Poder Judiciário porque os custos decorrentes das ações judiciais causadas pelo descumprimento de direitos não são ressarcidos ao Judiciário pelos litigantes habituais.

Inicialmente é de bom alvitre esclarecer o conceito de enriquecimento ilícito para os fins almejados nesta dissertação. O art. 884 do Código Civil²¹⁴ prevê a responsabilidade daquele que se enriquece ilicitamente a ressarcir o prejudicado, todavia não estabelece com exatidão o conceito de enriquecimento ilícito. A Jurisprudência²¹⁵ pátria, por sua vez, elegeu os requisitos para o reconhecimento do enriquecimento ilícito, a saber: a) o enriquecimento em sentido estrito de uma parte; b) o empobrecimento da outra parte; o nexo de causalidade entre um e outro; d) a ausência de justa causa. A doutrina entende que enriquecimento ilícito ou sem

²¹⁴ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

²¹⁵ Confira-se o seguinte precedente: BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO ESPECIAL: 1139893 SE 2009/0090425-6, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 09/09/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/10/2014)

causa corresponde a “todo aumento patrimonial que ocorre sem causa jurídica, mas também tudo o que se deixa de perder sem causa legítima²¹⁶”.

Dessa forma o que se pretende analisar neste tópico é se os litigantes habituais obtém vantagem econômica (enriquecimento) ao descumprirem institucionalmente direitos, de forma a causar prejuízo financeiro (empobrecimento) ao Judiciário, pois ao ser um litigante contumaz exige investimentos do Judiciário e consome seus já escassos recursos (nexo de causalidade), em muitos casos ostentando tese jurídica completamente rechaçada pelo ordenamento ou pela jurisprudência (ausência de justa causa).

É de se esclarecer que os custos mencionados na nossa hipótese não correspondem tão somente aos custos financeiros atribuídos ao poder judiciário, mas a soma destes com os custos decorrentes dos erros judiciais, que Cooter e Ulen chamam de custos sociais²¹⁷. O objetivo do processo judicial, segundo esses autores, é justamente a diminuição dos custos sociais (Min CS). Os custos administrativos (Ca) correspondem a todos os custos suportados por todas as partes em cada etapa do processo, sendo que os erros judiciais (Ce) na aplicação da lei substantiva são relevantes porque os mesmos tem a capacidade de distorcer os incentivos e impõem uma série de custos à sociedade. Assim temos que:

$$\text{Min CS} = \text{Ca} + \text{Ce}$$

Portanto, quanto menores forem os custos administrativos despendidos pelas partes e os erros na aplicação da lei substantiva cometidos pelo Judiciário²¹⁸, maior será a minimização dos custos sociais que é o objetivo principal de um processo judicial.

²¹⁶ FIÚZA, Cesar. *Contornos Teórico-Dogmáticos do princípio do enriquecimento sem causa*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54, p. 49-68, jan./jun. 2009, p. 50.

²¹⁷ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and economics* —6a ed. Pearson, Boston: 2010, p. 398.

²¹⁸ Os erros na aplicação da lei substantiva cometidos pelo Judiciário, segundo Ulen e Cooter causam um significativo impacto na estrutura de incentivos dos litigantes e não necessariamente o valor causado pelo erro é igual ao custo social do erro. Este impacto é melhor visualizado na contextualização apresentada pelos autores: digamos que a compensação devida pelos danos causados por um fabricante de aditivo de combustíveis a um consumidor seria de R\$ 2.500, mas ao final o fabricante acaba pagando somente R\$ 2.000. O erro no valor de 500 reais pode fazer com que o fabricante diminua o controle de qualidade, o que resulta numa economia de R\$ 1.000 reais ao fabricante e causa um dano adicional no valor de R\$ 10.000 para os consumidores. Assim, apesar de o erro judicial causar um prejuízo de R\$ 500 no caso específico, causou aos demais consumidores um prejuízo no valor de R\$ 9.000. COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and economics* —6a ed. Pearson, Boston: 2010, p. 397-399.

Para se contextualizar a hipótese aqui estudada, percebe-se que, por exemplo, os custos administrativos suportados somente pela Justiça Trabalhista em 2014 foram de R\$ 14.203.126.023,00 (quatorze bilhões duzentos e três milhões cento e vinte e seis mil e vinte e três reais). O número de processos que tramitaram na Justiça Trabalhista no mesmo ano foi de 8.387.090 (oito milhões trezentos e oitenta e sete mil e noventa), o que gera um custo médio anual de R\$ 1.693,45 (mil seiscentos e noventa e três reais e quarenta e cinco centavos) por cada processo, conforme organizado em tabela abaixo. O custo mensal de cada processo é de R\$ 141,12 (cento e quarenta e um reais e doze centavos). Assim, se o número de meses em que o processo for submetido ao judiciário for diminuído, os custos administrativos suportados pelo mesmo também serão diminuídos, o que gerará uma minimização dos custo social do processo judicial.

Total de despesas trabalhistas 2014	R\$ 14.203.126.023,00
Total de processos que tramitaram na justiça trabalhista em 2014	8.387.090
Custo Unitário Anual por processo	R\$ 1.693,45
Custo Unitário Mensal por processo	R\$ 141,12

Fonte: Elaboração própria com dados obtidos no Relatório Justiça em Números 2015.

Assim, se um processo termina na audiência de conciliação com um acordo entre as partes o que dura entre 2 e 6 meses, terá um custo social muito inferior ao processo que dura 5 anos e 7 meses²¹⁹ desde seu ajuizamento até o cumprimento da sentença. Em termos práticos, o custo administrativo para o judiciário será (em

²¹⁹ Nem o CNJ, nem todos os tribunais regionais do trabalho divulgam com exatidão o tempo médio de tramitação de um processo trabalhista no Brasil. O TRT da 4ª Região (RS) divulgou que o processo, entre ajuizamento e julgamento de recurso ordinário dura, em média, 320 dias, todavia esse número não engloba o tempo médio que decorre se houver recurso ao TST ou o tempo médio de uma execução trabalhista. O TRT da 15ª Região (Campinas) estimou em 4 anos e 7 meses desde o ajuizamento até a execução da sentença, segundo coleta de dados realizada em 2009, dos quais 1.023 dias são gastos com a fase de execução (no rito ordinário). Em 2010, o tempo médio calculado pelo mesmo Tribunal subiu para 5 anos e 7 meses, estimativa que é a mais atualizada e precisa, por isso a que foi adotada. O TST, por sua vez, estima em 418 a média de tramitação dos feitos a ele submetidos, o que, isoladamente não colabora com o cálculo do tempo médio dos processos trabalhistas tendo em vista que muitos não chegam a tramitar no TST. Essa ausência de dados oficiais dificulta a estimativa do custo médio total de um processo trabalhista, no entanto podemos dizer que estas estimativas estão dentro de uma razoabilidade se levarmos em consideração o estudo promovido pelo IPEA em relação ao tempo de duração médio de um processo de execução fiscal que é de 8 anos e dois meses. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal*, Comunicado nº 83, 2011 disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf>, acessado em 20 de novembro de 2013.

Essa média de duração do processo também é compatível com o relatório produzido pelo Ministério da Justiça em 2005, que estimou que o processo dura entre 50 e 100 meses se passar por todas as instâncias. BRASIL, Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. Judiciário e economia. Brasília, 2005. Disponível em <<http://www.mju.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>>>. Acesso em 25/07/2015.

média) de R\$ 846,72 (oitocentos e quarenta e seis reais e setenta e dois centavos) em caso de acordo formalizado na audiência de conciliação realizada 6 meses após o ajuizamento e R\$ 9.455,04 (novecentos e cinquenta e cinco reais e quatro centavos) se ele tiver o tempo de tramitação média.

Portanto, pode-se concluir que, quanto maior for o tempo de duração do processo, maiores serão os custos administrativos para todas as partes envolvidas e, portanto, maiores serão os custos sociais envolvidos. O gráfico abaixo simula, em um processo no qual há um condenação no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), os custos administrativos do Judiciário e do Réu:



Fonte: Elaboração própria

Enquanto o passar do tempo aumenta os custos para o Judiciário, o custo calculado sobre o valor da condenação ou sobre o valor da causa, será sempre constante para o litigante, de forma que não há incentivo financeiro ao réu para que o processo tramite de forma célere.

Nesses cálculos não estão englobados os custos suportados partes decorrentes do processo, apenas as custas judiciais. No caso do litigante habitual, por geralmente utilizarem economia de escala²²⁰ na gestão dos processos esse custo é praticamente desprezível. O litigante eventual, por sua vez, sofrerá um maior impacto com a contratação de advogados, e geralmente não está preparado para

²²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo, RT, 2011 p. 120-121.

suportar o tempo de tramitação de um processo²²¹, o que gera um estímulo negativo em relação ao litígio. Importante mencionar que, conforme previsão dos arts. 789 e 789-A²²², da CLT as custas somente serão pagas ao final e são calculadas em 2% por cento sobre o valor da condenação e 5% sobre o valor da execução (até o limite máximo de R\$ 1.915,38 – mil novecentos reais e quinze reais e trinta e oito centavos), quando não há pagamento voluntário.

E mais, apesar de no Brasil a legislação adotar o sistema da sucumbência, no qual o vencido paga ao vencedor honorários ao advogado da parte contrária, no caso da Justiça Trabalhista, o TST editou a súmula 219²²³, na qual os honorários de sucumbência somente são devidos se o trabalhador estiver assistido por sindicato de sua categoria e receber salário inferior ao dobro do mínimo.

Nesse caso, qual seria o incentivo, por exemplo, de uma empresa considerada litigante habitual que senta no banco dos réus numa ação trabalhista para formalizar um acordo logo na audiência de conciliação, se para ela não há qualquer benefício econômico concernente à redução dos custos administrativos? Não há qualquer incentivo econômico para o litigante habitual reduzir o tempo de duração do processo, pois o valor que será ressarcido ao erário é calculado pelo valor da condenação e não pelo valor realmente despendido pelo Judiciário.

Some-se a isso, no caso de o processo durar a média de tempo mencionada anteriormente, o valor das custas em muitos casos não seria suficiente para ressarcir o Poder Judiciário, pois somente condenações que tenham valor

²²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15.

²²² Art. 789. Nos dissídios individuais e nos dissídios coletivos do trabalho, nas ações e procedimentos de competência da Justiça do Trabalho, bem como nas demandas propostas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição trabalhista, as custas relativas ao processo de conhecimento incidirão à base de 2% (dois por cento), observado o mínimo de R\$ 10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos) e serão calculadas:

I – quando houver acordo ou condenação, sobre o respectivo valor

Art. 789-A. No processo de execução são devidas custas, sempre de responsabilidade do executado e pagas ao final, de conformidade com a seguinte tabela:

I – autos de arrematação, de adjudicação e de remição: 5% (cinco por cento) sobre o respectivo valor, até o máximo de R\$ 1.915,38 (um mil, novecentos e quinze reais e trinta e oito centavos);

²²³ **Súmula nº 219 do TST. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1 ao item I) - Res. 197/2015, DEJT divulgado em 14, 15 e 18.05.2015**

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art.14,§1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305da SBDI-I)

aproximado de R\$ 500 mil gerariam custas suficientes para esse ressarcimento, o que dificilmente ocorre no âmbito trabalhista. Com efeito, conforme pesquisa realizada junto ao TRT da 2ª Região, compilando acórdãos que tratam especificamente da interpretação do art. 224, da CLT e tinham o Banco Bradesco como parte, foram pesquisados 210 acórdãos votados entre 2015 e 2016 dos quais apenas 32 estabeleciam na parte dispositiva o valor da condenação. Mesmo no universo considerado, nenhuma das condenações superou o valor mínimo necessário para o ressarcimento do Judiciário, sendo que o valor médio da condenação foi de R\$ 46.875,00 (quarenta e seis mil oitocentos e setenta e cinco reais), o que geraria custas no valor de apenas R\$ 937,50 (novecentos e trinta e sete reais e cinquenta centavos).

A questão que se mostra mais controversa sob o ponto de vista jurídico, portanto, é: Considerando que o Acesso à Justiça é um direito fundamental previsto na Constituição (e agora no novo CPC), como poderíamos considerar que esse enriquecimento se dá sem justa causa? Ora se a tutela jurisdicional é direito do litigante habitual, por quê estaria cometendo um ilícito capaz de gerar o dever de indenizar?

A resposta para essa questão depende, primeiro, do entendimento esposado inicialmente na dissertação, pelo qual não se deve confundir o direito de acesso à justiça com o direito de acesso ao Judiciário. Como afirmado outrora, o acesso à justiça, apesar de ser potencialmente alcançado pelo Judiciário não significa que este é o meio exclusivo para a verificação deste acesso. Existem outros meios que não o processo judicial para se garantir o acesso à justiça, ou à ordem jurídica justa. Nos Estados Unidos, por exemplo, pesquisas revelam que menos de 5% por cento das demandas jurídicas chegam a um julgamento²²⁴, muitas vezes os custos de litigar incentivam as partes a chegarem a um acordo. No tópico seguinte, todavia, se falará de forma mais aprofundada sobre este tema.

A resposta para a questão também depende de uma análise específica de cada caso, o que exige um exame detalhado de dados que permitam concluir que determinado comportamento se mostra abusivo e, portanto, se demonstrado que ele

²²⁴ Marc Galanter, *World without Trials*, A, 2006 J. Disp. Resol. (2006). Disponível em <<http://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2006/iss1/5>>, acessado em 20.02.2015.

excede os limites dos fins econômicos e sociais do processo (art. 187, do CC), considerado também ilícito. Logo, uma contextualização se mostra necessária: continuando no âmbito da Justiça trabalhista, analisando especificamente um tema e um dos maiores litigantes do Brasil, no caso o maior litigante privado do país²²⁵, o Banco Bradesco.

Segundo informações divulgadas pelo próprio Banco Bradesco no relatório anual destinado aos acionistas dos Bancos, o expressivo valor destinado a “provisões de processos trabalhistas”, que alcançou em 2014 a quantia de 1,28 bilhão de reais²²⁶, não teriam o condão de causar impacto significativo nas finanças do Banco²²⁷. E, com efeito, este valor corresponde a apenas 8,85% das “despesas com pessoal” do banco.

Neste mesmo relatório, acerca das ações trabalhistas, o Banco afirma textualmente o seguinte:

São ações ajuizadas por ex-empregados e terceiros, visando obter indenizações, em especial o pagamento de “horas extras”, em razão de interpretação do artigo 224 da CLT. Nos processos em que é exigido depósito judicial para garantia de execução, o valor das provisões trabalhistas é constituído considerando a efetiva perspectiva de perda destes depósitos. Para os processos com características semelhantes, a provisão é constituída com base no valor médio apurado dos pagamentos efetuados nas reclamações trabalhistas encerradas nos últimos 12 meses; e para processos originários de bancos adquiridos, com características peculiares, a apuração e a reavaliação do saldo necessário é realizada periodicamente, baseando-se na atualização do histórico de perda recente.

Desse parágrafo podem-se obter várias conclusões:

- a) As ações trabalhistas, em sua esmagadora maioria versam sobre interpretação do art. 224, da CLT;
- b) O Banco, via de regra, não paga voluntariamente o valor a que foi condenado, pois “garante a execução” através de depósito, o que significa que o mesmo interpõe os recursos e impugnações cabíveis para obstar o direito pleiteado pela parte contrária, assim podemos considerar que o tempo médio de cada

²²⁵ Conselho Nacional de Justiça. Os 100 maiores litigantes. CNJ, Brasília, 2011, p. 5.

²²⁶ Relatório DFP Bradesco, 2014, p. 198.

²²⁷ Idem ibidem, p. 184.

processo trabalhista envolvendo o Bradesco é de 67 meses, que é o tempo de duração média em um processo trabalhista sob o rito ordinário.

- c) O Banco prevê antecipadamente uma perda e possui até uma estimativa de perda média por ação, o que significa que possui plena consciência de que a tese jurídica que subsidia sua defesa é frágil e que as chances de condenação são grandes.

Com relação à primeira conclusão, a “interpretação do art. 224 da CLT”, em verdade já está pacificada desde a década de 1980 pelo TST. O art. 224²²⁸, da CLT prevê a jornada de trabalho dos bancários com duração de 6 (seis) horas, com um intervalo de 15 (quinze) minutos. Ocorre que no §2º do mesmo dispositivo há uma exceção à aplicação dessa regra aos gerentes e supervisores. Assim, com a intenção de aumentar ilegalmente a jornada de trabalho de seus funcionários as instituições “promovem” seus empregados a gerentes, mas que realizam tarefas meramente burocráticas, de sorte que estes tem que cumprir uma jornada acima da regulamentada no artigo citado.

O Tribunal Superior do Trabalho, numa súmula específica para esse tipo de caso, declarou a ilegalidade desse tipo de conduta. No inciso VI do enunciado da súmula nº 102 do TST há uma proibição expressa a essa conduta:

VI - O caixa bancário, ainda que caixa executivo, não exerce cargo de confiança. Se perceber gratificação igual ou superior a um terço do salário do posto efetivo, essa remunera apenas a maior responsabilidade do cargo e não as duas horas extraordinárias além da sexta²²⁹.

Nos demais itens da súmula restam esclarecidos os critérios para a demonstração do efetivo cargo de confiança que ensejaria a jornada de trabalho superior a 6 horas, sendo que no caso concreto o funcionário deve exercer efetivamente a função de coordenação, supervisão ou fiscalização. O caixa bancário, ainda que alcunhado de “caixa-executivo” ou “gerente de contas” não exerceria a função de confiança haja vista que suas tarefas de atendimento ao cliente fazem parte do cronograma empresarial, se consideradas as atividades bancárias típicas.

²²⁸ Art. 224 - A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal será de 6 horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 horas de trabalho por semana. CLT.

²²⁹ ex-Súmula 102/TST - RA 66/1980, DJ 18/06/80 e republicada DJ 14/07/80.

Dessa forma, não é difícil concluir que o comportamento institucional do Banco ao não pagar horas extras aos seus caixas após a sexta hora de trabalho, que corresponde à esmagadora maioria das reclamações trabalhistas movidas contra si é consabidamente ilegal e que muito provavelmente haverá condenação ao pagamento dessas verbas ao final do processo judicial.

Neste caso, esta circunstância demonstra a ausência de justa causa a ensejar o dano patrimonial que configura o enriquecimento sem causa por parte do Banco Bradesco. O banco age de forma institucionalmente ilegal tendo a consciência de que esse comportamento ilegal acarretará num sem número de processos trabalhistas que serão movidos contra si. O Bradesco tem o direito de acessar o judiciário, mas agir intencionalmente, contra jurisprudência pacífica, desenvolvendo políticas institucionais para burlar direitos que geram o ajuizamento de centenas ou milhares de ações anualmente, é considerada uma conduta ilícita porque extrapola os fins econômicos e sociais do direito de acesso à justiça. É causa de enriquecimento ilícito porque, conforme demonstrado, os custos de cada processo, via de regra, não são inteiramente ressarcidos ao Estado pelo banco.

O enriquecimento ilícito não se configura tão somente com aumento patrimonial, mas também com a obtenção de alguma vantagem, como por exemplo, não suportar uma despesa²³⁰. O empobrecimento, por sua via, pode consistir na diminuição do patrimônio ou no não recebimento de determinada verba em função da prestação de um serviço ou vantagem conseguida pela outra parte²³¹. Por exemplo no caso de uma pessoa ocupar o imóvel de outrem sem o pagamento de contraprestação²³². No caso específico o Bradesco utiliza a estrutura do Judiciário sem ressarcir inteiramente o valor devido pela utilização desse “recurso”.

²³⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Saraiva, São Paulo: 2002, p. 422.

²³¹ PELUSO, Cezar. *Código Civil Comentado*, 2ª ed, Barueri: Manole, 2008, p. 833.

²³² RESOLUÇÃO CONTRATUAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PERDAS E DANOS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. USO E FRUIÇÃO A EXIGIR CONTRAPRESTAÇÃO. Resolvido o contrato por inadimplência da promitente compradora, impõe-se recompor as partes contratantes ao seu estado originário. No caso, a promitente vendadora deverá devolver as parcelas pagas pela promitente compradora, com a incidência de correção monetária mais o desconto referente à cláusula penal. Em contrapartida, será devida indenização pelo uso que a promitente compradora fez do imóvel sem o pagamento de nenhuma contraprestação. Mantida a distribuição da sucumbência. RECURSO PROVIDO. BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Apelação Cível Nº 70057831042, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 30/01/2014.

Analisando o segunda conclusão decorrente do relatório apresentado pelo próprio Banco Bradesco, podemos perceber que a conduta da instituição em relação aos direitos trabalhistas causa danos não só aos seus trabalhadores como ao Poder Judiciário. Explica-se: o relatório denota que o Banco, via de regra, não paga voluntariamente o valor da condenação, pois grande parte de suas provisões com despesas trabalhistas são destinadas a depósitos visando “garantir a execução”, o que implica dizer que cada Reclamação trabalhista movida no Judiciário tem o tempo médio de tramitação (67 meses) e custa para este a quantia de R\$ 9.455,04 (novecentos e cinquenta e cinco reais e quatro centavos). Conforme demonstrado anteriormente, na esmagadora maioria dos casos a condenação dificilmente supera os 500 mil reais, de sorte que o valor das custas calculados em 2% sobre o valor da condenação dificilmente superará o valor dos gastos do Judiciário. Se a parte deixa de pagar a totalidade dos custos administrativos decorrentes de um processo judicial a que deu causa, esta conduta lhe proporciona um ganho financeiro às custas dos prejuízos suportados pelo Poder Judiciário. Considerando que a média do valor de condenação obtida nesta pesquisa é de cerca de R\$ 47 mil, sendo o valor das custas decorrentes dessa condenação de R\$ 940, pode-se concluir que para cada processo o judiciário, em média, tem um déficit aproximado de R\$ 8,5 mil reais por reclamação trabalhista.

Dessa forma, fica claro que a conduta, além de ser ilícita em relação aos seus funcionários, é ilícita em relação ao Poder Judiciário, pois lhe causa danos financeiros que não são ressarcidos pelo Banco. O último elemento ensejador da configuração do enriquecimento ilícito, neste caso, seria o nexo de causalidade, facilmente verificável pelas próprias informações prestadas pelo banco no seu relatório destinado a acionistas.

Se percebe, portanto, que sob dois aspectos as norma trabalhista que trata das custas judiciais não é eficiente porque: a) financeiramente, causa prejuízos ao Judiciário que não são ressarcidos pelos causadores do litígio; b) não contribui para a minimização dos custos sociais, uma vez que gera uma cadeia de incentivos positivos ao litígio.

Adiante, discutir-se-á, sob o ponto de vista do litigante, como é a cadeia de incentivos para litigar ou não decorrentes da norma trabalhista em vigor.

3.2.2 A estrutura de incentivos que favorece o comportamento abusivo do litigante habitual na Justiça do Trabalho

Configurado o enriquecimento ilícito, deve-se verificar as estruturas de incentivos a esse comportamento. De acordo com o modelo de minimização de custos sociais proposto por Cooter e Ulen²³³, se percebe que a legislação trabalhista que trata das custas processuais não gera uma cadeia de incentivos que estimule as partes a diminuir o tempo de tramitação (e, portanto, os custos administrativos) dos processos. Isso gera a maximização dos custos sociais e faz com que o processo fique mais distante de seus objetivos, principalmente da aplicação célere e eficiente da lei substantiva.

Mais uma vez citando os mais tradicionais juseconomistas²³⁴, para tomar uma decisão racional na decisão de litigar deve seguir uma cadeia de decisões analisando os custos e probabilidades de cada etapa processual. É de se referir que o processo judicial brasileiro é bastante diferente do que ocorre nos Estados Unidos, de onde se originou a análise feita por Cooter e Ulen²³⁵, assim devemos relativizar e adaptar algumas das conclusões levadas a efeito no caso americano.

Num exemplo simples, adaptado do trazido pelos juseconomistas estadunidenses²³⁶ acima citados, pode-se demonstrar como deve ser feito o raciocínio entre litigar ou firmar um acordo. Na hipótese apresentada pelos autores que se adapta ao exemplo fático acima citado, o ex-empregado que antes de ajuizar uma ação alega que o banco lhe deve 100 reais de horas extras, e faz uma proposta de acordo no valor de 50 reais, se o Banco rejeitar ele terá que pagar, digamos, 10 reais para litigar somando-se os custos judiciais e com a contratação de advogado. Se ele perde a ação ele teria que pagar 100, portanto qual seria a menor probabilidade de perda da ação que tornaria vantajoso aceitar o acordo proposto pelo ex-empregado?

Se não houver acordo, ambas as partes vão ao judiciário e o ex-empregado pode perder ou ganhar a ação. Se p indica a probabilidade do ex-empregado de

²³³ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. Law and economics — 6a ed. Pearson, Boston: 2010, p. 398.

²³⁴ POSNER, R. A. An economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, p. 399-458, jun. 1973.

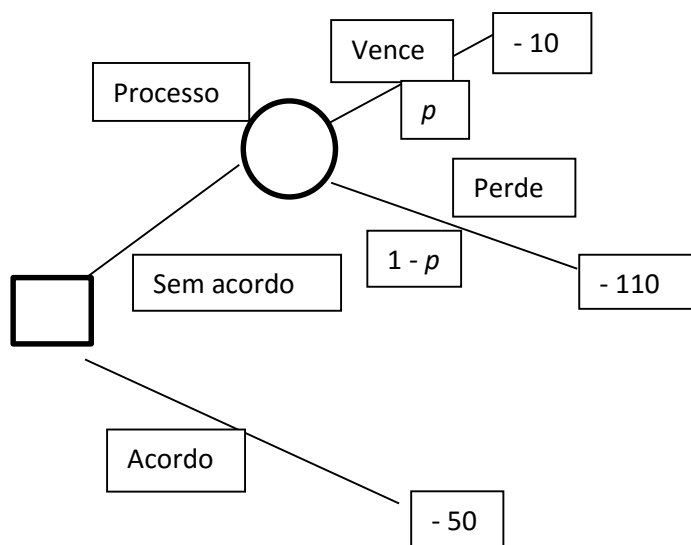
²³⁵ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. Law and economics — 6a ed. Pearson, Boston: 2010, p. 400.

²³⁶ Idem, ibidem.

ganhar a ação, então a probabilidade do réu perder a ação deve ser igual a $(1 - p)$. O retorno esperado pela Ré por não “aceitar o acordo” seria igual a $-10p - (110)(1 - p)$, e o retorno por aceitar o acordo de -50 . A probabilidade de vencer ou perder é o principal fator para saber se o acordo é vantajoso ou não, e para saber este valor deve-se equacionar os custos do processo com os custos do acordo da seguinte forma:

$$-10p - (110)(1 - p) = -50 \text{ o que resulta em } p = .6$$

Assim, o Banco deveria rejeitar o acordo se espera que a probabilidade de vencer seja pelo menos de 60%. Em muitas circunstâncias desenhar uma árvore com uma cadeia de decisões pode facilitar a escolha racional do agente:



Fonte: Cooter e Ulen, 2010, p. 400.

No caso específico que se está a analisar se percebe que para o banco, teoricamente, seria mais vantajoso fazer acordos extrajudiciais e evitar as despesas processuais, como o pagamento de custas e a contratação de advogados, tendo em vista que, diante da jurisprudência pacificada desde a década de 1980 é totalmente desfavorável à tese defensiva.

Estaria, então, o Bradesco agindo irracionalmente?

O fato de as custas e condenações só serem pagas ao final do processo, em valores que não afetam o funcionamento do banco e que não são suficientes para

ressarcir os gastos do Poder Judiciário, possibilitam ao Banco uma “moratória”, isto é, uma dilação no prazo para pagamento desta dívida, o que lhe permitiria investir esse capital na sua atividade principal e obter lucros. Pesquisas já demonstraram que a sonegação de impostos e obrigações legais realizada através de um processo judicial é uma forma de financiamento da atividade econômica, pois os juros e sanções decorrentes da conduta ilegal são menos impactantes do que se o agente obtivesse empréstimos bancários a juros médio de mercado para garantir o cumprimento dos direitos sonegados²³⁷.

Além disso, a instabilidade jurisprudencial e o fato de muitos processos serem decididos com base em questões processuais²³⁸ (para as quais os Bancos estão mais preparadas para arguir e impugnar) o que se discutiu no tópico 2.4 desta dissertação pode estimular o litígio, ainda que as probabilidades de êxito sejam baixas.

Esta última circunstância impacta na minimização do custo social do litígio pois aumenta a quantidade de erros judiciais que geram um estímulo à litigância por parte do banco, de acordo com a fórmula desenvolvida por Ulen e Cooter e que foi apresentada no tópico anterior.

Outra hipótese que explicaria o comportamento do Bradesco seria que nem sempre a totalidade dos prejudicados pela conduta ilegal do Banco não procuraria a justiça para ter seus direitos cumpridos, tornando vantajoso descumprir direitos ainda que sofresse condenações em âmbito judicial, conforme defende parte da

²³⁷ “A partir dos estudos desenvolvidos, verificou-se que a litigância quando vitoriosa e a sonegação, caso não descoberta, seriam as hipóteses que apresentariam maiores retornos para o contribuinte. Depreendeu-se também que a litigância, nos casos em que o contribuinte obtivesse liminar suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, a qualquer tempo seria opção mais vantajosa do que pagar o tributo e contrair empréstimo. Demonstrou-se ainda que a opção do contribuinte por declarar o tributo, não pagá-lo e aguardar ser executado, a partir do segundo ano, seria opção mais vantajosa do que obter empréstimo bancário. Constatou-se ainda que, mesmo nos casos de o contribuinte ter optado por sonegar e tenha sido descoberto, ao longo do tempo, esta opção seria mais vantajosa do que o empréstimo bancário. Neste sentido, demonstrou-se que nos casos de sonegação, quando aplicada multa de ofício de 75%, a partir do quarto ano esta opção seria mais vantajosa do que o empréstimo bancário. Restou assentado também que, mesmo na hipótese de ter sido aplicada ao contribuinte multa de ofício qualificada de 150%, ainda assim, a partir do sexto ano, a opção pela sonegação apresentaria retorno maior do que o empréstimo bancário”. (PLUTARCO, Hugo Mendes. *A sonegação e a litigância Tributária como forma de financiamento*. *Economic Analysis of Law Review*, V. 3, nº 1, p. 122-147, Jan-Jun, 2012, p. 145)

²³⁸ PINHEIRO, Armando Castelar. **Judiciário, reforma e economia**: A visão dos magistrados. 2003. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 17 dez 2015.

doutrina²³⁹. Não obstante ser lógico e intuitivo esse raciocínio, a sua comprovação não foi empiricamente demonstrada.

No caso específico que se discute neste tópico, obtiveram-se dados que demonstram que a hipótese de lucro baseado em “cifra negra”, isto é, de que boa parcela dos prejudicados pelas ilegalidades cometidas pelo banco não procuram o judiciário não é confirmada.

Buscou-se dados do número de Reclamações ocorridas no Estado de São Paulo, que concentra 30,88% do total de agências do Bradesco no país, de forma que a amostragem se mostra suficientemente grande para as conclusões adiante explicitadas. O quadro abaixo mostra o número de Reclamações trabalhistas movidas em face do Bradesco no TRT da 2ª Região²⁴⁰:

Ano	Nº de Reclamações trabalhistas
2011	332
2012	593
2013	721
2014	1.109
2015	1.360

Fonte: elaboração própria com dados obtidos junto ao TRT da 2ª Região.

O quadro seguinte contempla a evolução do quadro de pessoal do Banco, incluindo a projeção da diminuição do quadro de acordo com a quantidade de agências no Estado de São Paulo:

Ano	Mar	Dez	Estimativa de Demissões no Estado de São Paulo
2011	96.746	104.684	—
2012	105.102	103.385	515
2013	102.793	100.489	691
2014	99.545	95.520	1.207

²³⁹ Nesse sentido confira-se LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006; ORSINI, Adriana Goulart de Sena e RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. A litigância habitual nos juizados especiais em telecomunicações: a questão do excesso de acesso à justiça. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 55, n. 85, p. 21-46, jan./jun. 2012 e TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça*. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 23-35, 2011. p. 31.

²⁴⁰ Além do TRT da 2ª Região que engloba as Varas Trabalhistas da Capital e interior, também funciona no Estado de São Paulo o TRT da 15ª Região que atende à região da cidade de Campinas, cujas reclamações movidas em face do Bradesco não foram englobadas diante do não fornecimento dos dados por parte do Tribunal.

2015	94.976	93.696*	384
-------------	--------	---------	-----

* Até set 2015.

Fonte: elaboração própria com dados obtidos junto aos DFP's fornecidos pelo Bradesco entre os anos de 2012 e 2015.

Os dados demonstram que em 2014, seguindo-se as estimativas de demissões, 1.207 das demissões ocorreram em São Paulo, sendo que em 2014, foram ajuizadas 1.109 reclamações em São Paulo. Isto significa que, fazendo-se uma projeção, a relação entre a estimativa de demissões e Reclamações trabalhistas é de cerca de 91,88%. Em 2013 projeta-se que cerca de 691 funcionários foram demitidos em São Paulo, sendo que o número de Reclamações chegaram a 721. Em 2012 projeção do número funcionários demitidos em SP é de 515 e foram ajuizadas 593 Reclamações trabalhistas em São Paulo. Nestes dois últimos casos a relação entre demissões e reclamações trabalhistas é superior a 100%. As ressalvas que devem ser apresentadas é que a redução do número de funcionários não corresponde exatamente à quantidade de funcionários que foram desligados, tendo em vista que certamente há uma taxa de rotatividade de funcionários cujos dados não foram obtidos, o que aumentaria a diferença entre o número de funcionários demitidos e reclamações trabalhistas. Além disso, deve-se considerar que uma parte dessas reclamações contemplam terceiros vinculados a empresas de propriedade do banco que requerem a responsabilização solidária do mesmo, muito embora as despesas previstas com serviços de terceiros corresponda a apenas cerca de 29% do valor gasto com despesas de pessoal²⁴¹, conforme demonstrações divulgadas pelo Banco. O curioso é que as despesas com serviços prestados por terceiros também engloba boa parte da assessoria jurídica do banco, no entanto o relatório não especifica o valor.

A confirmação dessa conclusão é consistente com a pesquisa realizada pelo IBGE, na qual se constatou que, entre os anos de 2004 e 2009 apenas 7,4% das pessoas que vivenciaram conflitos trabalhistas declararam não ter procurado a Justiça, tendo como principal motivo não saber como utilizá-la²⁴².

Apesar dessas limitações é possível concluir que a doutrina que pregava que os grandes litigantes descumprem direitos esperando que parte significativa dos

²⁴¹ DFP, Bradesco, 2014 p. 79

²⁴² IBGE. Características da vitimização e do Acesso à Justiça no Brasil. Rio de Janeiro, 2010.

prejudicados não procurem o judiciário, ao menos neste caso específico, é equivocada, justamente porque não se confirma empiricamente.

Portanto, diante dos dados obtidos e excluindo-se a hipótese acima, pode-se lançar como hipóteses de fatores que incentivam o banco a litigar os seguintes:

- a) Baixo custo unitário do processo trabalhista, no que se refere às custas processuais que por força de lei são calculadas em apenas 2% sobre o valor da condenação;
- b) Baixo custo unitário do processo trabalhista, tendo em vista que o Banco, por ser o maior litigante privado do Brasil, realiza uma economia de escala na assessoria jurídica necessária para o acompanhamento das reclamações trabalhistas;
- c) Os custos decorrentes do processo, incluídos a condenação e as custas judiciais, somente são pagas ao final, após o encerramento do caso, o que lhe permite investir esses valores nas suas atividades, configurando-se uma verdadeira moratória no pagamento das dívidas;
- d) A instabilidade jurisprudencial e o fato de que o processo pode ser decidido com base em questões processuais (e não materiais) permitindo vitórias mesmo nos casos com baixa probabilidade de êxito gerando um otimismo, às vezes, irrealista em relação às chances de vitória no processo.

Com relação a esta última hipótese se percebe a perfeita aplicação da fórmula de Cooter e Ulen para calcular a minimização dos custos sociais. Os erros de aplicação da Lei substantiva ocorrem principalmente quando o juiz não tem a “perfeição de informações” necessárias para julgar o caso²⁴³. Quanto mais informações o Juiz tiver sobre o caso, menor seriam as chances de erro. Apesar de a jurisprudência do TST ser firme em relação à aplicação de condenações em horas extras para esse tipo de caso, questões processuais como o ônus da prova das horas extras ser atribuída ao trabalhador, o fato de praticamente toda a prova documental ser produzida unilateralmente pelo banco, além de um melhor aparelhamento para levantar questões processuais e impugnação de cálculos quando da execução, são circunstâncias que podem diminuir o percentual de êxito dos reclamantes.

²⁴³ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. Law and economics — 6a ed. Pearson, Boston: 2010, p. 398-399.

No caso específico a forma escolhida para avaliar a validade dessa hipótese foi analisar acórdãos que versavam sobre o tema e tinham o Bradesco como parte no processo. Foi realizada uma busca de jurisprudência junto ao TRT da 2ª região onde se analisaram 210 acórdãos, dos quais 123 foram aproveitados²⁴⁴, com 78 acórdãos dando total ou parcial procedência ao pedido do reclamante nas horas extras decorrentes da jornada prevista no art. 224 da CLT e 45 acórdãos julgando improcedentes os pedidos. Observa-se com maior facilidade esses números na tabela abaixo:

	Nº Total	Aproveitados	Procedentes Total ou Parcial	Improcedentes
Nº absoluto	210	123	78	45
Percentual	100%	58,57%	63,41%	36,59%

Fonte: Elaboração própria com dados obtidos junto ao TRT da 2ª Região.

Importante ressaltar que na esmagadora maioria dos processos em que foram julgados improcedentes os pedidos dos Reclamantes a questão processual, sobretudo o “ônus da prova”, foi decisivo para a resolução da questão. Essa pesquisa revelou que as principais modalidades de provas utilizadas pelo Bradesco para se eximir da obrigação de pagar a 7ª e 8ª horas extras aos Reclamantes eram as provas testemunhais (que são os próprios funcionários do banco) e documentos internos produzidos unilateralmente pela instituição.

Apesar da Jurisprudência pacífica, reiterada e constante do TST desde a década de 1980 orientar a aplicação da súmula nº 102 no sentido de que a mera nomenclatura atribuída a funcionários que realizam funções burocráticas, sem verdadeiro poder de gerência na instituição bancária estarem submetidos à jornada de bancário, em aproximadamente 1/3 dos casos analisados os pedidos de aplicação desse entendimento foram rejeitados.

Não obstante a isso, esse percentual de chance de êxito deveria, em tese, gerar um incentivo negativo para litigar ao banco. A questão é que também entra no cálculo decisional da litigância os custos, no caso em específico as custas processuais e custos com assistência jurídica, os quais, conforme argumentado

²⁴⁴ Alguns foram descartados porque não versavam sobre o art. 224, da CLT, não envolviam o banco Bradesco ou se tratavam de decisão em recurso de embargos de declaração, cujo acórdão já havia sido analisado anteriormente e não foi modificado nos embargos.

anteriormente são muito baixos, o primeiro porque calculado em apenas 2% sobre o valor da causa, o segundo porque, ao se utilizar economia de escala, se reduz drasticamente o custo unitário do processo. Assim, lembrando a fórmula introduzido por Cooter e Ulen²⁴⁵, aplicando-se com os dados obtidos nesta pesquisa, se percebe que quanto maiores forem os custos a serem pagos pelos réus, maior o retorno negativo esperado na demanda, o que afeta a cadeia de incentivos à litigância.

Digamos que valor pedido pelo Reclamante seja de R\$ 10 mil, que as probabilidades de êxito do Reclamado sejam 36% e as custas sejam calculadas em 2% sobre o valor da condenação, como ocorre atualmente:

$$- 200 \times 0,36 - (10.200) (1 - 0,36) = \text{retorno esperado}$$

$$\text{retorno esperado} = - 6.600 \text{ (prejuízo)}$$

Pensemos agora que ao invés de se pagar 2% de custas processuais, o réu fosse obrigado a pagar 10% sobre o valor da condenação:

$$- 1000 \times 0,36 - (11000) (1 - 0,36) = \text{retorno esperado}$$

$$\text{retorno esperado} = - 7.400 \text{ (prejuízo)}$$

A aplicação desse raciocínio confirma a hipótese aventada de que os baixos custos do litígio geram incentivos à litigância, mesmo quando estamos diante de uma chance de êxito pequena. Essa circunstância combinada à instabilidade jurisprudencial, muitas vezes provocadas pelo fato de que em muitos casos as decisões são tomadas em função de detalhes processuais, não levando em consideração o mérito material da questão²⁴⁶, gera um otimismo irrealista do réu, causando ainda mais distorções na cadeia de incentivos.

O otimismo irrealista, está ligado a uma limitação cognitiva do cérebro humano que estaria programado para ser otimista, levando as pessoas a investirem

²⁴⁵ - (custos x probabilidade) – (condenação + custos) x (1 - probabilidade) = - (acordo).

²⁴⁶ Conforme vimos no item 2.4 da presente dissertação, em relatório do IPEA (PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário, reforma e economia: A visão dos magistrados. 2003. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 17 dez 2015.)

menos em prevenção²⁴⁷, não usarem cinto de segurança ou dirigirem em alta velocidade²⁴⁸. Como dito no tópico 2.4 da presente dissertação, quanto mais difícil for estimar o resultado de uma demanda, maiores as chances de haver um hiato em relação às expectativas das partes no processo, bem como dos litigantes agirem com um otimismo irrealista²⁴⁹.

Com efeito, quando a decisão é tomada com base em “informações imperfeitas”²⁵⁰, isto é, quando o juiz não possui à sua disposição um quadro perfeito das circunstâncias fáticas, as chances de erros são maiores, o que acarreta, por conseguinte num maior custo social. No caso em apreço, utilizando-se a analogia desenvolvida por Cooter e Ulen²⁵¹, se percebe que quanto maiores forem os processos em que, mesmo descumprindo de fato o art. 224, da CLT, o réu se sair vencedor, maiores serão os incentivos para descumprir a lei (e isso retroalimenta a litigância).

Por exemplo, se a jurisprudência do TRT de São Paulo começar a decidir no sentido de que o “gerente de contas de pessoa jurídica”, que exerce apenas funções burocráticas comuns aos bancários, diante da circunstância de possuir uma chave de um dos cofres da agência, deve ser considerado gerente, aumentando o percentual de êxito do banco para 50% nesses casos, há um incentivo ao banco distribuir chaves de cofres aos seus gerentes de contas de pessoa jurídica através de uma política institucional, que afetará a cadeia de incentivos no sentido de aumentar a chance de litigância. Utilizemos o exemplo anterior para demonstrar matematicamente a comprovação dessa hipótese, no caso, o pedido de indenização no valor de R\$ 10 mil, com custas em 2% sobre o valor da possível condenação, mas percentual de êxito em 50%:

$$- 200 \times 0,5 - (10.200) (1 - 0,5) = \text{retorno esperado}$$

$$\text{Retorno esperado} = - 5.200 \text{ (prejuízo)}$$

²⁴⁷ BURGER, J. M.; BURNS, L. The illusion of unique invulnerability and the use of effective contraception. *Personality and Social Psychology Bulletin*, v. 14, p. 264-270, 1988

²⁴⁸ MCKENNA, F. P.; STANIER, R. A.; LEWIS, C. Factors underlying illusory self-assessment of driving skill in males and females. *Accident Analysis & Prevention*, v. 23, n. 1, p. 45-52, fev. 1991.

²⁴⁹ GICO JR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n. 1, jan./jun. 2010

²⁵⁰ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and economics* — 6a ed. Pearson, Boston: 2010, p. 398-402.

²⁵¹ Idem *ibidem*, p. 398-402.

Assim, se percebe que os erros judiciais (cujas chances aumentam diante da imperfeição das informações possuídas pelo juiz), acarretam num maior custo social e, por via de consequência, incentivam a litigiosidade. Consideram-se, portanto, confirmadas as hipóteses de que a) quanto menores os custos administrativos do litígio, maior será o incentivo à litigância e b) a instabilidade jurisprudencial e os erros cometidos na aplicação da lei substantiva geram incentivos à litigância.

3.3. AED Normativa: afetando a cadeia de incentivos dos litigantes habituais para diminuir o acesso ao Judiciário.

Diagnosticadas as causas da litigância nesse caso específico, que em função da necessidade de delimitação da dissertação ficou restrita ao estudo dos aspectos da litigância trabalhista do maior litigante do país, passa-se à aplicação da Análise Econômica do Direito em sua modalidade normativa, isto é, como o direito deve agir para rechaçar o abuso do direito de litigar e o enriquecimento sem causa dos litigantes habituais.

Com base no diagnóstico realizado nos tópicos anteriores se percebe claramente que a norma concernente ao recolhimento de custas na Justiça do Trabalho (arts. 789 e 789-A) não é eficiente, permitindo que a Justiça (Estado) arque com a maior parte dos custos administrativos decorrentes da demanda, gerando um enriquecimento ilícito em favor do banco.

Sugere-se duas possibilidades que ensejam a correção dessa distorção. A primeira delas reside na alteração legislativa e a segunda na hermenêutica jurídica. No primeiro caso a alteração legislativa deveria ser dirigida à CLT para que a mesma, ao invés de estabelecer um percentual fixo sobre a condenação a ser pago pelo sucumbente, deveria determinar o ressarcimento integral dos custos administrativos suportados pelo judiciário para cada processo. Mas essa medida talvez não fosse suficiente, também deveria estabelecer que as partes pagassem essas despesas no curso do processo e não somente após, especialmente em relação ao réu, que é a parte mais interessada, via de regra, na demora processual. Essa solução combateria dois aspectos ensejadores da litigância: a) os baixos custos do litígio; b) a moratória como forma de financiamento.

Não há nenhuma ilegalidade ou imoralidade nessa alteração legislativa, pois, tal qualquer outro bem posto à disposição para uso, como as lagostas²⁵² por exemplo, as partes devem pagar para usufruir de seus benefícios. O prosseguimento do processo para uma eventual fase seguinte dependeria pagamento pelos serviços já prestados pelo Judiciário. Ou seja, o causador do litígio tem que pagar para continuar usando os serviços do judiciário.

Consoante o afirmado anteriormente, por se tratar de tributo, da modalidade taxa²⁵³, as custas processuais, ainda que fossem estabelecidas no início e atualizadas ao longo do processo, não teriam o condão de alterar a cadeia de incentivos. O método de atualização do tributo é a taxa SELIC, que tem valor inferior à taxa de juros média cobrada no mercado, sendo que essa discrepância foi, inclusive, objeto de pesquisa que constatou que é mais vantajoso economicamente sonegar tributos do que obter crédito no mercado para pagá-los²⁵⁴, donde se presume que, em se tratando de um banco (como é o caso do Bradesco) seria mais vantajoso aplicar esse recurso em sua própria atividade, do que antecipadamente recolher essa taxa.

Ainda que a CLT preveja a necessidade, por exemplo, de se realizar o recolhimento de depósito recursal²⁵⁵ quando deseja recorrer a instância superior, esse valor não se destina a ressarcir o judiciário, apenas garantir a futura execução.

²⁵² A demora judicial excessiva não é consequência inevitável de que a demanda de litígio seja grande e a quantidade de tempo dos juízes limitada. A demanda de lagostas também é grande e a capacidade para aumentar a produção a fim de satisfazer aos novos incrementos da demanda também é limitada. As pessoas fazem filas para comprar litígios, mas não o fazem para comprar lagostas, porque o tempo judicial não está racionado pelo seu preço e o das lagostas está. Se a demanda de lagostas aumentou mais depressa que sua oferta, seu preço aumentaria até que se iguallassem oferta e demanda. Um sistema apropriadamente graduado de encargos para quem deseja que seus casos se atendam com prontidão teriam o mesmo efeito sobre o litígio. Se os preços para limpar o mercado (eliminando a fila) fossem muito elevados, ele seria um sinal de que uma inversão de recursos para contratar mais juízes provavelmente justificaria seu custo. Os preços poderiam ser elevados. Somente uma pequena fração dos litigantes poderia ter interesse suficiente em juízo célere para pagar uma taxa. Isso seria um sinal para não se contratar mais juízes. (POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económico, Mexico D.F, 1998.)

²⁵³ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 1444, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2003, DJ 11-04-2003.

²⁵⁴ PLUTARCO, Hugo Mendes. *A sonegação e a litigância Tributária como forma de financiamento*. *Economic Analysis of Law Review*, V. 3, nº 1, p. 122-147, Jan-Jun, 2012.

²⁵⁵ Art. 899 - Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.

§ 1º - Sendo a condenação de valor até 10 vezes o valor regional de referência, nos dissídios individuais, só será admitido o recurso inclusive o extraordinário, mediante prévio depósito da respectiva importância. Transitada em julgado a decisão recorrida, ordenar-se-á o levantamento imediato da importância do depósito, em favor da parte vencedora, por simples despacho do juiz.

A sugestão é que até a prolação da sentença, quando se define, ainda que provisoriamente, o sucumbente da demanda, as partes não sejam obrigadas a recolher antecipadamente as custas processuais. Após a sentença, a parte sucumbente só terá o recurso apreciado se ressarcir a integralidade dos custos administrativos suportados pelo Judiciário, além do depósito recursal, ressalvados, evidentemente, os casos em que haja isenção. Dessa forma a norma preveniria o enriquecimento ilícito por parte do causador da demanda, ao mesmo tempo que alteraria a cadeia de incentivos dos litigantes habituais, de forma a tornar o litígio pouco vantajoso, especialmente quando as probabilidades de êxito forem pequenas.

No que concerne à hermenêutica, a solução é a aplicação do art. 884 da CLT para o ressarcimento dos gastos exclusivamente suportados pelo Judiciário. Nesse caso se faria necessário o ajuizamento de uma ação por parte do Poder Público para executar esse valor, o que, certamente teria uma influência menor na cadeia de incentivos do litigante habitual, pois o cálculo do valor a ser executado somente poderia ser feito após o término de alguma das fases processuais e, ainda, não teria o condão de impedir o prosseguimento do processo. No entanto, de acordo com o teorema proposto anteriormente²⁵⁶, analisando as consequências previsíveis desta condenação, a execução desse ressarcimento teria repercussões na cadeia de incentivos do litigante, como demonstrado anteriormente, quanto maior forem os custos administrativos a serem despendidos pelas partes, maior será o prejuízo (retorno negativo) esperado da demanda.

Seria o caso, talvez, de o Judiciário calcular anualmente os valores a serem ressarcidos por cada litigante, no entanto essa tarefa exigiria um estudo macroeconômico dos custos envolvidos na aplicação dessa política, pois a mesma demanda um sistema de organização que permita aferir com exatidão os prejuízos causados em cada situação.

Uma outra alternativa hermenêutica já está sendo utilizada, ainda que em casos isolados na Justiça Trabalhista²⁵⁷, que é a condenação dos litigantes ao

²⁵⁶ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. Law and economics — 6a ed. Pearson, Boston: 2010, p. 398-402.

²⁵⁷ A exemplo disso ocorreu no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, no qual se condenou a empresa que praticava ilícitos trabalhistas de forma contumaz ao pagamento de indenização por esses danos, com base no art. 404, do Código Civil, 652, d e 832, §1º, da CLT. (Brasil, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região Recurso Ordinário. No. 0049300-51-2009-5-15-0137 RECURSO ORDINÁRIO RECORRENTE: FLÁVIA REGINA DA

pagamento de indenização pelos danos sociais²⁵⁸ decorrentes do descumprimento institucional e reiteradamente de direitos trabalhistas. A intenção desse tipo de indenização é que os descumpridores de direitos internalizem os custos dos riscos e prejuízos que sua conduta ilegal possa causar, investindo em segurança e eficiência²⁵⁹.

Ocorre que este tipo de condenação realizado em casos individuais já foi rechaçado tanto pelo TST²⁶⁰ quanto pelo STJ²⁶¹, que afirmou que este tipo de condenação não pode ser concedido de ofício pelo Juiz e tampouco pode ser requerida pelo autor individual, que não teria legitimidade para pleitear os danos sociais em uma ação individual. Importa mencionar que essa decisão foi tomada em sede de recurso repetitivo o que, ao menos em tese, vincularia as decisões a serem tomadas em outros casos semelhantes. Por ora esse tipo de condenação, portanto, resta afastada segundo interpretação dessas cortes uniformizadoras.

No que se refere à cadeia de incentivos geradas pela instabilidade jurisprudencial e erros judiciais cometidos na aplicação da Lei substantiva, se percebeu pela pesquisa realizada para a elaboração desta dissertação que muitos dos erros decorrem da aplicação da lei processual em detrimento da aplicação da lei material, isto é, porque há um excesso de formalismo no judiciário brasileiro, constatação esta também identificada em pesquisas anteriores²⁶².

Um fator está diretamente ligado ao outro, uma vez que o excesso de formalismos acarreta numa maior variedade de decisões, aumentando o hiato de expectativas das partes quanto ao resultado de uma demanda e, por via de

SILVA MACIEL RECORRIDO: PUNTO ESATTO COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE PIRACICABA)

²⁵⁸ De acordo com a doutrina danos sociais seriam: [...] lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral da pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população.” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O Direito como sistema complexo de 2ª ordem*. Estudos e pareceres de direito Privado, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 376.

²⁵⁹ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and economics* — 6a ed. Pearson, Boston: 2010, p. 203.

²⁶⁰ BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, Recurso de Revista nº11900-32.2009.5.04.0291, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, publicado no DJe em 24/08/2012.

²⁶¹ BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Seção. Rcl 12.062-GO, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 12/11/2014.

²⁶² A respeito ver DJANKOV, et al. *Courts. Quarterly Journal of Economics*. Cambridge, Mass., v. 118, n. 2, p. 453-517, may 2003 e PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário, reforma e economia: A visão dos magistrados*. 2003. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 17 dez 2015.

consequência, a litigiosidade. A solução sugerida pela doutrina para aumentar o número de acordos extrajudiciais e diminuir o acesso ao Poder Judiciário seria o aumento do capital jurídico, que se dá através da criação de uma jurisprudência dominante²⁶³. Essa solução só depende da atitude do judiciário e embora se diga que o juiz possa criar a norma jurídica, é necessário impedir que haja uma multiplicidade de normas para casos idênticos²⁶⁴, situação que gera insegurança (diminuição do capital jurídico).

A doutrina, há muito afirma, que não seria razoável que todos os juízes cheguem às mesmas conclusões, havendo a necessidade de se estabelecer uma norma jurídica ou um precedente que possua um alcance geral²⁶⁵. Como no Brasil se adotou o sistema da *civil law*, deve necessariamente haver uma maior cuidado com o estudo e aplicação dos precedentes, observando-se como ela é realizada nos países da *common law*. Por exemplo, os precedentes nesses países podem ser: a) declarativos ou criativos; b) obrigatórios ou persuasivos²⁶⁶. Os declarativos apenas aplicam uma norma jurídica, enquanto os criativos criam a norma a partir, por exemplo, de uma interpretação principiológica aplicada ao caso. Se ele for obrigatório o juiz deve necessariamente segui-lo, se persuasivo, serve apenas como elemento de fundamentação da decisão a ser tomada.

Por isso, a formação de um capital jurídico está necessariamente vinculado ao estudo da aplicação de precedentes, que devem ter como características a generalidade, continuidade e firmeza²⁶⁷, tal qual prevê o novo CPC, em seu art. 926²⁶⁸. No mesmo dispositivo se reporta fundamental o disposto no seu §2º, que prevê a necessidade de os Tribunais aterem-se às circunstâncias fáticas dos precedentes para editar os enunciados de uma súmula. Teoricamente, de acordo com o que prescreve o art. 927, do novo CPC, os juízes e tribunais estariam

²⁶³ GICO JR, Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: set/dez 2014, p. 163-198.

²⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. A força dos precedentes. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 221.

²⁶⁵ Idem, *ibidem*.

²⁶⁶ GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*. Madrid: Dykinson, 2009. (item 1.5, p. 253-273)

²⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. A força dos precedentes. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 221.

²⁶⁸ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

obrigados a seguirem os precedentes. Como dito no item 2.4 da presente dissertação, a correta aplicação desse dispositivo, somado a um maior nível de detalhamento e precisão na elaboração dos precedentes, pode, à longo prazo, aumentar a estabilidade jurisprudencial e diminuir, por conseguinte a litigiosidade.

IV – CONCLUSÕES

No início da pesquisa se esperava que a crise numérica do judiciário tivesse como fator determinante a atuação dos litigantes habituais e frívolos que se aproveitavam principalmente do baixo custo do litígio para descumprir direitos de forma institucionalizada ou “loterizar” o judiciário ao propor uma ação livre de quaisquer riscos.

Não se previra, no início, que o próprio judiciário fosse um dos principais, senão o maior, dos causadores da litigiosidade. Essa foi a maior surpresa e talvez a conclusão mais importante decorrente da pesquisa realizada, o Judiciário, por não investir no capital jurídico²⁶⁹, isto é na segurança jurídica, faz com que a ausência de previsibilidade de suas decisões crie um hiato de expectativas em relação as chances de êxito das partes em determinada ação. Ora, se apesar de haverem centenas de milhares de causas idênticas, não há decisão unânime e sedimentada sobre a questão jurídica, ou mesmo havendo uma decisão desse tipo, as partes sentem que a mesma pode ser modificada a qualquer tempo, não há qualquer incentivo para se evitar o litígio.

Talvez a grande conclusão dessa dissertação seja exatamente essa, ao invés das partes evitarem o litígio elas se perguntam se existem algum tipo de prejuízo ao adotar um comportamento litigioso. Não há motivos para evitar um litígio, mesmo sabendo que se tem apenas 30% por cento de chance de êxito, as custas são tão baixas e insignificantes que apostar não se mostra um comportamento completamente irracional.

Uma grande empresa como o Bradesco, que foi objeto de estudo, sobretudo no último capítulo, provavelmente realiza tal ponderação e chega à conclusão de que não é racional evitar o litígio se a insegurança jurídica permite aumentar as chances de êxito mesmo numa causa que, desde a década de 1980, é desfavorável ao banco. De igual sorte, não é coerente se evitar o litígio se muitas vezes a causa é decidida com base em questões processuais para as quais o banco possui mais estrutura e condições para propor. Não há motivo para se evitar o litígio se os gastos que o Estado tem com o processo que aumentam progressivamente com o tempo

²⁶⁹ GICO JR, Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: set/dez 2014, p. 163-198.

não são inteiramente ressarcidos pelo banco. Também não se mostraria uma conduta racional evitar um litígio se o Judiciário tem decidido no sentido de que a empresa não pode ser condenada a compensar danos sociais nem *ex officio*, muito menos quando a parte individualmente requer esse tipo de condenação. Buscar uma resolução extrajudicial não faz sentido se, mesmo com quase a integralidade das pessoas prejudicadas com o descumprimento institucionalizado de direitos buscando seus direitos na justiça, essas milhares de ações não causam impacto financeiro significativo nas finanças do banco. Não há qualquer incentivo, de igual modo, a se evitar a dilação do tempo do litígio ao máximo possível, pois não há qualquer tipo de sanção financeira e a sonegação de direitos é menos custosa do que o cumprimento dos mesmos no início do processo.

O judiciário só poderá arrefecer os efeitos desta crise se começar a entender que as decisões que profere causam efeitos e produzem estímulos para além das partes. Esses estímulos influenciam na decisão da parte em entrar com uma ação ou oferecer resistência a uma ação proposta por outrem.

Esta afirmação se sustenta também ao se analisar que a parte beneficiária da gratuidade de justiça, isto é, que não pode sofrer com qualquer sanção financeira pelo ajuizamento de uma demanda, não precisa levar em consideração que em apenas 11,34% dos casos terá êxito total em sua demanda²⁷⁰, pois a completa ausência de qualquer tipo de risco permite a realização de apostas gratuitas.

Ao mesmo tempo não se mostraria legítimo impedir a parte que goza do benefício da gratuidade de ajuizar uma ação, pois isto acarretaria num desestímulo às pessoas que realmente precisam do benefício de procurarem seus direitos. O que se entendeu necessário foi encontrar meios para identificar a litigância frívola, isto é, o processo que é ajuizado com baixas ou nulas probabilidade de êxito e que são verdadeiras apostas gratuitas das partes às custas do erário.

Uma das contribuições dessa dissertação foi a utilização das ferramentas de objetivação do processo que inicialmente se dispuseram a tentar diminuir os efeitos da crise numérica do judiciário e tiveram como consequência de sua aplicação a

²⁷⁰ Esse percentual corresponde ao número de ações que tiveram procedência total no caso em que o autor gozava do benefício da gratuidade de justiça no universo da pesquisa realizada por Tenenblat na Justiça Federal em 2009. TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, o. 23-35, 2011, p. 32.

pulverização dos processos em instâncias superiores, todavia não afetou a litigiosidade, conforme constataram os relatórios do CNJ e do Supremo Tribunal Federal²⁷¹. O fracasso nesse objetivo, todavia, permite que estas ferramentas sejam utilizadas como identificação de demandas frívolas (seja da pretensão do autor, seja da pretensão do réu), de modo que desde o início do processo o juízo já possa aferir com segurança se o comportamento da parte se mostra abusivo. Portanto é importante que haja uma reflexão sobre a gratuidade de justiça, sobretudo quando o juiz perceber a frivolidade da pretensão da parte que goza desse benefício. A dissertação abre, assim, uma linha para pesquisas posteriores e mais aprofundadas nesse aspecto.

Outra contribuição desta pesquisa foi a identificação dos litigantes habituais (aqueles que possuem a maior frequência de encontros com o Judiciário²⁷²), dentre os quais o Estado, e qual seria o seu grau de contribuição com a crise numérica do judiciário. Percebeu-se que os litigantes habituais, além de reduzirem os custos unitários do processo através da utilização de uma economia de escala na sua assessoria Jurídica, não ressarcem o poder judiciário com a totalidade das despesas havidas com o processo.

O Estado, o maior contribuinte numérico para a crise numérica, pois é o maior litigante em todas as esferas do Poder Judiciário, apesar de ter que agir com base no princípio da legalidade, age de forma institucionalmente ilegal. Cumprir direitos significa gastos, quanto mais for postergado o cumprimento das obrigações legais, menos afetado é o orçamento no governo. Ou seja, apesar de o Estado ter consciência de que poderá ser condenado em demanda futura (e ainda terá que arcar com os custos da estrutura judiciária) entende que a procrastinação dos processos é uma forma vantajosa de litigar, pois evita a afetação imediata de seu orçamento. Some-se a isso que as condenações ao pagamento de multas por litigância de má-fé, além de raras, geralmente são estabelecidas em 1% sobre o valor da causa, o que praticamente não afeta a cadeia de incentivos do litígio estatal.

²⁷¹ Confira-se os relatórios do CNJ de 2014 e 2015 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2014: ano-base 2013/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2014. E CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2015: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015) e o Relatório do Supremo em números de 2013 (FALCÃO, Joaquim... [et al.]. *II Relatório Supremo em Números: o Supremo e a Federação* - Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2013).

²⁷² Conceito este introduzido por Galanter, Cappelletti e Garth. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15.

Com relação ao Estado, todavia, a originalidade da pesquisa reside sobretudo na análise dos dados relativos aos temas afetados por repercussão geral no STJ, dos quais 83,15% envolviam o Estado, suas autarquias ou empresas. Esse percentual confirmou a hipótese aventada anteriormente segundo a qual as demandas movidas em face do Estado possuem sempre um potencial efeito multiplicador, isto é, as causas em que o Estado é parte, sobretudo naquelas em que sofre condenação, afetam a cadeia de incentivos de outras partes que se encontram em situações semelhantes à demanda original. Esta constatação também permite demonstrar o quão importante é ao Judiciário decidir de forma detalhada e precisa, evitando-se aberturas a interpretações mais abrangentes do precedente que possam gerar o ajuizamento de ações por partes que não se encontrem em igualdade às condições desse precedente. Isto também deve ser objeto de pesquisas posteriores e mais aprofundadas.

Todos esses litigantes, na individualidade de suas peculiaridades, utilizam o direito de acesso à Justiça fora dos parâmetros de seus fins sociais e econômicos donde se conclui que este tipo de conduta representa abusividade no uso do direito, isto é, uma ilicitude, segundo o art. 187 do Código Civil.

Se demonstrou que se o “acesso à justiça” não pode ser confundido com “acesso ao judiciário” ou “direito de petição”, significa, por outro lado, acesso à ordem jurídica justa, de sorte que deve ser interpretado dentro das limitações impostas pelos fins sociais e econômicos de seu uso. Essa premissa realizada logo no início da dissertação guiou o desenvolvimento das conclusões a que se chegou ao final.

Diante de tantos incentivos ao litígio, essa definição serve como uma nova maneira de se interpretar o comportamento litigioso daqueles que se utilizam abusivamente do poder judiciário. Uma maneira mais pragmática e consequencialista de interpretar o direito de acesso à justiça. O Judiciário, um dos principais responsáveis pela sua própria crise numérica, deve analisar as consequências que suas decisões possuem na cadeia de incentivos das partes em relação à decisão de litigar ou não. Ele deve, através de suas decisões garantir o atingimento de uma ordem jurídica justa, na qual as partes sejam incentivadas a manterem suas contendas fora do judiciário. A ordem jurídica somente pode ser

alcançada se o Judiciário demonstrar aos litigantes que litigar não é um caminho vantajoso e deve ser realmente a última *ratio* para a resolução dos conflitos.

Destaque-se que a pesquisa demonstrou que o senso comum da doutrina pátria se mostrou, ao menos, parcialmente equivocado quando afirmava que o grande litigante apostaria na ilegalidade de seus atos porque uma parte significativa dos prejudicados não procuraria o Judiciário, o que se alcunhou de “cifra negra”. A coleta de dados aqui realizada, por ser compatível com pesquisas realizadas anteriormente por órgãos oficiais²⁷³, demonstra que quase a totalidade das pessoas prejudicadas pelas condutas ilícitas no âmbito trabalhista terminam por ajuizar ações em face do Bradesco.

Todavia, mesmo diante desta constatação o comportamento litigioso dos grandes litigantes se mantém completamente racional.

Enquanto, por exemplo, a CLT prever em seus dispositivos custos judiciais tão baixos que não desestimule o comportamento litigioso da parte, muito menos permita que o Estado se ressarça em relação a parcela de recursos que cada processo efetivamente consome de seu orçamento, o maior litigante privado do país, continuará se perguntando “por que não?”. A CLT, sobretudo no que se refere à questão da condenação das partes ao pagamento das custas processuais se mostra ineficiente, pois o valor das custas não são elevadas o suficiente para ressarcir o Poder Judiciário e, menos ainda, para desestimular a parte em apostar mesmo numa pretensão com baixa chance de êxito.

Enquanto o percentual de erros na aplicação da lei substantiva²⁷⁴ for elevado ao ponto de conservar intacta a cadeia de incentivos dos litigantes, especialmente mantendo-se o hiato nas expectativas de êxito das partes, as políticas institucionais ilegais continuarão a ser empregadas e a litigiosidade se retroalimentará.

Isto é, enquanto não for desenvolvido e cumprido um sistema de precedentes que permita uma maior previsibilidade das decisões judiciais, que seja geral, contínuo e firme, como prescreve o novo CPC na redação do art. 926, não há

²⁷³ IBGE. Características da vitimização e do Acesso à Justiça no Brasil. Rio de Janeiro, 2010 e PINHEIRO, Armando Castelar. **Judiciário, reforma e economia**: A visão dos magistrados. 2003. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 17 dez 2015.

²⁷⁴ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. Law and economics — 6a ed. Pearson, Boston: 2010.

qualquer luz no fim do túnel em relação à crise numérica do judiciário. Enquanto não houverem sanções aos litigantes frívolos que se utilizam do seu direito de acesso à justiça fora dos limites de sua utilização segundo os fins sociais e econômicos de sua pretensão, estes continuarão a se perguntar “por que não litigar?”.

O arrefecimento da crise numérica do judiciário passa, portanto, pela necessidade de se aplicar uma hermenêutica consequencialista, mais voltada ao cumprimento do direito substancial, evitando-se formalismos que aumentem o percentual de erros na aplicação da lei substantiva, que permita a condenação dos litigantes causadores do litígio a ressarcirem a totalidade dos custos havidos com o processos, incluindo-se também os custos para compensação de danos sociais decorrentes de condutas institucionalmente ilegais, revertendo-se o enriquecimento ilícito desses litigantes, conforme demonstrado anteriormente. Num arremate pretensioso poder-se-ia dizer que a dissertação permite ao Judiciário entender os “quem(s)” e “por quê(s)” que afetam consideravelmente sua crise numérica e possa atacar diretamente as causas desse problema de forma a reverter essa cadeia viciosa de incentivos ao litígio. O Judiciário agora possui algumas ferramentas que lhe permitem fazer com que aqueles que abusam do direito de acesso à justiça deixem de indagar “por que não litigar?” e passem a se perguntar “por que litigar?”.

REFERÊNCIAS

1) LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL, LEI Nº 1.060, DE 5 DE FEVEREIRO DE 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Diário Oficial, Rio de Janeiro, 13 de fevereiro de 1950.

BRASIL, ATO INSTITUCIONAL Nº 1, DE 9 DE ABRIL DE 1964. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Diário Oficial, Rio de Janeiro-GB, 9 de abril de 1964.

BRASIL, ATO INSTITUCIONAL Nº 6, DE 1º DE FEVEREIRO DE 1969. Altera a composição e competência do Supremo Tribunal Federal, amplia disposição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 e ratifica as emendas constitucionais feitas por Atos Complementares. Diário Oficial, Brasília, 1º de fevereiro de 1969;

BRASIL, LEI Nº 4.348, DE 26 DE JUNHO DE 1964. Estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança, Brasília, 26 de junho de 1964.

BRASIL, LEI No 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Institui o Código de Processo Civil, Brasília, 11 de janeiro de 1973.

BRASIL, LEI No 6.830, DE 22 DE SETEMBRO DE 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências, Brasília, 22 de setembro de 1980.

BRASIL, LEI Nº 7.244, DE 7 DE NOVEMBRO DE 1984. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas, Brasília, 8 de novembro de 1984.

BRASIL, LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, Brasília, 26 de setembro de 1995.

BRASIL, LEI Nº 10.259, DE 12 DE JULHO DE 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, Brasília, 12 de julho de 2001.

BRASIL, LEI Nº 12.016, DE 7 DE AGOSTO DE 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências, Brasília, 7 de agosto de 2009.

BRASIL, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil, Brasília, 16 de março de 2015.

BRASIL, LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil., Brasília, 10 de janeiro de 2002.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, Organização das Nações Unidas, 1948.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Projeto de emenda a lei federal nº H.R. 2655. Disponível em <<https://www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/2655/text>>, acessado em 15 de dezembro de 2015

2) JURISPRUDÊNCIA

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, CORTE DE NOVA IORQUE CASO Nº 38 N.Y.2d 397, 343 N.E.2d 278, 380 N.Y.S.2d 635 (1975).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. CORTE DE APELAÇÃO DA CALIFÓRNIA. Grimshaw x Ford Motor CO. Case 119 CA3d 757, 1981.

BRASIL. Tribunal da Apelação do Distrito Federal. Rio de Janeiro. 5ª Câmara. Voto do Presidente e Relator Saboia Lima, publicada no DJ em 1º de março de 1943. Revista dos Tribunais. [s.l]: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 24, jul.-set. 1998. p. 27-28.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho: Súmula Nº 362 FGTS – Prescrição: É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho Redação original - Res. 90/1999, DJ 03, 06 e 08.09.1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgRg no AG 314836/RS. Rel. Min. Garcia Vieira. Brasília, DOU de 25 set 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. ERESP 174532/PR. Relator: Min. José Delgado. Brasília, DOU de 18 jun 2001.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 1444, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2003, DJ 11-04-2003.

Brasil, Supremo Tribunal Federal, Súmula nº 672 Data de Aprovação Sessão Plenária de 24/09/2003 Fonte de Publicação DJ de 9/10/2003, p. 4; DJ de 10/10/2003, p. 4; DJ de 13/10/2003, p. 4. Republicação: DJ de 1º/6/2004, p. 1; DJ de 2/6/2004, p. 1; DJ de 3/6/2004, p. 1.

Brasil, Tribunal Regional Federal -2ª Região - AC: 370308 RJ 2004.51.01.023874-0, Relator: Desembargador Federal RICARDO REGUEIRA, Data de Julgamento: 12/07/2006, SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data: 30/08/2006 - Página:189.

DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL [...] Por não ter agido a Municipalidade com dolo de prejudicar a parte executada, bem como por se tratar de erro escusável, tenho que não estão presentes os requisitos caracterizadores da má-fé. BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ AC: 3948256 PR 0394825-6, Relator: Sérgio Rodrigues, Data de Julgamento: 14/08/2007, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 7469.

Brasil, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região Recurso Ordinário. No. 0049300-51-2009-5-15-0137 RECURSO ORDINÁRIO RECORRENTE: FLÁVIA REGINA DA SILVA MACIEL RECORRIDO: PUNTO ESATTO COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE PIRACICABA.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 949.166 [...] É nítido o intuito protelatório do recurso, dando ensejo à aplicação da penalidade prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, à razão de 1% do valor corrigido da causa EDcl no AgRg no Ag 936.404/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 14/10/2008.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 1035847, Relator Ministro Luiz Fux, [...] Embargos de declaração rejeitados, com a condenação da embargante ao pagamento de 1% (um por cento) a título de multa, pelo seu caráter procrastinatório (artigo 538, parágrafo único, do CPC), em face da impugnação de questão meritória, estar submetida ao rito do artigo 543-C, do CPC. EDcl no REsp 1035847/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009.

BRASIL, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal. Inteiro Teor do Acórdão prolatado no Recurso Inominado de nº ACJ: 26934320098070010 DF 0002693-43.2009.807.0010, Relator: FERNANDO ANTONIO TAVERNARD LIMA, Data de Julgamento: 23/02/2010, Data de Publicação: 09/03/2010, DJ-e Pág. 135.

BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DA 5ª REGIÃO. Apelação Cível nº 473357 PE 0017916-22.2008.4.05.8300, Relator: Desembargador Federal Francisco Barros Dias, Data de Julgamento: 11/05/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça Eletrônico - Data: 20/05/2010 - Página: 260 - Ano: 2010

Brasil, Supremo Tribunal Federal AI 843753 RG, Relator(a): Min. MINISTRO PRESIDENTE, julgado em 09/06/2011, DJe-167 DIVULG 30-08-2011 PUBLIC 31-08-2011 EMENT VOL-02577-02 PP-00344

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO RECURSO INOMINADO Nº 02457606820098190001 RJ 0245760-68.2009.8.19.0001, Relator: MARCIA DE ANDRADE PUMAR, Quinta Turma Recursal, Data de Publicação: 13/12/2011 16:40.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal - Rcl: 13278 MG , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 28/06/2012, Data de Publicação: DJe-150 DIVULG 31/07/2012 PUBLIC 01/08/2012.

BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, Recurso de Revista nº11900-32.2009.5.04.0291, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, publicado no DJe em 24/08/2012.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, APL: 00062655020018260271 SP 0006265-50.2001.8.26.0271, Relator: Nuncio Theophilo Neto, Data de Julgamento: 07/11/2013, 14ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 19/11/2013.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Apelação Cível Nº 70057831042, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 30/01/2014.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. APC: 20120310277412 DF 0027056-13.2012.8.07.0003, Relator: SIMONE LUCINDO, Data de Julgamento: 17/09/2014, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 26/09/2014 . Pág.: 85.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO ESPECIAL: 1139893 SE 2009/0090425-6, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 09/09/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/10/2014.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Seção. Rcl 12.062-GO, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 12/11/2014.

Brasil, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. - AP: 00010282320115020006 SP 00010282320115020006 A28, Relator: MARCOS NEVES FAVA, Data de Julgamento: 05/02/2015, 14ª TURMA, Data de Publicação: 13/02/2015.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo no Recurso Extraordinário nº 709212, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. APELAÇÃO CÍVEL Nº 70063863369 RS, Relator: Cairo Roberto Rodrigues Madruga, Data de Julgamento: 29/04/2015, Vigésima Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/05/2015

Brasil, Supremo Tribunal Federal (Suspensão de Segurança 5013 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 30-09-2015 PUBLIC 01-10-2015)

Brasil, Supremo Tribunal Federal, Súmula Vinculante nº 51. Data de Aprovação Sessão Plenária de 18/06/2015 Fonte de Publicação DJe nº 121 de 23/06/2015, p. 1. DOU de 23/06/2015, p. 1.

3) DOCUMENTOS OFICIAIS

BANCO MUNDIAL. *Fazendo com que a justiça conte: medindo e aprimorando o desempenho do Judiciário no Brasil*. Unidade de Redução de Pobreza e Gestão Econômica, América Latina e Caribe. Banco Mundial, 2004.

BRASIL, Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. *Judiciário e economia*. Brasília, 2005. Disponível em <<http://www.mju.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>>>. Acesso em 25/07/2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Os cem maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: série histórica: todos os ramos (2004 - 2008)*. Brasília: CNJ, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2014: ano-base 2013/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2014.*

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2015: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015.*

FALCÃO, Joaquim... [et al.]. *II Relatório Supremo em Números: o Supremo e a Federação* - Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2013.

IBGE. Características da vitimização e do Acesso à Justiça no Brasil. Rio de Janeiro, 2010.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal*, Comunicado nº 83, 2011 disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf>, acessado em 20 de novembro de 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Tribunal calcula quanto cada processo custa para a sociedade*. 2008, <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=86889>. Acesso em 20/11/2013.

4) TEXTOS DOUTRINÁRIOS

AIRES FILHO, Zilmar Wolney. O superendividamento e os contratos bancários de mútuo onerosos: alternativas para solução. Dissertação (Mestrado). Direito e Políticas Públicas, Uniceub, Brasília: 2012.

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O Direito como sistema complexo de 2ª ordem....* Estudos e pareceres de direito Privado, São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, L. R. ; Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

BECKER, Gary. Crime and Punishment: An Economic Approach. ,Journal of Political Economy, 1968, vol. 76.

BURGER, J. M.; BURNS, L. The illusion of unique invulnerability and the use of effective contraception. Personality and Social Psychology Bulletin, v. 14, p. 264-270, 1988.

- BUSCAGLIA, E.; ULEN, T. A quantitative assessment of the efficiency of the judicial sector in Latin America. *International Review of Law and Economics*, v. 17, n. 2, p. 275-292, jun. 1997.
- CALABRESI, Guido, "Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts" (1961). Faculty Scholarship Series. Paper 1979. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1979>, Acesso em 27/08/2015.
- CANOTILLHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra, Almedina: 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CASSONE, Vitório. Contribuição Previdenciários dos Administradores, Autônomos e Avulsos Declarada Inconstitucional pelo STF – A Problemática de sua Compensação em Face do art. 166 do CTN e Art. 89 da Lei nº 8.212/91 na Redação da Lei 9.032/95. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, ano 6, nº 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, jul-set de 1998.
- CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. *Diagnóstico da Instabilidade Jurisprudencial em Matéria Tributária no Brasil*. Revista Direito e Liberdade, Mossoró, jul/dez 2006.
- COASE, R.H. *The Problem of social cost*. Journal of Law and Economics, 3, 1960.
- COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and economics* —6a ed. Pearson, Boston: 2010.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Leituras Complementares de Processo Civil*, 9. ed. Org. Fredie Didier Jr. p. 291-316.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *As Causas Repetitivas e a Necessidade de um Regime que lhe seja Próprio*. Ver. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 25, n. 2:235-368, jul/dez, 2009.
- CUNHA, Rosanne Gay. *Revista Direito e democracia / Universidade Luterana do Brasil – Ciências Jurídicas*. – Canoas: Ed. ULBRA, 2000.

- DAKOLIAS, M. *Court performance around the world: a comparative perspective*. Washington, DC: World Bank Publications, 1999.
- DAKOLIAS, M. *The judicial sector in Latin America and the Caribbean: elements of reform*. Washinton, DC: The World Bank, 1996.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009. vol. 1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol I*. São Paulo, Malheiros, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- EPP, Charles R. Implementing the rights revolution: repeat players and the interpretation of diffuse legal messages. *LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS*. [Vol. 71:41], Spring 2008.
- FERNANDEZ, Leandro. Metodologia da pesquisa e a análise econômica do direito. *Ciência Jurídica*, v. 26, n. 164, p. 145–176, mar./abr., 2012.
- FIÚZA, Cesar. *Contornos Teórico-Dogmáticos do princípio do enriquecimento sem causa*. *Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte*, n. 54, p. 49-68, jan./jun. 2009
- GALANTER, Marc, Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, *9 L. & SOC’Y REV.* 95, 124 (1994).
- GALLOTTI, Luiz Octavio. *A Prática da Competência do Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, jan/mar 1991.
- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*. Madrid: Dykinson, 2009.
- GICO JR, Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário*. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: set/dez 2014, p. 163-198
- _____. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n. 1, jan./jun. 2010.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HARRIS, Catherine T.; PEEPLES, Ralph; and METZLOFF, Thomas B. (2008) "Does Being a Repeat Player Make a Difference? The Impact of Attorney Experience and Case-Picking on the Outcome of Medical Malpractice Lawsuits," *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*: Vol. 8: Iss. 2, Article 1.
- JUNOY, Joan Picó I. *Las garantías Constitucionales Del Proceso*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1997.
- KUHN, Thomas. A Estrutura das Revoluções Científicas, 5. Ed, São Paulo: Perspectiva, 1998.
- LANDES, W. M. An economic analysis of the courts. *Journal of Law and Economics*, v. 14, n. 1, p. 61-107, abr. 1971. p. 66-69
- LEGGET, Christopher. The Ford Pinto Case: The Valuation of Life as it Applies to the Negligence-Efficiency Argument. 1999. Acessado em: <<http://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>> em 07 mar de 2013
- LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. Poder normativo das agências reguladoras e controle judicial. Dissertação (Mestrado). Direito e Políticas Públicas. Uniceub, Brasília, 2012.
- LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006
- MACHADO, Débora Batista de Oliveira Costa. O julgamento da união estável dos homossexuais: um estudo acerca dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal que reconheceram a união estável homoafetiva como entidade familiar nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Dissertação (Mestrado). Direito e Políticas Públicas, Uniceub, Brasília: 2012.

- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2001.
- MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. *O Direito de Acesso à Justiça e a Análise Econômica da Litigância: A maximização do acesso pela busca da efetividade*. Tese Submetida ao Curso de Doutorado da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.
- MARINELA, Fernanda, *Direito Administrativo*, 6ª edição, Niterói: Impetus, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da igualdade. A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2012
- MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. 3. ed. atualizada por José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense
- MCGUIRE, Kevin T. Repeat Players in the Supreme Court: The Role of Experienced Lawyers in Litigation Success. *The Journal of Politics*. Vol. 57, No. 1 (Feb., 1995), pp. 187-196.
- MCKENNA, F. P.; STANIER, R. A.; LEWIS, C. Factors underlying illusory self-assessment of driving skill in males and females. *Accident Analysis & Prevention*, v. 23, n. 1, p. 45-52, fev. 1991.
- MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, 3ª ed: Forense, Rio de Janeiro, 2011.
- MONTORO, André. *Introdução à ciência do direito*. 26. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- NEUMANN, J.; MORGENSTERN, O. *Theory of games and economic behaviour*. Princeton: Princeton Press, 1953.
- ORSINI Adriana Goulart de Sena, e RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. *A Litigância Habitual nos Juizados Especiais em Telecomunicações: A Questão do “Excesso de Acesso à Justiça*. XXI Congresso Nacional do Conpedi/Universidade Federal Fluminense, anais p. 142/170, Niterói, 2012.

- PATRÍCIO, Miguel C. T. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 68.
- PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário, reforma e economia: A visão dos magistrados*. 2003. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 17 dez 2015.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PLUTARCO, Hugo Mendes. *A sonegação e a litigância Tributária como forma de financiamento*. *Economic Analysis of Law Review*, V. 3, nº 1, p. 122-147, Jan-Jun, 2012.
- POSNER, Eric. *Símbolos e normas sociais na política e no direito*. *Direito e Economia: textos escolhidos*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 239.
- PORTO, Antônio José Maristrello. *ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)*. FGV, Rio de Janeiro: 2013.
- POSNER, R. A. An economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, p. 399-458, jun. 1973.
- POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica, Mexico D.F, 1998.
- POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- RACHLINSKI, J. J. Gains, losses, and the psychology of litigation. *Southern California Law Review*, California, v. 70, n. 1, p. 113-185, 1996.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Lisboa: Presença, 1993.
- ROCHA, José Cláudio e ALVES, Cristiano Cruz. *Meritum – Belo Horizonte – v. 6 – n. 1 – p. 133-161 – jan./jun. 2011*.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Saraiva, São Paulo: 2002

- ROSSETI, Disney. As atividades de inteligência de estado e de polícia e a lei de acesso a informação no contexto do estado democrático de direito. Dissertação (Mestrado). Direito e Políticas Públicas, Uniceub, Brasília: 2012.
- RUI STOCCO, p. 7. *apud* COLIN e CAPITANT. Droit Civil Français. Paris, 1923, p. 358, letra b.
- SALAMA, Brono Meyerhof. O que é Direito e Economia? Direito e Economia. TIMM, Luciano Benetti (Org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público: uma perspectiva metodológica, *Direito Processual Público: A Fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000. Coords. Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Da microeconomia à microssociologia*. Revista Justiça para Democracia. Jan/jun 1996.
- SARAIVA, Leonardo Freire. *Punitive Damages* e o Direito brasileiro: critérios utilizados em sua aplicação pelos tribunais brasileiros. Monografia (Graduação), Curso de direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.
- SHAVELL, S. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, Mass.: Harvard University, 2004.
- SILVA, Priscilla Santana. A dignidade da vida humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um estudo acerca do processo e do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510, que versou sobre a validade jurídica das pesquisas com células-tronco, sob as luzes do magistério doutrinário. Dissertação (Mestrado). Direito e Políticas Públicas, Uniceub, Brasília: 2012.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito Processual Constitucional*. Revista Estação Científica, vol. I., n. 04, Juiz de Fora, 2009.
- TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à Justiça*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, o. 23-35, 2011.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. O princípio da moralidade no direito tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.) O princípio da moralidade no direito tributário. 2 ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. *O efeito vinculante como ferramenta do ativismo judicial do STF*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. v. 45. n.178.. abr./jun. 2008.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988

WATANABE, Kazuo. O futuro da justiça: alguns mitos. *Temas de direito processual*. 8. Série. São Paulo: Saraiva, 2004.