

## **2 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, ao qual é dedicado o estudo deste tópico, é a figura dos “litigantes habituais”, “frequentes” ou “*repeat players*”, como conhecidos na terminologia norte-americana<sup>60</sup>.

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 Judiciário (CAPPELLETTI, 1988, p. 11), 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, têm experiência judicial muita mais extensa e desenvolvida. A grande vantagem verificada é que o litigante frequente, via de regra, trabalha em economia de escala em sua relação com a Justiça Estatal, possui departamento jurídico, contratando advocacia de partido (MANCUSO, 2011, p. 120-121), 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 um dos maiores litigantes privados do país.

Além disso, constata-se que o litigante 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; conta com outras vantagens, como a contratação de especialistas e 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 si (SANTOS, 1996, p. 78-79), 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. O baixo custo do litígio e a instabilidade jurisprudencial terminam por não afetar o orçamento da empresa.

No entanto, sobre essas vantagens, falar-se-á 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, vendo-se sufocado com a quantidade excessiva de demandas e a baixa efetividade dos processos a ele submetidos, começou a fazer levantamentos de dados, com o fito de identificar os maiores litigantes do país.

O primeiro relatório que se julga necessário trazer para a discussão é o Relatório do Conselho Nacional de Justiça, alcunhado de “Os 100 maiores litigantes”, elaborado em março de 2011, que já identificava o Estado como um dos maiores litigantes (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 afirmado<sup>61</sup>:

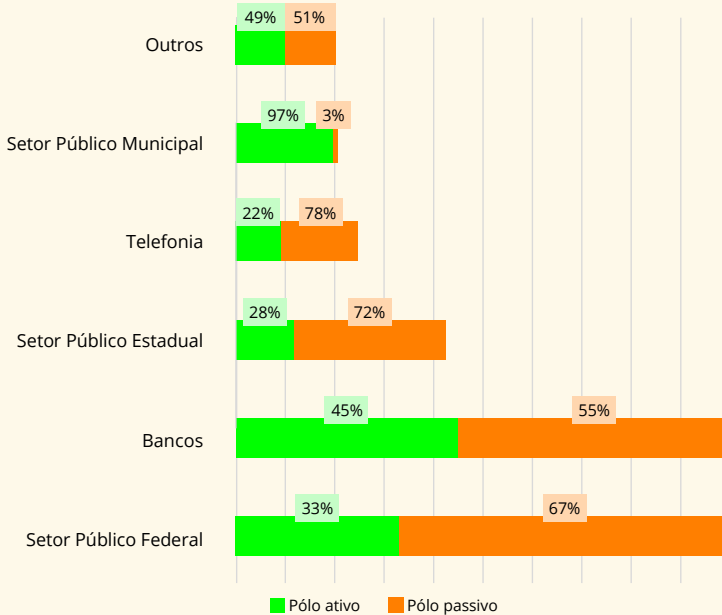
**Tabela 1.** Listagem dos cinco maiores setores por Justiça contendo o percentual de processos em relação aos 100 maiores litigantes da Justiça.

100 Maiores litigantes por setor e justiça								
Rank	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: Conselho Nacional de Justiça, os 100 maiores litigantes, p. 14.

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

**Figura 4.** Quantitativo do total de processo dos 100 maiores litigantes nacionais com percentual entre os polos ativo e passivo.



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

Observando o gráfico acima reproduzido, percebe-se que os maiores litigantes, de um modo geral, situam-se muito mais comumente no polo passivo do que no 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 a mais elevada Corte do Brasil também sofre com a elevada repetição de litigantes.

**Tabela 2.** Relação com os maiores litigantes perante o Supremo Tribunal Federal.

Id	Parte	Processos	% de processos	% acumulado de processos	Processos no polo ativo	Processos no polo passivo	Taxa mínima de derrotas 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 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, têm 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 (FALCÃO, 2011, p. 69-70).

Diante desse quadro, não há qualquer dificuldade em concluir que os grandes litigantes utilizam de forma frívola o 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 verificou-se 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*<sup>62</sup>. O Bradesco, por exemplo, apesar de ser o maior litigante privado do país<sup>63</sup>, em seu relatório anual financeiro apresentado aos seus investidores (ou possíveis investidores), afirma textualmente que as demandas, sejam as trabalhistas, sejam as consumeristas, não têm o condão de afetar significativamente suas finanças<sup>64</sup>. No âmbito tributário, pesquisas (PLUTARCO, 2012, p. 122-147) 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.

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 (TENENBLAT, 2001, p. 9), 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).

Em pesquisa concomitante realizada, por sua vez, no Juizado Especial em Telecomunicação de Belo Horizonte, durante o ano de 2011, constatou-se 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 de os juizados terem sido criados com a finalidade de permitir maior acesso à justiça, na realidade, tem ocorrido o que se denomina de “Excesso de Acesso” (ORSINI; RIBEIRO, 2012, p. 147-170). 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 estrutural.

No capítulo seguinte, demonstrar-se-á quais as grandes vantagens de se litigar nesses casos, tendo em vista que, em um primeiro momento, não haveria vantagem alguma em ser demandado judicialmente; todavia, numa análise mais 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 o livro não tem como objetivo criar 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 anteriormente no item 1.3.

Há uma pesquisa que já identificou que a litigância frívola decorrente do baixo ou inexistente risco em litigar atinge níveis alarmantes, podendo ser comparada a uma pandemia (TENENBLAT, 2011, p. 39). Portanto, não é uma circunstância que se possa ignorar quando se estuda a crise numérica do judiciário.

O novo Código de Processo civil 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 para 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 afirmação<sup>65</sup> na própria petição inicial, declarar não estar em condições de pagar as

custas do processo<sup>66</sup>, sendo que tal declaração se presume verossímil até prova em contrário<sup>67</sup>. O assistido que deixasse de possuir a condição de hipossuficiência ficava obrigado ao pagamento das custas, sendo que tal obrigação prescreveria em 5 (cinco) anos<sup>68</sup>. O juiz poderia, caso 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 contrário<sup>69</sup>. 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 obra.

A verdade é que a própria Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXXIV<sup>70</sup>, 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 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 qualquer verificação, motivo que enseja um percentual bem mais elevado de processos em que a gratuidade é concedida (TENENBLAT, 2011, p. 6).

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 2008<sup>71</sup>. Com relação à gratuidade, chegou-se à conclusão que 62,71% das ações ajuizadas tiveram a gratuidade concedida, e isso significa que, em apenas 37,29% (TENENBLAT, 2011, p. 31-32) dos casos, o sujeito ativo teve que arcar com custas judiciais e se submeteu ao risco de pagar 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 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 financeiro<sup>72</sup>.

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 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:

**Tabela 3.** 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, existe, ao menos, um pedido que é julgado improcedente. Isso 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 superior (TENENBLAT, 2011, p. 33).

Os instrumentos de objetivação de processos, sobre os quais já falamos em mais detalhe no tópico 1.4, visam, justamente, pacificar questões de direito discutidas em demandas repetitivas, apesar de, em tese, pacificarem a questão de direito, não seriam suficientes, segundo a pesquisa à qual nos referimos, para evitar que as ações 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 e sumárias<sup>73</sup>.

Segundo Tenenblat (2011, p. 33), 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 de 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 encontrado.

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%. A única conclusão possível analisando-se esses dados é que a desinformação, somada à ausência de risco, contribui para a existência de ações frívolas, inconsistentes e inúteis, ações estas que talvez não existiriam se a gratuidade de justiça fosse repensada.

Nesse sentido, podemos considerar que essa parcela de litigantes está utilizando a sua prerrogativa de isenção de custos de forma frívola (os custos da ação mostram-se 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 e prejudica toda a sociedade. Configurado o abuso, há uma nítida necessidade de harmonização da interpretação do princípio da gratuidade com os princípios da Eficiência<sup>74</sup> e Efetividade da prestação jurisdicional<sup>75</sup>, ambos previstos em nossa Carta Maior, mediante um simples e direto juízo de ponderação.

Arake e Gico (2014) realizaram pesquisa na qual se chegou à conclusão que a interpretação que o Judiciário faz da norma que regula sua concessão, ao geralmente não condenar a parte ao pagamento de multa em caso de pleito indevido, permite que seja estimulado

o pedido do benefício mesmo quando se tem a certeza de que o mesmo não é concedido, de forma que a gratuidade, na forma que se tem, acaba por, a despeito de permitir o acesso ao judiciário ao juridicamente pobre, estimular o ajuizamento de ações frívolas, isto é, com baixas probabilidades de êxito.

Tudo o que foi argumentado se mostra compatível com as pesquisas levadas a cabo por Rachlinski (1996, p. 113-135), que critica as conclusões de estudiosos que entendem que todo litigante age racionalmente, visando a maximização de sua riqueza. Com efeito, 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 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 sequer a necessidade de 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 (2014, p. 194) em sua tese de doutorado, quando o mesmo entende que existe uma parcela da demanda judicial 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 de abuso de direito de ação. Essa afirmação coaduna perfeitamente com as condições que estabelecemos no capítulo I deste livro 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.

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

A segunda pergunta, de certa forma, é fácil de ser respondida, tendo em vista que o Estado se vê obrigado, por força de lei, a 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 6.830/1980<sup>76</sup>.

O que interessa neste capítulo, portanto, é explicar por que 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 descumprimento 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, descumprimento 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 indiretos<sup>77</sup>.

Inclusive, é de se referir que o Supremo Tribunal Federal tem pacífica jurisprudência corroborando essa afirmação. Meramente a

título exemplificativo, mostra-se 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*, 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 (...) ”. (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).

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 à 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 é vislumbrada 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 corrigidos (TROIANELLI, 1998, p. 2012).

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 ação<sup>78</sup>. Ou seja, o Poder Executivo, aproveitando-se das relações informais que possui 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:

[...] 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 juízo<sup>79</sup>.

Segundo pesquisa realizada pelo IBGE (2010, p. 30), em 2009, 18,4% das pessoas entrevistadas que vivenciaram conflitos na área tributária e previdenciária não procuraram o judiciário, número que demonstra a eficiência da ilegalidade institucionalizada. Vale ressaltar que, via de regra, as questões tributárias envolvem problemas complexos e estão respaldadas em legislações de difícil acesso, o que poderia implicar num percentual ainda maior de pessoas se estas tivessem a capacidade técnica de reconhecer a existência de uma inconstitucionalidade ou ilegalidade tributária.

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 judicial (GALLOTTI, 1991, p. 5). 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 verifica-se 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 judicial, e não se consegue isto sem impingir ao litigante temerário punições pecuniárias por suas condutas (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).

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 processual<sup>80</sup>, percebe-se 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 (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2009), 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 causa. No REsp nº 949.166 (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008), o Ministro Mauro Campbell Marques entendeu que a União havia protocolizado diversos embargos de declaração protelatórios, o que levou à sua condenação.

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.

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”<sup>81</sup>.

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 amigável (SALLES, 2000, p. 39-77). 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” (SALLES, 2000, p. 39-77). 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 têm como sujeito passivo o Estado.

Essas teses jurídicas, em muitos casos, em função da quantidade de demandas que abarrotam o judiciário, tornam-se causas repetitivas ou de repercussão geral. A comprovação disso se dá com a pesquisa realizada junto ao STJ, que, na data da obtenção dos dados (janeiro de 2016), contava com 742 temas afetados, dentre os quais 670 foram julgados e 72 ainda pendiam de julgamento. O levantamento realizado leva-nos 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 a seguir, de elaboração própria, ilustra o ora discutido:



**Tabela 4.** Relação de Recursos Repetitivos em que o Estado é parte e que não é parte, com a especificação dos casos julgados e pendentes de julgamento.

Nº temas afetados como recursos repetitivos	Número de temas julgados		Números de temas pendentes de julgamento	
	Estado é parte	Estado não é parte	Estado é parte	Estado não é parte
742	670		72	
	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 diferente função com maior abrangência social, pois as ações agregariam interesses dispersos de toda a sociedade (SALLES, 2000, p. 39-77).

O próprio ordenamento jurídico, há muito tempo, preocupa-se 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 suspender a execução de uma tutela judicial, concedida liminarmente, se houver alegação de grave lesão “à ordem, à saúde, à segurança, e à economia públicas”<sup>82</sup>. 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 rito<sup>83</sup>.

Um exemplo específico que bem ilustra esta constatação é o conhecido como “reajuste de 28,86%”, que foi concedido em janeiro de 1993 aos militares dos escalões superiores das Forças Armadas<sup>84</sup>. Então, vigia um dispositivo constitucional que garantia a equiparação entre servidores civis e militares, de sorte 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 coletivas<sup>85</sup>.

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 realizado acordos administrativamente, seja porque não eram servidores à época e até mesmo segurados do INSS (TENENBLAT, 2011, p. 25), 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 tema<sup>86</sup>. Vale ressaltar que essa súmula vinculante decorre de precedentes anteriores, destacando-se a súmula nº 672 do STF<sup>87</sup>, que tem a mesma redação da Súmula Vinculante nº 51 e foi editada 12 anos antes. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu pela necessidade de editar uma súmula vinculante, conclui-se 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**

Na pesquisa que gerou a presente obra, além das causas supracitadas de litigiosidade excessiva, elenca-se, 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 jurídica<sup>88</sup>.

No Brasil, é muito comum, principalmente em decisões dos Tribunais que têm 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, que 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, § 5º, da Lei nº 8.036/1990<sup>89</sup> e art. 55, do Decreto 99.684/1990<sup>90</sup>, matéria esta que também estava pacificada mediante a súmula 362, do TST. O novo entendimento dá conta que, diante de o FGTS estar inserido no rol dos direitos trabalhistas, do art. 7º, da Constituição, o prazo prescricional deveria ser o ordinário, previsto no inciso XXIX, do mesmo artigo, que é de 5 (cinco) anos<sup>91</sup>. 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 1999<sup>92</sup>.

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 essa tese no Agravo Regimental nº 314836/RS e consolidou-a, 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 empresas (CLEMENTINO, 2006, p. 301). Logo após, em 2001, o STJ alterou esse entendimento, deixando de considerar que o mero inadimplemento de tributo seria causa de responsabilização dos representantes da empresa<sup>93</sup>. Como consequência dessa alteração brusca de entendimento, percebeu-se que os 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 fechada (CLEMENTINO, 2006, p. 301), 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 essa instabilidade jurisprudencial afeta a litigiosidade de forma negativa.

O IPEA realizou uma pesquisa quantitativa (PINHEIRO, 2003), 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, e chegou-se 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 firmados 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 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 de as decisões serem tomadas em função de detalhes processuais, ou seja, constatou-se entre os entrevistados que as decisões judiciais, em muitos casos, não levam em consideração o próprio direito substancial da questão.

Diante de todos esses fatores – a constatação da existência de instabilidade jurisprudencial e 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 a respeito de se o investimento em estrutura do Judiciário seria uma solução para arrefecer a morosidade. Dakolias (1999) e Buscaglia e Ullen (1997) não encontram uma correlação positiva entre investimento e celeridade, no entanto a mesma 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 mesmos (BANCO MUNDIAL, 2004), como bem observou Gico Jr. (2014, p. 163-198).

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 considerados pela doutrina é o fato de que quando uma questão jurídica não está consolidada, isto é, quando se está diante da inexistência de capital jurídico (GICO JR., 2014, p. 163-198), 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.

Tradicionalmente, a doutrina da *juseconomia* (POSNER, 1973) afirma que litigar é uma escolha racional, na qual se analisa os custos e

benefícios esperados do processo judicial. O modelo proposto por Gico Jr.(2014, p. 163-198) leva a implicações importantes, a saber: a) quanto maior a utilidade do bem em disputa, maior a possibilidade de litígio; b) a probabilidade de um litígio é medida pela função crescente na diferença de expectativas da chance de êxito entre autor e Réu, ou seja, quanto maior a diferença de informações e, portanto, discrepância de expectativas entre autor e réu, maior será a chance de litígio, e essa conclusão é a mais importante nesse contexto, uma vez que a ausência de capital jurídico, obviamente, afeta diretamente a avaliação de chance de êxito por autor e réu<sup>94</sup>; e c) quanto menos custoso for realizar uma transação, e mais custoso for o processo, maior será a chance de se evitar o litígio e transacionar.

A conclusão b) acima, conforme dito anteriormente, mostra-se como a mais relevante no tópico estudado, sobretudo por que se o Judiciário investe no capital jurídico, diminuindo a discrepância de expectativas das partes, se eles tiverem maior elucidação de como se resolverá a questão colocada em juízo, menor será o incentivo racional para a existência do litígio. Além disso, conforme conclui Gico Jr. (2014, p. 163-198), a insegurança jurídica afeta o que está juridicamente disponível, ou seja, a utilidade do bem da vida discutido no litígio, fazendo com que surjam demandas manifestamente improcedentes.

Assim, hipoteticamente, demonstra-se que a constatada insegurança jurídica causada pela imprevisibilidade das decisões judiciais (ou ausência de capital jurídico) age como um incentivador do ajuizamento de demandas e mais: resulta numa 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 têm 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 tribunais<sup>95</sup>. De igual sorte, os arts. 332, 941 e 976 do CPC preveem instrumentos que podem permitir, se bem utilizados, um aumento na estabilidade jurisprudencial. Levando-se em consideração o discutido até o momento nesse código, parece-nos que é um artigo que, se aplicado corretamente, poderá, a 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 esses tribunais, conforme demonstrou-se 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 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.

Muitas vezes, mesmo quando se está diante de uma situação de direito material pacificada pelos Tribunais, questões processuais, sobretudo decorrentes do ônus da prova, podem impedir ou dificultar a formação, na prática, de um capital jurídico, conforme demonstrou-se no tópico 3.2.2 deste livro, no qual, estatisticamente, demonstrou-se que mesmo com matéria sumulada junto ao TST, o grau de êxito nas reclamações trabalhistas movidas em face do Bradesco relativas à interpretação do art. 224, § 2º, da CLT, é apenas cerca de 63%.

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