

3 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, para trazer uma explicação lógica e jurídica, no intuito de evidenciar 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, faz-se 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 dos paradigmas⁹⁶ dominantes da metodologia jurídica atual, que geralmente priorizam a filosofia⁹⁷ em detrimento das demais formas de conhecimento humano, a presente obra resultou de uma pesquisa que se utiliza do método da AED. 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 em suas estruturas de incentivos, conforme elucidado por Gico Jr (2010, p. 8). 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 coletivos decorrentes de uma decisão judicial ou política pública.

Exemplos dessa afirmação podem ser vistos na constatação de Gico Jr., que diz que, no mundo pós-positivista, tornou-se comum na comunidade jurídica moderna a busca de apoio técnico em filósofos, como John Rawls (1993) com sua postura minimax, Jürgen Habermas (1997) com seu discurso ideal, Robert Alexy (2001) com os mandados de otimização e Ronald Dworkin (2002) com o juiz hercúleo e a decisão correta, situação esta facilmente reconhecida nos trabalhos acadêmicos contemporâneos, sobretudo na área do direito.

O neoconstitucionalismo, por exemplo, que é uma corrente liderada no Brasil por Luís Roberto Barroso (2005, p. 1-42), amplamente discutida no meio acadêmico, apesar de ter um forte apelo valorativo, não demonstra de forma inequívoca uma preocupação com as reais consequências da aplicação de uma lei ou determinação judicial. Nesse sentido, 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 concreto (GICO, 2010, p. 15). 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 auxilia na tomada racional de decisões jurídicas.

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 livro), entendeu-se 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, inferiu-se 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 agentes (GICO JR., 2010, p. 15). As contribuições das pesquisas de Coase (1960,

p. 1-44), Calabresi (1979), Becker (1968) e Posner (2007) 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 agente⁹⁸ que visa maximizar seu bem-estar⁹⁹, sendo que a maximização do bem-estar não significa necessariamente a maximização da riqueza do agente. Vale ressaltar que estudos recentes demonstraram que nem sempre a conduta do agente realiza um processo absolutamente racional, pois, às vezes, o mesmo possui restrições cognitivas e assimetrias informacionais que inviabilizam a tomada de decisão absolutamente racional (CASTELAR; SADDI, 2005, p. 65). Com efeito, sob o ponto de vista econômico, não há de se confundir vantagem econômica com vantagem financeira. Neste aspecto, como bem ressalva a doutrina (GICO JR., 2010, p. 15-16), a abordagem econômica tem valor na compreensão da decisão do agente que, num ambiente de recursos escassos¹⁰⁰, 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 preços¹⁰¹ de suas decisões.

A definição adotada para “conduta racional” nesta obra é a comparação que os agentes econômicos fazem entre 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 conjugadas com as informações que estes possuem no momento da tomada de decisão (POSNER, 2007). Essa escolha é

eminentemente “consequencialista”, isto é, leva em conta, em termos probabilísticos, o que pode ocorrer.

Assim, diante destes “preços”, os agentes tendem a realizar uma ordenação de preferências (COOTER; ULEN, 2010, p. 53), sob a qual calculam os custos das opções que lhes são apresentadas, renunciando à utilidade das outras opções não adotadas. 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, ao se entender que as leis e as formas de sua aplicação levam necessariamente a “preços” ou “custos” que serão ponderados nas escolhas racionais dos agentes, podemos considerar que, se a hipótese levantada no início do livro, 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.

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 violados (POSNER, 2010, p. 239). Isto é, mesmo o agente oportunista, que pauta sua conduta exclusivamente na utilidade, visando à 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

básicas (GICO JR., 2010, p. 18): 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 investigativos deste livro, sobretudo analisando-se 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 é o que será explicado no tópico seguinte, pelo 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 dessa instituição, começasse a 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, como restou concluído pela pesquisa realizada por Costandrade (2012).

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 de 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 partes; sabem da importância da manutenção de uma jurisprudência firme e constante dos custos que a manutenção

da estrutura do Judiciário representa ao Estado. São pesquisas como essas que servirão de base teórica e argumentativa, para que decisões dessa natureza sejam tomadas, obviamente não devendo ser dispensados outros estudos interdisciplinares para predizer as consequências das decisões e políticas adotadas pelo Judiciário no âmbito macroeconômico. A AED deve ser aplicada se e quando seu método for 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 AED, 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, é necessário considerar o direito um conjunto de regras que influenciam nos custos e benefícios dos agentes (GICO JR., 2010, p. 20-21). 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, busca-se a prática da “ciência da escolha humana”, isto é, quais são as motivações das escolhas dos agentes ao ajuizar ou resistir

a uma ação ajuizada, levando-se em consideração as consequências dessas escolhas. Dessa forma, seguindo os métodos da AED, realizou-se um diagnóstico da crise numérica do judiciário, e foram propostas medidas pelas quais se pode prever quais serão as escolhas dos agentes causadores dessa crise.

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

Nos termos anteriormente explicitados, faz-se necessário analisar o comportamento abusivo dos litigantes habituais e a estrutura de incentivos que lhes permite adotar esse comportamento. A Análise Econômica do Direito positiva será utilizada como forma de se diagnosticar, de forma aprofundada, sobretudo com a compilação de dados e informações, como a Lei contribui 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, demonstra-se, através do estudo de alguns casos relacionados aos dados oficiais acerca da litigância no Brasil, como o comportamento racional de litigantes habituais é afetado pela estrutura de incentivos em relação à litigância.

A hipótese aqui estudada é de que os litigantes habituais se enriquecem ilícitamente em detrimento do 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 obra. O art. 884 do Código Civil¹⁰² prevê a responsabilidade daquele que se enriquece ilícitamente a ressarcir o prejudicado, todavia não estabelece com exatidão o conceito de enriquecimento ilícito. A Jurisprudência¹⁰³ 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; c) o nexo de causalidade entre um e outro; e d) a ausência de justa causa. A doutrina entende que enriquecimento ilícito ou sem causa corresponde a “todo aumento patrimonial que ocorre sem causa jurídica, mas também tudo o que se deixa de perder sem causa legítima” (FIUZA, 2009, p. 50).

Dessa forma, o que se pretende analisar neste tópico é se os litigantes habituais obtêm vantagem econômica (enriquecimento) ao descumprirem institucionalmente direitos, de forma a causar prejuízo financeiro (empobrecimento) ao Judiciário, pois 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 nesta 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 sociais (2010, p. 398). 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 têm 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 Judiciário¹⁰⁴, maior será a minimização dos custos sociais, que é o objetivo principal de um processo judicial.

Para se contextualizar a hipótese aqui estudada, percebe-se que, por exemplo, os custos administrativos suportados somente pela Justiça Trabalhista em 2017 foram de R\$ 18.283.148.816,00 (dezoito bilhões duzentos e oitenta e três milhões cento e quarenta e oito mil oitocentos e dezesseis reais). O número de processos que tramitaram na Justiça Trabalhista no mesmo ano foi de 9.999.241 (nove milhões novecentos e noventa e nove mil duzentos e quarenta e um casos), o que gera um custo médio anual de R\$ 1.828,45 (mil oitocentos e vinte e oito reais e quarenta e cinco centavos) por cada processo, conforme organizado em tabela abaixo. O custo mensal de cada processo é de R\$ 152,37 (cento e cinquenta e dois reais e trinta e sete 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 do custo social do processo judicial.

Tabela 5. Estimativa do custo unitário do processo trabalhista mensal.

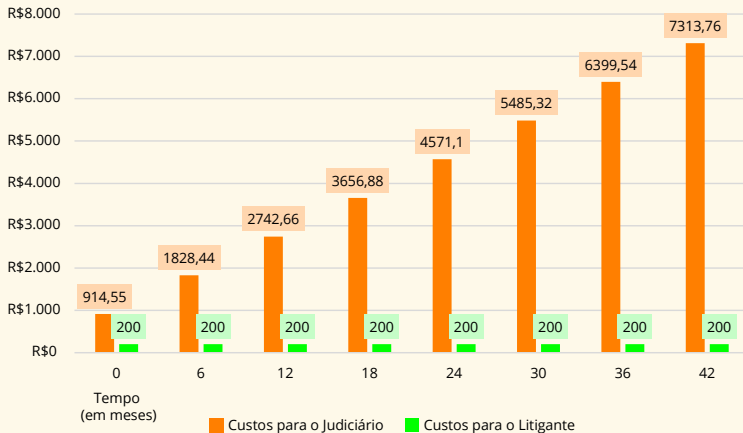
Total de despesas trabalhistas 2017	R\$ 18.283.148.816
Total de processos que tramitaram na justiça trabalhista em 2014	9.999.241
Custo unitário anual por processo	R\$ 1.828,45
Custo unitário mensal por processo	R\$ 152,47

Fonte: Elaboração própria com dados obtidos no Relatório Justiça em Números 2018.

Assim, se um processo termina na audiência de conciliação com um acordo entre as partes, o que dura de 2 a 6 meses, terá um custo social muito inferior ao processo que dura 59¹⁰⁵ desde seu ajuizamento até o cumprimento da sentença. Em termos práticos, o custo administrativo para o judiciário será (em média) de R\$ 914,22 (novecentos e quatorze reais e vinte e dois centavos) em caso de acordo formalizado na audiência de conciliação realizada 6 meses após o ajuizamento e R\$ 8.989,83 (oito mil novecentos e oitenta e nove reais e oitenta e três 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 decorrentes deste processo. O gráfico a seguir simula, em um processo no qual há uma condenação no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), os custos administrativos do Judiciário e do Réu:

Figura 5. Gráfico com a relação de custos administrativos de um litígio cujo valor da causa é R\$ 10.000,00 no tempo (meses).



FORTE: 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 pelas partes decorrentes do processo, apenas as custas judiciais. No caso do litigante habitual, por geralmente utilizarem economia de escala (MANCUSO, 2011, p. 120-121) 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 suportar o tempo de tramitação de um processo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 15), o que gera um estímulo negativo em relação ao litígio. Importante mencionar que, conforme

previsão dos arts. 789 e 789-A¹⁰⁶, 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 219¹⁰⁷, 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. Apesar de a reforma trabalhista ter incluído o art. 791-A¹⁰⁸ na CLT, que prevê o pagamento de honorários, a súmula acima referida ainda não foi cancelada, hipótese que gera insegurança jurídica, impossibilitando as partes de fixarem adequadamente suas expectativas quanto ao custo do litígio (conforme item 2.4 acima).

Nesse caso, qual seria o incentivo, por exemplo, para uma empresa considerada litigante habitual, que sinta no banco dos réus numa ação trabalhista a fim de 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 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 que estaria cometendo um ilícito capaz de gerar o dever de indenizar?

A resposta para essa questão depende, primeiro, do entendimento esposado inicialmente neste livro: 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 desse 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 julgamento¹⁰⁹. Muitas vezes, os custos de litigar incentivam as partes a chegarem a um acordo. No tópico seguinte, todavia, falar-se-á de forma mais aprofundada sobre esse 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 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 país (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011, p. 5), 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 reais¹¹⁰, não teria o condão de causar impacto significativo nas finanças do banco. E, com efeito, esse 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 (RELATÓRIO DFP DO BRADESCO, 2014, p. 184).

Desse parágrafo, pode-se obter várias conclusões:

- a. As ações trabalhistas, em sua maioria, versam sobre interpretação do art. 224, da CLT;
- b. O Banco, via de regra, não paga voluntariamente o valor ao qual 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 processo trabalhista que envolve o Bradesco é de 59 meses, que é o tempo de duração média em um processo trabalhista sob o rito ordinário, contando-se, inclusive, com a execução¹¹¹;
- 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. 224¹¹² 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, os bancos “promovem” seus empregados a gerentes, mas estes realizam tarefas meramente burocráticas, mantendo as funções típicas do bancário, de sorte que têm 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 sexta¹¹³.

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.

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 ele, é sabidamente 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 considerado 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 causador do litígio.

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 despesa (RODRIGUES, 2002, p. 422). 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 parte (PELUSO, 2008, p. 833). Por exemplo: no caso de uma pessoa ocupar o imóvel de outrem sem o pagamento de contraprestação¹¹⁴. No caso específico, o Bradesco utiliza a estrutura do Judiciário sem ressarcir inteiramente o valor devido pela utilização desse “recurso”.

Analisando a segunda conclusão decorrente do relatório apresentado pelo próprio Banco Bradesco, pode-se 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 (59 meses) e custa para este a quantia de R\$ 8.995,73 (oito mil novecentos e noventa e cinco reais e setenta e três 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 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.

Percebe-se, portanto, que sob dois aspectos a 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; e 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 Ulen (2010, p. 398), percebe-se 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 juseconomistas (POSNER, 1973, p. 399-458), para se realizar uma escolha racional no sentido de decidir litigar, deve-se 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, onde se originou a análise feita por Cooter e Ulen (2010, p. 400); assim, devemos relativizar e adaptar algumas das conclusões levadas a efeito no caso americano.

Num exemplo simples, adaptado do trazido pelos juseconomistas estadunidenses (COOTER; ULEN, 2010, p. 400) 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, terá que pagar, digamos, 10 reais para litigar, somando-se aos custos judiciais e à contratação de advogado. Se ele perde a ação, teria que pagar 100, portanto, qual seria a menor probabilidade de perda da ação que tornaria vantajoso aceitar o acordo proposto pelo ex-empregado?

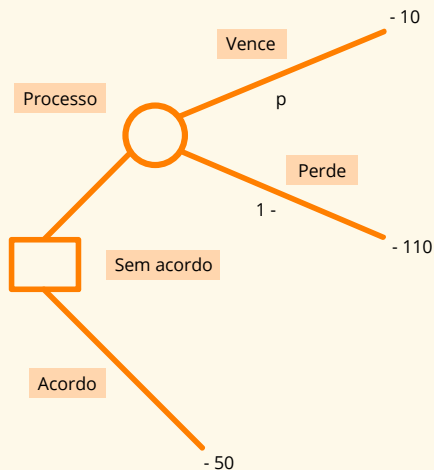
Se não houver acordo, ambas as partes vão ao judiciário, e o ex-empregado pode perder ou ganhar a ação. Se p indica a probabilidade do ex-empregado de ganhar a ação, então a probabilidade do réu perder a ação deve ser igual a $(1 - p)$. O retorno esperado pela Ré por não “aceitar o acordo” seria igual 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:

$$- 10p - (110)(1 - p) = - 50 \text{ o que resulta em } p = 0,6$$

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:

Figura 6. Organograma de decisões lógicas com base na probabilidade de êxito na demanda.



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

No caso específico que se está a analisar, percebe-se 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 a 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, de modo a 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 médios de mercado, para garantir o cumprimento dos direitos sonegados¹¹⁵.

Além disso, a instabilidade jurisprudencial e o fato de muitos processos serem decididos com base em questões processuais (PINHEIRO, 2003) (para as quais os bancos estão mais preparados para arguir e impugnar, conforme discutido anteriormente no tópico 2.4) podem 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.

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 doutrina¹¹⁶. 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 é 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 Região¹¹⁷:

Tabela 6. Relação de Reclamações trabalhistas contra o Bradesco no TRT da 2ª Região por ano.

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:

Tabela 7. Estimativa de demissões de funcionários do Bradesco na Região do 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
2015	94.976	93.696*	384

* Até set 2015.

FONTE: elaboração própria com dados obtidos junto aos DFPs 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 no mesmo estado. 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 chegou a 721. Em 2012, projeção do número de funcionários demitidos em São Paulo 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 contempla 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 pessoal¹¹⁸, conforme demonstrações divulgadas pelo Banco. O curioso é que as despesas com serviços prestados por terceiros também englobam 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-la (IBGE, 2010).

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

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, incluídas 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, percebe-se 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 caso (COOTER, ULEN, 2010, p. 398-399). 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.

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 aproveitados¹¹⁹, 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:

Tabela 8. Acórdãos que envolvem o Banco Bradesco sobre o pedido de condenação do banco ao pagamento de horas extras em relação às 7ª e 8ª horas dos bancários.

	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 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 contra o banco. A questão é que também entram no cálculo decisional da litigância os custos, no caso em específico, as custas processuais e custos com assistência jurídica, os quais, conforme argumentado anteriormente, são muito baixos; o primeiro porque é calculado em apenas 2% sobre o valor da causa, e o segundo porque, ao se utilizar economia de escala, reduz-se drasticamente o custo unitário do processo. Assim, lembrando a fórmula introduzida por Cooter e Ulen¹²⁰, aplicando-se com os dados obtidos nesta pesquisa, percebe-se 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:

$$\begin{aligned} & - 200 \times 0,36 - (10.200) (1 - 0,36) = \text{retorno esperado} \\ & \text{retorno esperado} = - 6.600 \text{ (prejuízo)} \end{aligned}$$

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

$$\begin{aligned} & - 1000 \times 0,36 - (11.000) (1 - 0,36) = \text{retorno esperado} \\ & \text{retorno esperado} = - 7.400 \text{ (prejuízo)} \end{aligned}$$

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 questão¹²¹, geram 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 menos em prevenção (BURGER; BURNS, 1988, p. 264-270), como não usarem cinto de segurança ou dirigirem em alta velocidade (MCKENNA; SATANIER; LEWIS, 1991, p. 45-52). Como dito no tópico 2.4, 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 irrealista (GICO JR., 2010).

Com efeito, quando a decisão é tomada com base em “informações imperfeitas”, 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 Ulen (2010, p. 398-402), percebe-se que, quanto maiores forem os processos em que, mesmo descumprindo de fato o art. 224, da CLT, o réu 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 para que o banco distribua chaves de cofres aos seus gerentes de contas de pessoa jurídica através de uma política institucional, o 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%:

$$\begin{aligned} & - 200 \times 0,5 - (10.200) (1 - 0,5) = \text{retorno esperado} \\ & \text{Retorno esperado} = - 5.200 \text{ (prejuízo)} \end{aligned}$$

Assim, percebe-se 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. Considera-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 pesquisa, 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, percebe-se 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, em vez de estabelecer um percentual fixo sobre a condenação a ser pago pelo sucumbente, determine o ressarcimento integral dos custos administrativos suportados pelo judiciário para cada processo. Mas, se essa medida talvez não fosse suficiente, a CLT também deveria estabelecer que as partes

pagassem essas despesas no curso do processo e não somente após o fim, 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; e 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 lagostas, por exemplo, as partes devem pagar para usufruir de seus benefícios. O prosseguimento do processo para uma eventual fase seguinte dependeria do 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 taxa¹²², 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-los (PLUTARCO, 2012), 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 recursal¹²³ quando deseja recorrer à instância superior, esse valor não se destina a ressarcir o judiciário,

apenas garantir a futura execução. 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. Isso certamente aumentaria o incentivo à transação judicial.

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, seria 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 anteriormente (COOTER; ULEN, 2010, p. 402), 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 Trabalhista¹²⁴, que é a condenação dos litigantes ao pagamento de indenização pelos danos sociais¹²⁵ decorrentes do descumprimento institucional e reiterado 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 eficiência (COOTER; ULEN, 2010, p. 203).

Ocorre que este tipo de condenação realizado em casos individuais já foi rechaçado tanto pelo TST¹²⁶ quanto pelo STJ¹²⁷, 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, percebeu-se pela pesquisa 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 anteriores¹²⁸.

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 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 dominante (GICO JR., 2014, p. 163-198). 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 idênticos (MARINONI, 2012, p. 221), 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 geral (MARINONI, 2012, p. 221). Como no Brasil se adotou o sistema da *civil law*, deve necessariamente haver um 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; e b) obrigatórios ou persuasivos (GARRIDO GOMEZ, 2009). 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 firmeza (MARINONI, 2012, p. 221), tal qual prevê o novo CPC, em seu art. 926¹²⁹. No mesmo dispositivo, reporta-se 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 obrigados a seguirem os precedentes. Como dito no item 2.4, a correta aplicação desse dispositivo, somado a um maior nível de detalhamento e precisão na elaboração dos precedentes, pode, a longo prazo, aumentar a estabilidade jurisprudencial e diminuir, por conseguinte, a litigiosidade.