

4 CONCLUSÕES

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

Não se previra, no início, que o próprio judiciário fosse um dos principais, senão o maior, causador da litigiosidade. Essa foi a maior surpresa e talvez a conclusão mais importante decorrente da pesquisa realizada. O Judiciário, por não investir no capital jurídico (GICO JR., 2014), isto é, na segurança jurídica, faz com que a ausência de previsibilidade de suas decisões crie um hiato de expectativas em

relação às chances de êxito das partes em determinada ação. Ora, se apesar de haver centenas de milhares de causas idênticas, não há decisão unânime e sedimentada sobre a questão jurídica, ou mesmo havendo uma decisão desse tipo, as partes sentem que a mesma pode ser modificada a qualquer tempo, então não há qualquer incentivo para evitar o litígio.

Talvez a grande conclusão deste livro seja exatamente essa: em vez de as partes evitarem o litígio, elas se perguntam se existe algum tipo de prejuízo ao adotar um comportamento litigioso. Não há motivos para evitar um litígio, mesmo sabendo que se tem apenas 30% de chance de êxito, e as custas são tão baixas e insignificantes que apostar não se mostra um comportamento completamente irracional.

Uma grande empresa como o Bradesco, que foi objeto de estudo, sobretudo no último capítulo, provavelmente realiza tal ponderação e chega à conclusão de que não é racional evitar o litígio se a insegurança jurídica permite aumentar as chances de êxito, mesmo numa causa que, desde a década de 1980, é desfavorável ao banco. De igual sorte, não é coerente evitar o litígio se muitas vezes a causa é decidida com base em questões processuais para as quais o banco possui mais estrutura e condições para propor. Não há motivo para evitar o litígio se os gastos que o Estado tem com o processo, que aumentam progressivamente com o tempo, não são inteiramente ressarcidos pelo banco. Também não se mostraria uma conduta racional evitar um litígio se o Judiciário tem decidido no sentido de que a empresa não pode ser condenada a compensar danos sociais nem *ex officio*, muito menos quando a parte individualmente requer esse tipo de condenação. Buscar uma resolução extrajudicial não faz sentido se, mesmo com quase a integralidade das pessoas prejudicadas com o

descumprimento institucionalizado de direitos buscando seus direitos na justiça, essas milhares de ações não causam impacto financeiro significativo nas finanças do banco. Não há qualquer incentivo, de igual modo, a se evitar a dilação do tempo do litígio ao máximo possível, pois não há qualquer tipo de sanção financeira, e a sonegação de direitos é menos custosa do que o cumprimento dos mesmos no início do processo.

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

Esta afirmação se sustenta também ao se analisar que a parte beneficiária da gratuidade de justiça, isto é, que não pode sofrer com qualquer sanção financeira pelo ajuizamento de uma demanda, não precisa levar em consideração que em apenas 11,34% dos casos terá êxito total em sua demanda¹³⁰, pois a completa ausência de qualquer tipo de risco permite a realização de apostas gratuitas.

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

Uma das contribuições deste livro foi a utilização das ferramentas de objetivação do processo que inicialmente se dispuseram a tentar diminuir os efeitos da crise numérica do judiciário e tiveram como consequência de sua aplicação a pulverização dos processos em instâncias superiores, todavia, não afetaram a litigiosidade, conforme constataram os relatórios do CNJ e do Supremo Tribunal Federal¹³¹. O fracasso nesse objetivo, entretanto, permite que essas ferramentas sejam utilizadas como identificação de demandas frívolas (seja da pretensão do autor, seja da pretensão do réu), de modo que, desde o início do processo, o juízo já possa aferir com segurança se o comportamento da parte se mostra abusivo. Portanto, é importante que haja uma reflexão sobre a gratuidade de justiça, sobretudo quando o juiz perceber a frivolidade da pretensão da parte que goza desse benefício. Este livro abre, assim, uma linha para pesquisas posteriores e mais aprofundadas nesse aspecto.

Outra contribuição desta pesquisa foi a identificação dos litigantes habituais (aqueles que possuem a maior frequência de encontros com o Judiciário¹³²), dentre os quais o Estado, e qual seria o seu grau de contribuição com a crise numérica do judiciário. Percebeu-se que os litigantes habituais, além de reduzirem os custos unitários do processo através da utilização de uma economia de escala na sua assessoria Jurídica, não ressarcem o poder judiciário na totalidade das despesas havidas com o processo.

O Estado, o maior contribuinte numérico para a crise numérica, pois é o maior litigante em todas as esferas do Poder Judiciário, apesar de ter que agir com base no princípio da legalidade, age de forma institucionalmente ilegal. Cumprir direitos significa gastos: quanto mais for postergado o cumprimento das obrigações legais, menos

afetado é o orçamento no governo. Ou seja, apesar de o Estado ter consciência de que poderá ser condenado em demanda futura (e ainda terá que arcar com os custos da estrutura judiciária), ele entende que a procrastinação dos processos é uma forma vantajosa de litigar, pois evita a afetação imediata de seu orçamento. Some-se a isso que as condenações ao pagamento de multas por litigância de má-fé, além de raras, geralmente são estabelecidas em 1% sobre o valor da causa, o que praticamente não afeta a cadeia de incentivos do litígio estatal.

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

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

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

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

Destaque-se que a pesquisa demonstrou que o senso comum da doutrina pátria se mostrou, ao menos, parcialmente equivocado quando afirmava que o grande litigante apostaria na ilegalidade de seus atos porque uma parte significativa dos prejudicados não procuraria o Judiciário, o que se alcunhou de “cifra negra”. A coleta de dados aqui realizada, por ser compatível com pesquisas realizadas anteriormente por órgãos oficiais¹³³, demonstra que quase a totalidade das pessoas prejudicadas pelas condutas ilícitas no âmbito trabalhista terminam por ajuizar ações em face do Bradesco.

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

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

Enquanto o percentual de erros na aplicação da lei substantiva (COOTER; ULEN, 2010) for elevado ao ponto de conservar intacta a cadeia de incentivos dos litigantes, especialmente mantendo-se o hiato nas expectativas de êxito das partes, as políticas institucionais ilegais continuarão a ser empregadas, e a litigiosidade será retroalimentada. Isto é, enquanto não for desenvolvido e cumprido um sistema de precedentes que permita uma maior previsibilidade das decisões judiciais, que seja geral, contínuo e firme, como prescreve o novo CPC na redação do art. 926, não há qualquer luz no fim do túnel em relação à crise numérica do judiciário. Enquanto não houver sanções aos litigantes frívolos que se utilizam do seu direito de acesso à justiça fora dos limites de sua utilização segundo os fins sociais e econômicos de sua pretensão, estes continuarão a se perguntar “por que não litigar?”.

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