

**FATORES DETERMINANTES E INSTRUMENTOS DE DISSUAÇÃO DA  
LITIGÂNCIA FRÍVOLA<sup>1</sup>**

***DETERMINING FACTORS AND DETERRENT INSTRUMENTS OF THE  
FRIVOLOUS LITIGATION***

*Jorge Luis da Costa Silva*

Mestrando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Assessor no Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Rio de Janeiro/RJ.  
E-mail: jldacostasilva@gmail.com.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar a litigância frívola como fenômeno processual que gera inviabilização parcial do acesso à justiça àqueles que realmente têm pretensões sérias. De início, parte-se das premissas conceituais e metodológicas da análise econômica do direito para apresentar noções introdutórias da litigância frívola. Em seguida, analisa-se a instabilidade da jurisprudência e o uso abusivo do benefício da gratuidade de justiça como fatores que estimulam a litigância frívola. Por fim, examina-se alguns instrumentos criados pelo Código de Processo Civil para inibir esse comportamento frívolo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Litigância frívola. Análise econômica do direito. Gratuidade de justiça. Jurisprudência. Acesso à justiça.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze frivolous litigation as a procedural phenomenon that generates partial unfeasibility of access to justice to those who really have serious claims. At first, we start from the conceptual and methodological premises of the economic analysis of law to present introductory notions of frivolous litigation. Next, we analyze the instability of jurisprudence and the abusive use of the litigation gratuitousness as factors

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 15/08/2019 e aprovado em 07/11/2019.

that stimulate frivolous litigation. Finally, we examine some instruments created by the Code of Civil Procedure to inhibit this frivolous behavior.

**KEY WORDS:** Frivolous Litigation. Economic analysis of law. Litigation gratuitousness. Jurisprudence. Access to justice.

## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Ao tratar da frivolidade no direito processual, costuma-se falar em demanda frívola, caracterizada pela baixa probabilidade de êxito dos pedidos propostos pelo jurisdicionado, que ao ajuizá-la não se atenta aos custos acarretados ao erário<sup>2</sup>. O fenômeno ocorre quando o litigante propõe a demanda, mesmo com a consciência de que o benefício a ser obtido ao final será muito inferior ao custo de tramitação do feito<sup>3</sup>.

Note-se, contudo, que a frivolidade não está presente somente no ato de ajuizamento de uma demanda insignificante. Com efeito, também se verifica comportamento frívolo no ato de resistência infundada ao direito do autor – evidenciada nos casos em que o exercício do direito de defesa não veicula qualquer alegação séria – e no ato de interposição de recursos manifestamente infundados.

Exatamente por se tratar de fenômeno que não se limita ao ato de ajuizamento da demanda, o presente artigo abordará a frivolidade como característica que está associada à própria litigância, manifestando-se tanto no exercício do direito de ação, em sentido estrito<sup>4</sup>, quanto no exercício do direito de defesa e do direito de recorrer.

---

(\*) Mestrando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Assessor no Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Rio de Janeiro – RJ – Brasil.

<sup>2</sup> MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. *O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: A maximização do acesso na busca pela efetividade*. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014, p. 230.

<sup>3</sup> PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 64.

<sup>4</sup> Sem olvidar do entendimento de Marco Antonio Rodrigues, no sentido de que “o direito de ação não tem significado meramente formal, correspondendo ao direito à obtenção de uma prestação jurisdicional justa (...) dentro desse direito têm-se, por exemplo, o direito à produção de provas e ainda o direito a recorrer” (RODRIGUES, Marco Antonio. *Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 17), ao referimo-nos ao direito de ação, em sentido estrito, tratamos apenas da iniciativa que dá início ao processo e delimita o seu objeto (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 120).

A litigância frívola é tema que ainda carece de maiores aprofundamentos na doutrina brasileira<sup>5</sup>, por isso, na parte seguinte (Item II), cuida-se do estabelecimento de noções relevantes para o estudo que se segue, firmando-se alguns conceitos elementares da análise econômica do processo, a fim de aplicá-los à análise da litigância frívola.

Na terceira parte (Item III), aborda-se os fatores que contribuem – aqui chamados de “fatores determinantes” – para a expansão da litigância frívola no direito brasileiro. Partindo da literatura especializada sobre o tema, pretende-se investigar dois fatores que estimulam a frivolidade na litigância, quais sejam, a jurisprudência instável e a gratuidade de justiça.

Por fim, na parte quatro (Item IV), serão analisados alguns instrumentos de dissuasão da litigância frívola empregados pelo direito brasileiro, dando ênfase nas ferramentas criadas e aprimoradas pelo Código de Processo Civil de 2015, tais como a improcedência liminar do pedido, prevista no art. 332; a possibilidade de concessão de tutela de evidência, quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa, na forma do art. 311, inciso I; os honorários advocatícios recursais, estatuídos no art. 85, § 11; dentre outros mecanismos processuais.

## **2 ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO E DA LITIGÂNCIA FRÍVOLA**

### **2.1 Do paradigma<sup>6</sup> da racionalidade substantiva à racionalidade limitada**

Conforme assinala Flavio Galdino, a análise econômica do direito assume como premissa elementar a ideia de que as pessoas são maximizadoras racionais de seus

---

<sup>5</sup> No mesmo sentido é a observação de João Hagenbeck Parizzi: “No contexto brasileiro se verifica que não há muitos estudos e pesquisas acerca da litigância frívola, tanto é que não há qualquer menção na legislação em relação a este termo, a jurisprudência tampouco demonstra qualquer familiaridade com ele. Por outro lado, a litigância frívola é objeto de muitos estudos em países como Portugal e principalmente nos Estados Unidos” (PARIZZI, João Hagenbeck. *Abuso do direito de litigar: Uma interpretação do direito de acesso ao judiciário através do desestímulo econômico dos litigantes habituais*. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, 2016, p. 41).

<sup>6</sup> WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes. *Em busca da decisão judicial cível satisfatória: uma análise econômico-comportamental dos processos decisórios no Brasil pós 1988*. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2018, p. 39.

próprios interesses<sup>7</sup>. A partir dessa perspectiva, os atos processuais devem ser interpretados como atos dirigidos à maximização de interesses individuais, egoisticamente considerados.

O que está por trás desse raciocínio é a ideia de *racionalidade dos agentes econômicos*, segundo a qual o indivíduo racional é aquele que tem um objetivo claro e, para alcançá-lo, emprega os meios disponíveis com o menor desperdício possível de recursos<sup>8</sup>. Ocorre que essa perspectiva parte de um modelo ideal, no qual o agente seria capaz de tudo prever e com relação a tudo se precaver, pois conseguiria, *a priori*, visualizar todas as hipóteses que poderiam ocorrer em uma relação processual.

Nesse contexto, Ivo Teixeira Gico Junior explica que, ao adotarem esse pressuposto, os economistas neoclássicos supõem que (i) todas as informações necessárias para os agentes maximizarem suas funções utilidades estariam disponíveis a custo zero e (ii) os agentes seriam capazes de processá-las de forma maximizadora<sup>9</sup>.

De fato, a disponibilidade da informação é uma premissa fundamental para a análise racional, principalmente sob o prisma econômico<sup>10</sup>, todavia é necessário reconhecer que é próprio das relações humanas a incompletude das informações e a incapacidade de processamento do volume informacional disponível<sup>11</sup>.

Exatamente por esse paradigma neoclássico da hiper-racionalidade não encontrar substância nas relações humanas, foi desenvolvido o conceito da racionalidade limitada, que admite que o agente é intencionalmente racional, mas apenas consegue sê-lo de modo limitado<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> GALDINO, Flavio. Introdução à análise econômica do processo civil (I): Os métodos alternativos de solução de controvérsias, *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2005, p. 176.

<sup>8</sup> ARENHART, Fernando Santos. *Análise econômica da litigância: Teoria e evidência*. (Monografia) – Departamento de Economia da Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009, p. 30.

<sup>9</sup> GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *A tragédia do judiciário: Subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação. Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2012, p. 9.

<sup>10</sup> GALDINO, Flavio. Introdução à análise econômica do processo civil (I): Os métodos alternativos de solução de controvérsias, *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2005, p. 177.

<sup>11</sup> Confira-se: "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 (...) muitas vezes o litigante é desinformado acerca do custo/benefício de se adotar determinado comportamento" (PARIZZI, João Hagenbeck. *Abuso do direito de litigar: Uma interpretação do direito de acesso ao judiciário através do desestímulo econômico dos litígantes habituais*. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, 2016, p. 61).

<sup>12</sup> TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. Direito, economia e processo civil: Algumas observações por ocasião da aprovação da lei 11.232/2005. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo

Citando o entendimento de Douglas C. North, Ivo Teixeira Gico Junior afirma que a racionalidade limitada significa simultaneamente incapacidade de obter todas as informações e de processar as disponíveis e, por isso, os agentes realizam não opções maximizadoras, mas a melhor opção possível identificada pela sua capacidade limitada de ver o mundo (modelo mental)<sup>13</sup>. Note-se que, ainda assim, tal comportamento pode ser compreendido como maximizador, desde que consideradas essas restrições.

Feitas tais considerações, resta saber quais são os cálculos racionais, ainda que limitados, feitos pelos agentes econômicos, antes de decidirem pela prática de um ato processual, como, por exemplo, o ajuizamento de uma demanda.

É sobre isso que passamos a tratar.

## 2.2 O cálculo que precede e orienta a tomada de decisões

A análise econômica do processo parte da premissa de que os sujeitos processuais tomam decisões a partir de cálculos racionais, ainda que intuitivos, sobre os custos e benefícios associados à determinada alternativa que lhes é oferecida<sup>14</sup>.

Nessa ordem de ideias, a decisão de ajuizar, ou não, uma ação judicial é sempre precedida de uma ponderação custo-benefício<sup>15</sup>: se os benefícios esperados (“B”) em caso de sucesso da ação judicial forem maiores do que os custos (“C”) associados ao seu ajuizamento, então a conclusão racional é pelo ajuizamento da demanda. De outro lado, se os custos (“C”) forem maiores do que os benefícios esperados (“B”), a escolha mais racional do agente será pela não judicialização do conflito. Confirma-se o esquema matemático:

---

Ferres da Silva (Coord.). *Processo de execução civil*: Modificações da Lei 11.232/05. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 156.

<sup>13</sup> GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *A tragédia do judiciário*: Subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese (Doutorado) - Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação. Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2012, p. 9.

<sup>14</sup> Da mesma maneira: “Autores e réus das relações processuais obedecem, em suas formas de agir, a critérios de racionalidade, comuns a diversas áreas do conhecimento. A ponderação entre custos e benefícios no momento de se tomar uma decisão, com vistas à obtenção dos maiores ganhos possíveis, é característica própria do comportamento humano, não sendo diferente no que diz respeito às ações judiciais” (TENENBLAT, Fabio. Limitar o acesso ao poder judiciário para ampliar o acesso à justiça, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, Ano XV, n. 52, jan./mar. 2011, p. 26).

<sup>15</sup> Confirma-se: “o que leva um determinado indivíduo a levar a sua questão em tribunal é sempre o resultado de uma avaliação mais ou menos informada e cautelosa de custos e benefícios inerentes a essa decisão” (PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 14).

Se  $B > C$ , o agente racional decidirá pelo ajuizamento da demanda.

Se  $B = C$ , tem-se um ponto de indiferença, do ponto de vista de escolha

Se  $B < C$ , o agente racional decidirá pelo não ajuizamento da demanda.

Note-se, contudo, que não basta a mera ponderação entre benefício e custos, sendo relevante considerar a chance de êxito da demanda. Nesse sentido, deve-se calcular o proveito esperado pelo autor (“PE”), que é o resultado da multiplicação do benefício que pretende obter (“B”) pela probabilidade de que sua demanda seja julgada procedente (“v”), resultando na seguinte equação:

$$PE = v \cdot B$$

Além disso, devem ser considerados os custos relativos ao ajuizamento da demanda. Victor Aguiar de Carvalho sustenta que há custos de quatro diferentes ordens<sup>16</sup>. Vejamos.

O primeiro é o *custo pessoal* (“Cp”). Normalmente, está relacionado às circunstâncias pessoais de cada um e refere-se ao consumo de tempo próprio e às despesas nas quais se incorrerá para levar adiante a intenção de postular em juízo. Nesse sentido, os sujeitos com piores condições financeiras provavelmente terão maiores custos pessoais relativos, haja vista que terão de superar maiores dificuldades da vida, como a distância até uma localidade com melhores serviços, o preço do transporte até o local de atendimento, a despesa para reunir ou fotocopiar documentos, a impossibilidade de se ausentar do trabalho ainda que brevemente, dentre outros.

O segundo tipo de custo, conforme ensina Victor Aguiar de Carvalho, é o *custo advocatício* (“Ca”), seja em razão da necessidade de contratação de um profissional que detenha capacidade postulatória, seja pelo tempo despendido por aquele que litiga em causa própria. Havendo cláusula de êxito no contrato advocatício, só serão devidos os

---

<sup>16</sup> CARVALHO, Victor Aguiar de. A judicialização da saúde sob o olhar da Análise Econômica do Direito: um exame dos incentivos ao ajuizamento e à solução extrajudicial de conflitos, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, 2018, p. 312.

honorários na hipótese de procedência do pedido; nesse caso, o custo será traduzido por “ $v \times Ca$ ”.

O terceiro é *custo de antecipação das despesas* (“**Cd**”) concernentes ao ajuizamento da demanda e aos atos realizados ou requeridos no curso do processo. Vale observar que, no direito brasileiro, o dever de antecipação das despesas não recai sobre os beneficiários da gratuidade de justiça. Desse modo, essa variável deve ser ponderada pela probabilidade de o autor arcar com os custos relativos às despesas antecipadas (“**g**”), de maneira tal que, caso seja beneficiário da gratuidade de justiça,  $g = 0$ ; caso não seja beneficiário da gratuidade de justiça,  $g = (1 - v)^{17}$ .

Por fim, há os *custos de sucumbência* (“**Cs**”), como o pagamento de honorários advocatícios em benefício do patrono da parte vencedora e o ressarcimento do vencedor quanto às despesas que antecipou. Lembre-se que os custos de sucumbência devem ser ponderados pela chance de insucesso da demanda (“ $1 - v$ ”), devendo ser representado por “[ $(1 - v) \times Cs$ ]”.

Em síntese, o valor esperado (“**VE**”) com o ajuizamento da demanda deve ser obtido pela subtração do proveito esperado ( $v \times B$ ) dos custos associados. Vejamos alguns modelos de aplicação dessas variáveis<sup>18</sup>.

*Modelo 1.* Autor não beneficiário da gratuidade de justiça. Contrato de honorários advocatícios com cláusula de êxito.

$$VE = (v \cdot B) - Cp - (v \cdot Ca) - (g \cdot Cd) - [(1 - v) \cdot Cs]$$

Partindo desse modelo, imaginemos um cenário hipotético, em que o autor tem a pretensão de ajuizar uma ação indenizatória em face de um indivíduo qualquer, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ou seja,  $B = 20.000$ , mas possui baixa expectativa de êxito (30%, ou seja,  $v = 0,3$ ). Considerando sua condição econômica, seus custos pessoais com o ajuizamento da demanda seriam de R\$ 200,00 (duzentos reais), equivalente a despesas de deslocamento, cópias e autenticações; então,  $Cp = 200$ . Os honorários advocatícios ajustados, mediante cláusula de êxito, são de 20% (vinte por cento) sobre o

<sup>17</sup> Sendo “ $v$ ” a probabilidade de êxito da demanda,  $1 - v$  representa a probabilidade de insucesso da demanda, hipótese em que o autor arcaria com as despesas processuais.

<sup>18</sup> Equações semelhantes podem ser vistas em: SHAVELL, Steven; ROSENBERG, David. *A model in which suits are brought for their nuisance value*. In: 5 International Review of Law and Economics, pp. 3-13, 1985. No entanto, a aqui apresentada incorpora elementos adicionais da realidade processual brasileira.

valor da causa; então  $C_a = 4.000$ . Tendo vista que o autor não é beneficiário da justiça gratuita, há custos de antecipação de despesas de R\$ 700,00, logo  $C_d = 700$ . Por fim, a sucumbência será fixada, provavelmente, em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, ou seja, R\$ 2.000,00 (dois mil reais), de modo que  $C_s = 2.000$ . Aplicando esses valores ao Modelo 1, temos o seguinte:

$$VE = (0,3.20000) - 200 - (0,3.4000) - [(1 - 0,3).700] - [(1 - 0,3).2000]$$

$$VE = 6000 - 200 - 1200 - 490 - 1400$$

$$VE = 6000 - 3290$$

$$VE = 2710$$

Nesse cenário, haveria estímulo para que o autor optasse pela via judicial, pois os custos associados ao ajuizamento da demanda seriam inferiores ao proveito esperado pelo autor, gerando um *saldo esperado positivo de R\$ 2.710,00*. Resta saber se o cenário seria o mesmo, na hipótese de o pagamento dos honorários não estar condicionado ao sucesso da demanda.

*Modelo 2.* Autor não beneficiário da gratuidade de justiça. Contrato de honorários advocatícios sem cláusula de êxito.

$$VE = (v.B) - C_p - C_a - (g.C_d) - [(1 - V).C_s]$$

Aplicando-se os mesmos valores do exemplo anterior, tem-se o seguinte:

$$VE = (0,3.20000) - 200 - 4000 - [(1 - 0,3).700] - [(1 - 0,3).2000]$$

$$VE = 6000 - 200 - 4000 - 490 - 1400$$

$$VE = 6000 - 6090$$

$$VE = - 90$$

Como se vê, a simples mudança de uma cláusula contratual tem o condão de alterar a relação de custo-benefício para decidir pelo ajuizamento de uma demanda. Assim,

no segundo cenário não haveria estímulo para que o autor optasse pela via da resolução litigiosa do conflito, pois os custos associados ao ajuizamento da demanda seriam superiores ao proveito esperado pelo autor, gerando um *saldo esperado negativo de R\$ 90,00*.

Nessa toada, verifica-se que a cláusula de êxito nos contratos advocatícios favorece o acesso à justiça dos mais pobres, na medida em que reduz os custos da litigância, mas amplia as possibilidades de litigância frívola<sup>19</sup>.

Esse simples teste demonstra que qualquer alteração nas variáveis dessa equação pode alterar profundamente a decisão entre litigar e não litigar. Dentre as variáveis observadas, a mais sensível é, certamente, a probabilidade de êxito da demanda (“*v*”), pois dela dependem diversas outras variáveis. Assim, quanto mais precisa for a análise apriorística a respeito da chance de êxito, tanto maior será a capacidade de projetar os resultados econômicos de eventual litígio.

Nesse contexto, emerge como principal subsídio na definição dessa variável a estabilidade da jurisprudência. Com efeito, ancorados na lição de Richard Posner, Luiz Fux e Bruno Bodart assinalam que a jurisprudência é um estoque de capital que gera incremento produtivo às futuras decisões do Judiciário. Trata-se, segundo os autores, de um acúmulo de conhecimento que produz utilidade por vários anos a potenciais litigantes, em formato de informações sobre suas obrigações jurídicas<sup>20</sup>.

Esse acúmulo de conhecimento a respeito do entendimento dos tribunais é o que garante a previsibilidade e a calculabilidade em eventuais litígios. Saber, de antemão, como os tribunais interpretarão determinada controvérsia significa diminuir a zona de imprecisão e, por conseguinte, ampliar a possibilidade de uma tomada de decisão racional.

Além da jurisprudência, existem outros fatores que influenciam – e estimulam – a litigância frívola, que serão objeto do próximo tópico.

---

<sup>19</sup> Nesse sentido: “No que concerne aos honorários advocatícios, viu-se que a participação percentual do advogado no valor atribuído à causa (*contingent fee*) faz com que pessoas de baixa renda possam utilizar essa alternativa para ter acesso à prestação jurisdicional, aumentando, dessa forma, o nível de litigância” (CASTRO, Fábio Avila de. Modelos microeconômicos de análise da litigância, *Revista da Receita Federal: estudos tributários e aduaneiros*, Brasília-DF, v.3, n.1-2, jan/dez. 2016, p. 133-134).

<sup>20</sup> FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 269, pp. 421-432, jul./2017.

---

### 3 FATORES DETERMINANTES DA LITIGÂNCIA FRÍVOLA

---

Pelo que se viu até aqui, é aparentemente ilógico e pouco razoável<sup>21</sup> alguém propor uma demanda judicial em que não obterá qualquer vantagem ou que poderá até mesmo suportar prejuízo, desconsiderando por completo o custo do processo e o ônus que sua iniciativa poderá acarretar aos cofres públicos.

Nesse contexto, Miguel Carlos Teixeira Patrício oferece algumas pistas para tentar explicar esse paradoxo aparente, quais sejam: (i) assimetria informativa; (ii) o fato de que o autor inicia a ação com um custo reduzido, sabendo que irá ser beneficiado com um acordo, a não ser que o réu promova um esforço intenso – e provavelmente mais custoso – para se defender; (iii) as diversas percepções das partes quanto ao resultado do julgamento, o que pode beneficiar o litigante frívolo; e (iv) a possibilidade de ocorrência de erros judiciais na condenação<sup>22</sup>.

De forma excepcional, outros aspectos podem condicionar esta espécie de litigância, como: (i) a existência de custos irre recuperáveis (*sunk costs*); (ii) a influência do mercado de advogados; (iii) as demandas ajuizadas para exercer o rancor (*grudge suits*), sendo suficiente a publicidade negativa sobre o réu, ainda que não seja obtido o resultado econômico pretendido; e (iv) a necessidade de verificar qual a possibilidade de uma demanda frívola resultar em ganhos.

Diante de todos esses fatores, interessa-nos, para os propósitos do presente artigo, investigar dois elementos que favorecem a litigância frívola no contexto do direito brasileiro: (i) a multiplicidade de percepções das partes quanto ao resultado do julgamento, em razão jurisprudência lotérica<sup>23</sup>; e (ii) o baixo custo de litigância verificado, especialmente, no caso dos beneficiários da justiça gratuita.

É sobre cada um desses tópicos que passamos a tratar.

---

<sup>21</sup> Veja-se: "Partindo-se da premissa de que as pessoas comportam-se de modo racional, alguém que se saiba perdedor em algum litígio, somente ingressaria nele se adotasse comportamento irracional. Mas, como diz o verso popular, 'ninguém joga para perder...' (...) o insucesso decorre do domínio incompleto das informações relativas ao caso e ao comportamento do adversário" GALDINO, Flavio. Introdução à análise econômica do processo civil (I): Os métodos alternativos de solução de controvérsias, *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2005, p. 179).

<sup>22</sup> PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 68.

<sup>23</sup> Sobre o tema, confira-se: CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, pp. 108-128, abr./2001.

### **3.1 A multiplicidade de percepções das partes quanto ao resultado do julgamento: a instabilidade da jurisprudência**

A instabilidade da jurisprudência não é um problema novo, tampouco particular do direito brasileiro. Na terceira edição de “*Elogio dei giudici scritto da um avvocato*”, publicada em 1954, Piero Calamandrei já afirmava que não haveria motivos para se escandalizar com que “entre duas turmas [do Tribunal de Cassação] chamadas a decidir em duas causas diferentes a mesma questão de direito, vez por outra se manifestem diversidade de opiniões e, portanto, clamorosas disparidades de jurisprudência”<sup>24, 25</sup>.

Ocorre que essa incerteza jurisprudencial, como bem apontam Luiz Fux e Bruno Bodart, impede que os sujeitos potencialmente litigantes possam prever adequadamente o possível resultado de uma demanda em juízo, impedindo a adequada ponderação custo-benefício<sup>26</sup> e, em última instância, estimulando a litigância.

Para ilustrar o cenário de incerteza, tomemos como exemplo a possibilidade de condenação ao pagamento de indenização a título de danos morais decorrentes da demora no atendimento ao cliente em instituição bancária. Vejamos, pois, um caso concreto para ilustrar o raciocínio.

No Rio de Janeiro, foi ajuizada uma demanda, objetivando a condenação de instituição financeira ao pagamento de indenização compensatória dos danos morais a que

<sup>24</sup> CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 101.

<sup>25</sup> Ao tratar do assunto, o mestre florentino compartilha uma interessante experiência vivida no Tribunal de Cassação Italiano – que poderia ocorrer em qualquer tribunal brasileiro: “Aconteceu certa vez, por uma curiosa coincidência que mais pareceu uma maldosa brincadeira do destino, que na mesma manhã duas turmas cíveis, que julgavam simultaneamente em duas salas contíguas, fossem chamadas a resolver, em dois recursos diferentes a mesma difícil questão relativa ao significado de certo artigo de lei especial sobre aluguéis, e a resolvessem, apesar de os dois casos serem absolutamente semelhantes, de modo diametralmente oposto. O recorrente, que numa das salas perdeu a causa, teria ganhado (com os mesmos argumentos) se tivesse sido julgado na sala ao lado. Quando saiu ao corredor, onde as portas das salas se abrem uma ao lado da outra, estava estupefato com essa diferença, inexplicável para um profano; e, naturalmente, descontava em sem advogado: – Está claro que o senhor errou na defesa... – Não – replicou o advogado –, errei foi de porta” (CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 101-102).

<sup>26</sup> Veja-se: “A incerteza jurisprudencial impede que as partes possam prever adequadamente o resultado de uma demanda em juízo, dificultando que cheguem a conclusões semelhantes sobre o custo-benefício do processo judicial e também sobre o âmbito dentro do qual os termos do acordo podem variar sem deixar de gerar proveito para todos os envolvidos. Em suma, é bastante provável que o demandismo e a “cultura de litigância” tão propalados sejam, em parte, um reflexo do descompromisso com a estabilidade da jurisprudência” (FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 269, pp. 421-432, jul./2017).

deu causa, por ter deixado o autor, em pé, aguardando atendimento na fila do caixa, dentro da agência bancária, por **duas horas e quatro minutos**.

Em sentença, o juiz julgou improcedente o pedido. O autor interpôs apelação, mas o recurso foi desprovido. No julgamento do apelo, a 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (“TJRJ”) consignou que “*a só espera por atendimento bancário por tempo superior ao previsto na legislação municipal ou estadual, não dá direito à obtenção de indenização por dano moral, vez que esta espécie de legislação tem natureza administrativa, haja vista dirigir-se à responsabilidade do estabelecimento bancário perante a Administração Pública, que, diante da reclamação do usuário dos serviços ou ex officio, deve aplicar-lhe as sanções administrativas pertinentes*”<sup>27</sup>.

De fato, o entendimento está alinhado ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo o qual “*o dano moral decorrente da demora no atendimento ao cliente não surge apenas da violação de legislação que estipula tempo máximo de espera, mas depende da verificação dos fatos que causaram sofrimento além do normal ao consumidor*”<sup>28</sup>.

Até aqui, portanto, nada foge ao *script*: decisão judicial do tribunal local coerente com o entendimento do tribunal superior.

Ocorre que, ainda no âmbito do TJRJ, a mesma questão foi submetida ao órgão fracionário vizinho, a 22ª Câmara Cível, que entendeu, na semana anterior ao julgamento supramencionado, que “*configura desarrazoada e injustificada a espera por cerca de duas horas em fila de banco*”<sup>29</sup> e deu provimento ao recurso de apelação da parte autora para majorar a indenização devida pela instituição financeira.

---

<sup>27</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 0403642-83.2015.8.19.0001, Vigésima Primeira Câmara Cível, Relatora Desembargadora Denise Levy Tredler, 11 de junho de 2019. No mesmo sentido: “O tempo de espera de cerca de uma hora em fila de banco, em que pese o aborrecimento dele decorrente, não se mostra, por si só, suficiente a configurar a perda do tempo útil, o desvio produtivo do consumidor, não se verificando que lhe tenha causado abalo psíquico capaz de configurar violação ao seu direito da personalidade” (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 0033104-43.2017.8.19.0208, Vigésima Câmara Cível, Relator Juiz Convocado Ricardo Alberto Pereira, 10 de julho de 2019).

<sup>28</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.218.497/MT, Terceira Turma, Relator Ministro Sidnei Beneti, 11 de setembro de 2012.

<sup>29</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 0038552-40.2016.8.19.0205, Vigésima Segunda Câmara Cível, Relator Desembargador Rogério de Oliveira Souza, 04 de junho de 2019. Da mesma maneira: “Espera por cerca de 2 (duas) horas em fila de banco, com violação à Lei Estadual nº 4.223/03, que determina que o tempo máximo de espera para atendimento bancário é de 20 (vinte) minutos em dias normais. Sentença de procedência. Demora que, no caso específico dos autos, foi excessiva, não podendo ser considerada como mero aborrecimento cotidiano, já que causou ao autor evidente transtorno que

Sublinhe-se que o lapso temporal entre cada um desses julgados é de apenas uma semana e os casos concretos subjacentes possuíam profunda similaridade no que diz respeito ao tempo de espera na fila da instituição bancária. Ainda assim, as soluções foram diametralmente opostas: o litigante da 21ª Câmara Cível aguardou por duas horas e quatro minutos na fila do banco e obteve uma sentença de improcedência do seu pleito indenizatório; enquanto o litigante da 22ª Câmara Cível aguardou por duas horas na fila do banco – quatro minutos a menos, é verdade – e obteve uma decisão que condenou a parte ré ao pagamento de R\$ 4.400,00 (quatro mil e quatrocentos reais) em seu favor.

Levando em consideração a incerteza que paira sobre o tema, é de se esperar que os clientes das instituições financeiras – que continuam amargando a penosa espera nas filas de bancos – assumam o risco de apostar na loteria jurisprudencial para ver prevalecer seu pedido indenizatório, mesmo sabendo que o entendimento do STJ e de uma parcela do TJRJ é no sentido de que a espera, por si só, não ampara tal pretensão.

Nesse contexto, a pulverização da jurisprudência funciona como estímulo para os sujeitos mais otimistas judicializarem seus conflitos, tendo em vista que sempre haverá alguma chance – normalmente, incerta – de êxito na demanda.

### **3.2 Ausência de custos de transação: a gratuidade de justiça**

Antes de dar início à abordagem do tema, vejamos alguns casos emblemáticos a respeito da litigância sem custos – seja em razão do benefício da justiça gratuita<sup>30</sup> deferido, seja por conta da tramitação perante Juizados Especiais<sup>31</sup>.

*Caso 1.* Em Cascavel, no Estado do Paraná, uma briga entre dois irmãos por causa de um blusão de moletom foi parar na Justiça<sup>32</sup>. Os irmãos vivem na mesma casa. A

---

ultrapassou a esfera da normalidade” (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 0015573-55.2014.8.19.0205, Vigésima Sétima Câmara Cível, Relatora Desembargadora Mônica Feldman de Mattos, 29 de agosto de 2018).

<sup>30</sup> Consoante lição de José Carlos Barbosa Moreira: “Quando se fala em ‘justiça gratuita’, pura e simplesmente se alude a um regime em que o custeio de tudo isso é suportado pelo Estado - e, portanto, em última análise, pela coletividade dos contribuintes -, em vez de o ser apenas pelos usuários dos serviços da Justiça, em cada caso concreto. *Gratuidade*, no sentido mais exato da palavra, não existe, nem pode existir, em lugar algum” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. *In: Temas de direito processual civil: Quarta Série*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 16).

<sup>31</sup> Art. 55, Lei nº 9.099/1995. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.

<sup>32</sup> Os autos do processo foram registrados sob o número 0007571-74.2019.8.16.0021.

mulher comprou um blusão de moletom pela internet com seu cartão de crédito, e colocou o nome da mãe como destinatária. No entanto, quando a peça de roupa foi entregue, o irmão da compradora abriu a encomenda e pegou a blusa para ele. O homem não devolveu a peça – que custou R\$ 79,99 – para a irmã. O caso, então, foi parar no Poder Judiciário. Em sentença, o pedido foi julgado procedente e o irmão, parte ré, foi condenado a entregar à irmã, parte autora, a blusa de moletom, no prazo de 24 horas, em perfeito estado, ou seu equivalente em dinheiro.

Na sentença, o juiz afirmou estar certo de que os Juizados Especiais são destinados a tentar ajudar as pessoas a resolver pequenas pendências cotidianas e atritos de menor importância, "*mas sempre é possível se surpreender com o que aparece*".

*Caso 2.* Em Curitiba, também no Paraná, um cliente processou um bar por caipirão de vodka pequeno demais<sup>33</sup>. Na inicial, o autor alegou que comprou o caipirão de vodka de 600ml por R\$ 29,90. No entanto, ao receber seu pedido, constatou que a bebida era menor que a ofertada no cardápio, problema que não teria sido resolvido mesmo após tentativa do cliente. O autor juntou aos autos diversas fotos em que aparecia com a bebida, além de diversas receitas de caipirão de vodka, incluindo algumas que constavam em vídeos do YouTube. Ele requereu indenização por danos morais em virtude do ocorrido.

Em sentença, o magistrado julgou improcedente o pedido, condenou o autor ao pagamento de 10% do valor da causa em favor da parte requerida, a título de multa por litigância de má-fé, além do pagamento de honorários em 20% do valor da causa. O magistrado ressaltou que "*situações como essa, contribuem para o acionamento desnecessário e o descrédito do Poder Judiciário como instituição, o que deve ser combatido, por isso, é necessário rechaçar com veemência pretensões indenizatórias infundadas, sem qualquer pressuposto da responsabilidade civil, que são imprescindíveis para caracterização do dano*".

*Caso 3.* Em Rondônia, após ver frustrada a compra da camisa do time do coração por falta de estoque, um torcedor pediu reparação por dano moral perante o Poder Judiciário<sup>34</sup>. O torcedor tentou realizar a compra de uma camisa do Palmeiras versão 2016 na Adidas. No entanto, recebeu a informação da empresa de que o produto não estava mais disponível no estoque e de que não seria cobrado no cartão pela compra. Meses depois, o

---

<sup>33</sup> Os autos do processo foram registrados sob o número 0002887-11.2019.8.16.0182.

<sup>34</sup> Os autos do processo foram registrados sob o número 7003902-71.2019.8.22.0005.

palmeirense ajuizou ação contra a empresa, alegando que é colecionador das camisas, pedindo a reparação moral. Em sentença, o juiz julgou improcedente os pedidos iniciais.

*Caso 4.* Em Belém, no Estado do Pará, um cidadão, representado pela Defensoria Pública, acionou o Poder Judiciário para cobrar a quantia de R\$ 8,10 (oito reais e dez centavos) do Departamento de Trânsito do Estado do Pará (DETRAN/PA)<sup>35</sup>. O autor alegou que teria desembolsado essa quantia para receber em casa o Certificado de Registro de Veículos do DETRAN, o que não teria acontecido porque a autarquia informou o endereço errado.

Em sentença, o Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda de Belém extinguiu o processo, determinou seu arquivamento e decidiu deixar nos autos, dentro de um envelope, uma nota de R\$ 10,00 (dez reais) para encerrar a questão. Sem prejuízo disso, o magistrado registrou que “*o Poder Judiciário tem questões sérias e urgentes para solucionar, não podendo se ocupar com uma querela sem nenhuma importância como esta*”.

Inconformada, a parte autora interpôs apelação, requerendo os benefícios da justiça gratuita com isenção do preparo recursal, bem como a reforma da sentença apelada, no sentido de condenar o DETRAN/PA a pagar a importância de R\$ 15,54 (quinze reais e cinquenta e quatro centavos), cuja diferença equivaleria à correção monetária dos valores cobrados.

Em contrarrazões, o DETRAN/PA pediu apenas o afastamento da importância de R\$ 5,54 (cinco reais e cinquenta e quatro centavos), argumentando que o autor/apelante não teria pleiteado a correção dos valores. A despeito disso, manifestou expressa concordância em pagar a referida quantia (R\$ 5,54), a fim de encerrar o processo.

Ante a concordância expressa manifestada pelo ente público demandado, o Tribunal de Justiça do Estado do Pará determinou que o DETRAN/PA efetuassem o pagamento, mediante Requisição de Pequeno Valor (RPV), da importância pleiteada na petição inicial em favor do autor, e julgou prejudicado o recurso de apelação interposto pelo autor.

Existem, pelo menos, dois elementos comuns em todos esses casos: (i) os custos da litigância foram muito reduzidos, em razão da gratuidade de justiça deferida ou da tramitação do feito perante Juizados Especiais; e (ii) o benefício que se pretendia obter era significativamente baixo.

---

<sup>35</sup> Os autos do processo foram registrados sob o número 0003048-19.2013.8.14.0301.

Essas características não aparecem conjuntamente por coincidência, pelo contrário, a ausência de custos de transação para litigância é o que permite – e estimula – a judicialização de demandas cuja pretensão é tão reduzida. Se assim não fosse, provavelmente o litigante não proporia a demanda, mesmo com a consciência de que o benefício a ser obtido ao final seria muito inferior ao custo, por ele suportado, de tramitação do feito.

Diante disso, pergunta-se: afinal, existe relação entre a gratuidade de justiça e a litigância frívola? A resposta é, a toda evidência, positiva.

A partir da equação vista no item 2.2, é possível afirmar, por raciocínio dedutivo, que quanto menor for o custo da litigância, menor poderá ser a probabilidade de êxito para justificar o ajuizamento da demanda; *a contrario sensu*, quando maior for o custo da litigância, maior deverá ser a probabilidade de êxito para justificar o ajuizamento da demanda.

Tratando-se de beneficiário da gratuidade de justiça, os custos de litigar são muitos reduzidos. O *custo de antecipação das despesas* processuais é inexistente, pois o beneficiário da justiça gratuita está dispensado de fazê-lo. O *custo da sucumbência* também é inexistente, porque se restar vencida, a parte será condenada ao pagamento da verba honorária de sucumbência, mas sua exigibilidade ficará suspensa pelo prazo de cinco anos, momento a partir do qual o crédito estará extinto<sup>36</sup>. O *custo de advogado* também é reduzido ou inexistente: reduzido, porque a parte pode firmar contrato de honorários com cláusula de êxito, condicionando o pagamento ao sucesso da demanda; inexistente, porque é possível que a parte se utilize dos serviços da Defensoria Pública. Por fim, os custos pessoais são os únicos que não estão diretamente afetados pelo benefício da gratuidade de justiça, de modo que deverão ser considerados no momento de decidir pelo ajuizamento da demanda.

Essas circunstâncias favorecem o litigante aventureiro, porque os riscos assumidos com o ajuizamento da demanda são próximos de zero. Daí porque Rafael Abreu entende que a gratuidade de justiça desequilibra o jogo do processo, na medida em que

---

<sup>36</sup> Art. 98, § 3º, CPC/15. Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

exige o comportamento responsável de somente um dos litigantes<sup>37</sup>. Passemos, agora, à análise de mais um modelo.

*Modelo 3.* Autor beneficiário da gratuidade de justiça. Contrato de honorários advocatícios com cláusula de êxito.

$$VE = (v.B) - Cp - (v.Ca) - (g.Cd) - [(1 - V).Cs]$$

Nesse caso, tomemos como exemplo uma ação com pedido indenizatório de R\$ 3.000,00 (três mil reais) em face de instituição bancária, tendo como causa de pedir o elevado tempo de espera na fila do banco. Considerando que o entendimento do STJ é desfavorável à pretensão autoral, imaginemos que a chance de êxito é de apenas 20% (vinte por cento). Os custos, como já visto, são todos reduzidos a zero, com exceção dos custos pessoais, aqui fixados em R\$ 100,00 (cem reais). Os honorários advocatícios, pactuados com cláusula de êxito, foram fixados em 20% sobre o valor do pedido, isto é, R\$ 600,00 (seiscentos reais). Nesse caso, tem-se o seguinte:

$$VE = (0,2.3000) - 200 - (0,2.600) - 0 - 0$$

$$VE = 600 - 200 - 120$$

$$VE = 280$$

O resultado positivo da equação confirma a premissa acima enunciada: quanto menor for o custo da litigância, menor poderá ser a probabilidade de êxito para justificar o ajuizamento da demanda.

Ao debruçar-se sobre o tema, Fabio Tenenblat constatou que a taxa de insucesso<sup>38</sup> entre as demandas ajuizadas por pessoas beneficiárias da gratuidade de justiça

---

<sup>37</sup> Veja-se: “Um problema bastante grave com relação à gratuidade está nos incentivos que se criam à litigância frívola ou oportunista. Cria-se com isso um problema de igualdade. De um lado, um litigante tomador de risco, que calcula cada passo sabendo das consequências que determinada ação ou inação pode acarretar, em sentido pecuniário. Tem-se a sucumbência funcionando, aqui, como um regulador ético do processo. De outro lado, um litigante “impune”, pois sabe que as suas ações não acarretam nenhuma consequência em termos monetários. Perdendo ou ganhando, não deverá arcar com os custos de sua atuação em juízo. Tem-se, nesse caso, exercício de liberdade sem a contrapartida da responsabilidade” (ABREU, Rafael. O problema dos custos do processo e sua regulamentação pelo novo CPC, *Revista de Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 5, out./2014, p. 15).

<sup>38</sup> Referimo-nos ao percentual de sentença definitiva de improcedência ou sentença terminativa.

é maior do que aquela verificada entre as demandas ajuizadas por pessoas sem o benefício da justiça gratuita. Confira-se:

	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

Tabela 1: Número e percentual de sentenças em ações de pessoas físicas com e sem gratuidade de justiça e de pessoas jurídicas por resultado<sup>39</sup>

Analisando os dados, verifica-se que 70% (setenta por cento) das ações ajuizadas por pessoas físicas com gratuidade de justiça são malsucedidas. O índice cai para cerca de 50% (cinquenta por cento), quando se trata de pessoa física sem gratuidade de justiça. Nesse contexto, Tenenblat sustenta que esses dados constituem forte indicativo do grau de frivolidade e inconsistência das ações com gratuidade propostas na Justiça Federal. Muitas são, segundo o autor, “verdadeiras apostas gratuitas, nas quais os autores não têm nada a perder”<sup>40</sup>.

Na linha desse raciocínio, é oportuno mencionar a experiência da Lei nº 13.467/2017, sancionada em julho de 2017, e que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017, trazendo mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”). Entre outras inovações, a referida Lei alterou o art. 789 da CLT para estabelecer a cobrança de custas para o acesso à Justiça do Trabalho (ressalvados os casos de concessão de gratuidade de justiça à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo); e acrescentou o art. 791-A à CLT para estipular a fixação de honorários de advogado sucumbenciais.

Após a mudança, houve sensível mudança no número de reclamações trabalhistas ajuizadas. Segundo a Coordenadoria de Estatística do Tribunal Superior do Trabalho (“TST”), entre janeiro e setembro de 2017, as Varas do Trabalho receberam

<sup>39</sup> TENENBLAT, Fabio. Limitar o acesso ao poder judiciário para ampliar o acesso à justiça, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, Ano XV, n. 52, jan./mar. 2011, p. 32.

<sup>40</sup> TENENBLAT, Fabio. Limitar o acesso ao poder judiciário para ampliar o acesso à justiça, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, Ano XV, n. 52, jan./mar. 2011, p. 32.

2.013.241 reclamações trabalhistas. No mesmo período de 2018, o número caiu para 1.287.208 reclamações trabalhistas, uma queda de 36% no ajuizamento de reclamações.

Feitas tais considerações, é necessário pontuar que qualquer modificação legislativa<sup>41</sup> tendente a reduzir o escopo da gratuidade de justiça ou aumentar as custas judiciais exige muita cautela, porque a barreira econômica não pode constituir um obstáculo ao acesso à justiça<sup>42</sup>. Nesse viés, cabe registrar que as críticas devem ser dirigidas ao exercício abusivo do direito de ação, sobretudo quando isso se dá sob o manto da gratuidade de justiça.

#### **4 INSTRUMENTOS DE DISSUAÇÃO DA LITIGÂNCIA FRÍVOLA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Se, de um lado da balança, existem fatores que influenciam a litigância frívola, do outro lado, tem-se mecanismos processuais de dissuasão desse perfil de litigância. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, vários desses instrumentos foram aprimorados e tantos outros foram criados.

Certamente, a proposta mais inovadora e estrutural do novo Código é a criação de um sistema de precedentes. Dessa maneira, o artigo 926 estabelece o dever institucional de os tribunais uniformizarem sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. A seu turno, o artigo 927 determina a observância obrigatória de juízes e tribunais às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; aos enunciados de súmula vinculante; aos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; aos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria

---

<sup>41</sup> Em artigo publicado no Portal Migalhas, foi registrada uma proposta de reformulação das custas no âmbito dos juizados especiais: “Acreditamos que o ideal seria uma alteração legislativa que responsabilizasse o autor pelos custos do processo sempre que perdedor na sua demanda. Poderiam existir diversos modelos para isso, mas sugerimos aquele em que o autor não precisaria pagar custas no início da demanda, ao protocolar a petição inicial. Mas, na hipótese de improcedência, a sentença já o condenaria nos encargos da sucumbência. Como em tudo na vida, o autor avaliaria o risco de sua iniciativa antes do ingresso do processo nos juizados especiais, na perspectiva de que, acaso vencido, será responsabilizado pelas custas processuais e honorários advocatícios” (ROQUE, Andre Vasconcelos; DELLORE, Luiz; OLIVEIRA JR. Zulmar Duarte de; MACHADO, Marcelo Pacheco. *Acesso à Justiça x demandismo*: Repensando a gratuidade nos Juizados Especiais, Migalhas, 1º de julho de 2019).

<sup>42</sup> Sobre o tema, veja-se: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 15-18).

constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e à orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. A iniciativa visa a cumprir a promessa constitucional de tratamento isonômico dos indivíduos e de segurança jurídica nas relações sociais.

Nesse viés, o novo diploma aprimorou ferramentas que integram o sistema de precedentes e contribuem para a dissuasão da litigância frívola, a começar pela improcedência liminar do pedido, prevista no artigo 332<sup>43</sup>. Vale dizer que a possibilidade de o juiz julgar liminarmente improcedente o pedido autoral não é uma novidade trazida pelo Código Fux. Com efeito, em 2006, a Lei nº 11.277 alterou o Código de Processo Civil de 1973, incluindo o art. 285-A<sup>44</sup> em seu texto. O dispositivo trouxe a possibilidade de julgamento imediato pela improcedência, que antes apenas era possível nos casos de prescrição e decadência.

Na vigência do CPC/15, o rol foi sensivelmente ampliado, incorporando a noção de precedentes obrigatórios no direito brasileiro. Desse modo, as demandas que contrariam entendimento pacificados pelos tribunais e dotados de efeitos vinculativos devem ser extintas, com resolução do mérito, antes mesmo da citação da parte ré. Note-se que tais demandas são, na verdade, demandas frívolas, haja vista a baixa probabilidade de êxito dos pedidos propostos pelo jurisdicionado. Dessa maneira, a improcedência liminar

---

<sup>43</sup> Art. 332, CPC/15. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

<sup>44</sup> Art. 285-A, CPC/73. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

do pedido funciona como importante mecanismo de manutenção da coerência do sistema de precedentes e de dissuasão das demandas frívolas.

Previsão semelhante foi consagrada no artigo 932, inciso IV do CPC/15, segundo o qual incumbe ao relator negar provimento ao recurso que for contrário a (i) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; (ii) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; ou (iii) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Cuida-se de previsão que desestimula – que extingue prematuramente – a iniciativa recursal frívola.

Outra ferramenta igualmente importante é a possibilidade de concessão da tutela de evidência, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, prevista no artigo 311, inciso I do CPC/15.

Trata-se de previsão que desencoraja a frivolidade no exercício do direito de defesa, pois reduz a zero os benefícios econômicos que o réu frívolo poderia ter ao apresentar contestação sem fundamentação séria.

Registre-se que essa previsão do direito brasileiro encontra forte inspiração no *référé* do direito francês. O instituto francês tem âmbito de aplicação ainda mais amplo, pois, além das situações de urgências, admite-se sua aplicação nos casos em que não há contestação séria do direito do autor. Com isso, foram formuladas três espécies do *référé* francês: (i) o *référé* tradicional, baseado na urgência; (ii) o *référé* em cujo âmbito a urgência é presumida, não havendo necessidade de demonstração no caso concreto; e (iii) o modelo de *référé* em que a urgência é dispensada, que configuram os assim chamados *référé provision* e *référé injonction*.

A terceira espécie – e mais recente – trata precisamente dos casos em que o direito do autor não é seriamente contestado. Trata-se de medida que tem o escopo de evitar o abuso do direito de defesa, pautado em comportamento de má-fé, e o comportamento protelatório do réu em relação ao cumprimento das obrigações exigidas<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 206, pp. 13-59, abr./2012.

Outro mecanismo relevante para dissuadir a prodigalidade recursal são os honorários advocatícios recursais, previstos no artigo 85, § 11<sup>46</sup> do CPC/15. De acordo com o entendimento firmado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (“STF”), no julgamento da Ação Originária nº 2063, os honorários recursais surgiram com o objetivo não só de remunerar o advogado vencedor pelo trabalho realizado, independentemente de apresentação de contrarrazões, como para evitar a interposição de recursos protelatórios<sup>47</sup>.

Levando em consideração o intuito de dissuadir o recurso protelatório, parece inadequada a previsão de que os honorários recursais ficarão limitados aos percentuais estabelecidos nos §§ 2º e 3º do artigo 85 para a fase de conhecimento. Isso porque, nas hipóteses em que o juízo de primeiro grau fixar os honorários no percentual máximo, não haverá qualquer instrumento que desencoraje a interposição do recurso<sup>48</sup>.

É pertinente ressaltar que as transformações jurídicas não se operam automaticamente com a simples mudança legislativa, sendo necessário uma mudança de comportamento dos sujeitos processuais, sobretudo daqueles que protagonizam a cena do Poder Judiciário brasileiro.

Nesse viés, cabe registrar uma importante iniciativa de dissuasão da litigância frívola capitaneada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (“PGFN”) e pelo STJ,

---

<sup>46</sup> Art. 85, § 11, CPC/15. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

<sup>47</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Ação Originária nº 2063, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Marco Aurélio, Relatório para acórdão: Ministro Luiz Fux, 18 de maio de 2017.

<sup>48</sup> No mesmo sentido: “Aqui, no entanto, o projeto sofreu algumas modificações significativas em relação ao inicialmente apresentado no Senado, que, na prática esvaziaram significativamente o instituto. Na versão atual, ainda que tenha sido estabelecida tal previsão, a sucumbência recursal, em nenhuma hipótese, poderá ultrapassar o limite estabelecido no processo de conhecimento para a condenação em honorários. Nos termos do § 11 do art. 85 “o tribunal, ao julgar o recurso, de ofício, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2.º a 6.º. É vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2.º e 3.º para a fase de conhecimento” (grifou-se). Por exemplo, se uma parte sucumbente sofrer, em primeira instância, condenação sucumbencial em vinte por cento sobre o valor da condenação principal (limite máximo previsto para o caso, conforme visto acima), caso ela interponha recurso de apelação, tal condenação não poderá agravada pelo tribunal ad quem. Na prática isso quer dizer que, quanto mais a condenação em honorários de sucumbência em percentuais próximos do limite máximo, maiores serão os incentivos para que as partes apresentem recursos, especialmente na hipótese de a interposição do recurso, por si só, independentemente do seu provimento, representar um ganho puro (isto é, quando as partes têm incentivos para protelar o andamento do processo, independentemente de terem decisões favoráveis nas fases subsequentes do procedimento) (FREIRE, Alexandre; MARQUES, Leonardo Albuquerque. Os honorários de sucumbência no projeto do novo CPC (relatório-geral de atividades apresentado pelo Deputado Federal Paulo Teixeira - PT), *Revista de Processo*, São Paulo, v. 232, pp. 413-421, jun./2014).

que formalizaram acordo para viabilizar a redução do número de recursos em processos de execução fiscal considerados de “baixa recuperabilidade”. Pelo acordo, a PGFN apresentará petição ao STJ informando a desistência da União nos processos envolvendo créditos de “baixa recuperabilidade” inscritos na Dívida Ativa da União, classificados pela Procuradoria com rating “C” ou “D”, na forma da Portaria MF nº 293 de 12 de junho de 2017. Com a iniciativa, a estimativa é de que aproximadamente 3 mil processos envolvendo a Fazenda Nacional deixem de tramitar no STJ<sup>49</sup>.

A iniciativa inspira esperança naqueles que acreditam que a análise econômica do processo civil pode contribuir para a utilização mais eficiente dos recursos do Poder Judiciário e a ampliação do acesso responsável à Justiça.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se pretendeu demonstrar é que, quando se fala em litigância frívola, não há apenas prejuízo financeiro para o Poder Judiciário. Há mais do que isso: o excesso de demandas gera inviabilização parcial do acesso à justiça àqueles que realmente têm pretensões sérias, pois demandas não frívolas têm sua apreciação prejudicada.

No atual contexto do Judiciário, em que os recursos – humanos, financeiros e tecnológicos – e o tempo são escassos, dedica-los a litígios frívolos é, em última instância, uma forma velada de denegação do acesso à justiça. Dessa maneira, o provocante título do artigo de Fabio Tenenblat (“Limitar o acesso ao poder judiciário para ampliar o acesso à justiça”) é o norte a partir do qual o presente estudo se orientou. Entendemos, portanto, que o acesso à justiça qualificado não deve ser verificado pelas condições de entrada no sistema, mas sim pelas condições de saída.

A partir do exposto, foi possível constatar que o fenômeno da litigância frívola atinge não só o ato de ajuizamento irresponsável de demandas com baixa probabilidade de êxito, mas também o exercício abusivo do direito de defesa e do direito de recorrer. Viu-se que um dos principais fatores que explica a explosão de frivolidade no processo civil é a

---

<sup>49</sup> Confira-se: RACANICCI, Jamile. Fazenda desistirá de 3 mil recursos no STJ, Jota, 31 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/stj-fazenda-creditos-irrecuperaveis-31052019>>. Acesso em julho de 2019.

redução dos custos e a imprecisão informacional, decorrente da instabilidade da jurisprudência.

Por fim, registrou-se que o Código de Processo Civil trouxe uma caixa de ferramentas capaz de dissuadir esse perfil de litigância, tendo como proposta mais inovadora e estrutural a construção de um sistema de precedentes vinculantes, cuja operacionalização requer uma mudança cultural dos operadores do Direito.

## REFERÊNCIAS:

- ABREU, Rafael. O problema dos custos do processo e sua regulamentação pelo novo CPC, *Revista de Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 5, out./2014.
- ARENHART, Fernando Santos. *Análise econômica da litigância: Teoria e evidência*. (Monografia) – Departamento de Economia da Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. *In: Temas de direito processual civil: Quarta Série*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.218.497/MT, Terceira Turma, Relator Ministro Sidnei Beneti, 11 de setembro de 2012.
- \_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Ação Originária nº 2063, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Marco Aurélio, Relatório para acórdão: Ministro Luiz Fux, 18 de maio de 2017.
- \_\_\_\_\_, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 0033104-43.2017.8.19.0208, Vigésima Câmara Cível, Relator Juiz Convocado Ricardo Alberto Pereira, 10 de julho de 2019.
- \_\_\_\_\_, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 0403642-83.2015.8.19.0001, Vigésima Primeira Câmara Cível, Relatora Desembargadora Denise Levy Tredler, 11 de junho de 2019.
- \_\_\_\_\_, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 0038552-40.2016.8.19.0205, Vigésima Segunda Câmara Cível, Relator Desembargador Rogério de Oliveira Souza, 04 de junho de 2019.

- \_\_\_\_\_, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 0015573-55.2014.8.19.0205, Vigésima Sétima Câmara Cível, Relatora Desembargadora Mônica Feldman de Mattos, 29 de agosto de 2018.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.
- CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, pp. 108-128, abr./2001.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARVALHO, Victor Aguiar de. A judicialização da saúde sob o olhar da Análise Econômica do Direito: um exame dos incentivos ao ajuizamento e à solução extrajudicial de conflitos, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, pp. 307-326, 2018.
- CASTRO, Fábio Avila de. Modelos microeconômicos de análise da litigância, *Revista da Receita Federal: estudos tributários e aduaneiros*, Brasília-DF, v.3, n.1-2, p. 114-138, jan/dez. 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- FREIRE, Alexandre; MARQUES, Leonardo Albuquerque. Os honorários de sucumbência no projeto do novo CPC (relatório-geral de atividades apresentado pelo Deputado Federal Paulo Teixeira - PT), *Revista de Processo*, São Paulo, v. 232, pp. 413-421, jun./2014.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 269, pp. 421-432, jul./2017.
- GALDINO, Flavio. Introdução à análise econômica do processo civil (I): Os métodos alternativos de solução de controvérsias, *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2005.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *A tragédia do judiciário: Subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação. Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

- THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 206, pp. 13-59, abr./2012.
- MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. *O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: A maximização do acesso na busca pela efetividade*. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.
- PARIZZI, João Hagenbeck. *Abuso do direito de litigar: Uma interpretação do direito de acesso ao judiciário através do desestímulo econômico dos litigantes habituais*. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, 2016.
- PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.
- RACANICCI, Jamile. *Fazenda desistirá de 3 mil recursos no STJ*, Jota, 31 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/stj-fazenda-creditos-irrecuperaveis-31052019>>. Acesso em julho de 2019.
- RODRIGUES, Marco Antonio. *Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- ROQUE, Andre Vasconcelos; DELLORE, Luiz; OLIVEIRA JR. Zulmar Duarte de; MACHADO, Marcelo Pacheco. *Acesso à Justiça x demandismo: Repensando a gratuidade nos Juizados Especiais*, Migalhas, 1º de julho de 2019.
- SHAVELL, Steven; ROSENBERG, David. *A model in which suits are brought for their nuisance value*. In: 5 International Review of Law and Economics, pp. 3-13, 1985.
- TENENBLAT, Fabio. Limitar o acesso ao poder judiciário para ampliar o acesso à justiça, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, Ano XV, n. 52, jan./mar. 2011
- TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. Direito, economia e processo civil: Algumas observações por ocasião da aprovação da lei 11.232/2005. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coord.). *Processo de execução civil: Modificações da Lei 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes. *Em busca da decisão judicial cível satisfatória: uma análise econômico-comportamental dos processos decisórios no Brasil pós*

1988. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul,  
Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2018.