

ABUSO DO DIREITO DE DEFESA E REFORMA PROCESSUAL

Luis Fernando Schuartz

Professor da Escola de Direito da FGV, Rio de Janeiro.

1 - INTRODUÇÃO

As pesquisas de opinião – incluindo as dos especialistas e profissionais diretamente envolvidos – indicam ser necessária, em nosso país, uma reforma normativa e institucional que torne mais eficiente o funcionamento da Justiça. Nas discussões acerca de alocação de culpas e responsabilidades, que fatalmente acompanham o diagnóstico, predomina o ânimo anti-poderes públicos, mas o bom senso e, sobretudo, o espírito democrático, recomendam posturas mais esclarecidas e menos enviesadas. Como já notou Joaquim Falcão, cada um de nós é um pouco responsável por este estado de coisas. O presente artigo é uma provocação neste mesmo sentido, pois trata de problemas de mau desempenho da função jurisdicional decorrentes, em última instância, das decisões de agentes econômicos enquanto partes em uma lide, e em particular, do que poderíamos denominar “*abuso do direito de defesa*”. Um objetivo adicional do artigo é apresentar parâmetros para mudanças legislativas voltadas a desincentivar esta modalidade de prática abusiva.

O pano de fundo para a exposição está formado, de um lado, pelos dados recentemente divulgados a respeito da concentração da demanda por serviços prestados pelo Judiciário do Rio de Janeiro e os Juizados Especiais Federais em um pequeno conjunto de empresas que figuram como réis em um número significativo de ações baseadas em idênticos fundamentos de fato e de direito, nas quais, em regra, são derrotadas; e, de outro lado, pela suposição de que, por detrás deste fato, há o cálculo racional de agentes que apostam em estratégias procrastinatórias ao constatarem que os custos totais impostos pelo sistema jurídico são inferiores aos benefícios financeiros gera-

dos por um problema de lentidão da Justiça que as mesmas estratégias contribuem para acentuar. Além disto, tendo em vista as discussões em curso sobre formas jurídicas eficazes de solução deste problema, a análise que segue tomará como hipótese de trabalho uma proposta de texto legal que enfrenta o problema por meio da atribuição, ao juiz, de poder discricionário para majorar o ônus da sucumbência do réu, *i.e.*, do percentual sobre o valor da causa ou da condenação que este deve pagar em caso de derrota, até um certo limite previamente fixado, sem a previsão de sanção propriamente dita a ser imposta seja ao réu, seja a seu representante legal. Um texto correspondente a este tipo de proposta, elaborado recentemente por um grupo de juristas renomados e que será tomado adiante como representante de uma classe, é o seguinte:

“Nos casos de multiplicação de ações contra mesmo réu, baseada em idênticos fundamentos de fato e de direito, e sendo aquele reiteradamente sucumbente, o juiz poderá, motivadamente, elevar o valor dos ônus de que dispõe o artigo 20 [do Código de Processo Civil] até o limite de 50% do valor da causa ou da condenação”

A exposição tem início com uma descrição de uma situação típica de decisão que busca ressaltar seus aspectos *estratégicos*, mais precisamente, os *problemas individuais porém inter-relacionados de decisão* enfrentados por cada um dos principais protagonistas da situação, basicamente: o Advogado, o Cliente e o Juiz. Um modelo relativamente simples que cumpre esta função descritiva é apresentado no item 2 abaixo. Este modelo é então modificado, no item 3, para dar conta da hipótese de que a prática do abuso do direito de defesa esteja em boa medida motivada pelo interesse do Cliente em *desestimular*, por meio da construção de reputação do tipo ***tough player***, o acesso *potencial* ao Poder Judiciário por parte de indivíduos outros que não aqueles envolvidos diretamente na questão ***sub judice***. O item 4, finalmente, apresenta três sugestões para eventuais inovações normativas voltadas à solução do problema da alocação de incentivos no sentido da realização da finalidade legal, que passam pelo reconhecimento de que uma norma dotada das características mencionadas acima não seria suficiente para estes fins.

2. O MODELO SIMPLES

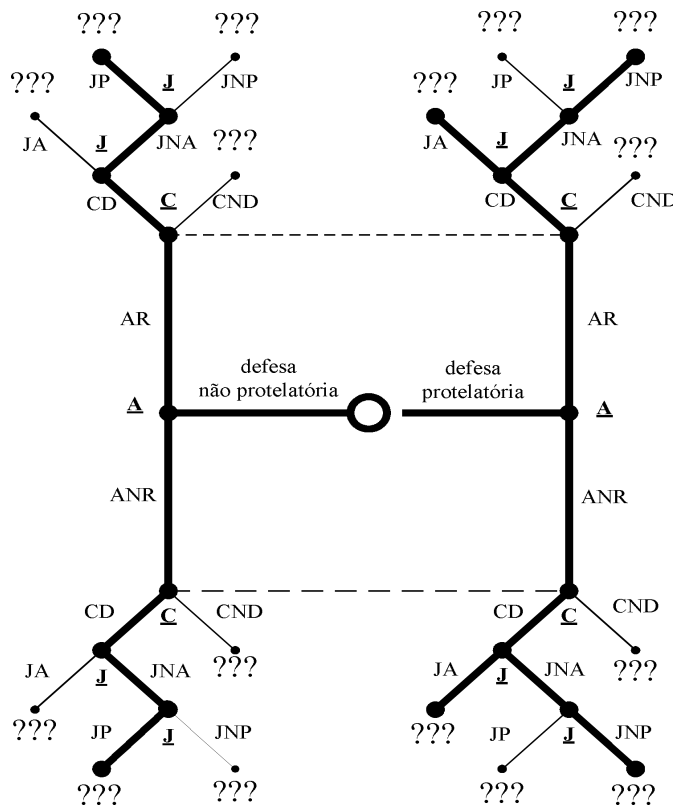
O modelo simples descreve a situação original como problema de decisão que envolve três agentes, no qual os *resultados individuais* associados às decisões de cada agente estão condicionados às decisões dos demais agentes. Tais resultados individuais, associados às diferentes *combinações* possíveis de decisões dos três agentes, permanecerão indefinidos *quantitativamente*. Na verdade, sua definição dependerá justamente de qual seja a *resposta* que o sistema jurídico venha a oferecer à prática que se deseja desincentivar, resposta que aparece ao longo do artigo como *incógnita*, e não como dado. Não obstante, as informações disponíveis permitem conclusões interessantes do ponto de vista qualitativo, que podem, eventualmente, ser futuramente completadas, precisadas e quantificadas caso isto se mostre necessário.

Os *agentes* são, conforme já antecipado, o Advogado, o Cliente e o Juiz. Os primeiros contam, cada um, com duas *decisões possíveis*: o Advogado recomenda ao Cliente defender-se (AR), ou não defender-se (ANR); o Cliente defende-se (CD), ou não se defende (CND)¹. O Juiz, por sua vez, pode acolher (JA) ou não acolher a defesa (JNA), e punir (JP) ou não punir (JNP) o Cliente e o Advogado por prática de abuso do direito de defesa. A *ordem das decisões* e as *informações* disponíveis para cada agente no momento em que é chamado a decidir estão caracterizadas como segue: o Advogado faz a sua avaliação preliminar acerca da classificação jurídica da defesa enquanto protelatória ou não protelatória, bem como das chances de êxito da defesa, e recomenda a defesa ao Cliente se a avaliação for “positiva”. O Cliente, partindo daí, decide se vai se defender ou não. Possivelmente, o Cliente seguirá a recomendação do Advogado, mas normalmente sem saber se a recomendação é adequada ou inadequada do ponto de vista da satisfação dos seus interesses individuais. Estas duas hipóteses são incorporadas ao modelo mediante a definição de duas distribuições de probabilidade. A incerteza *do Cliente* no que se refere à adequação da recomendação do Advogado está refletida na sua expectativa de que tal recomendação seja adequada

¹ Entenda-se que a alternativa de decisão “não defender-se” refere-se não apenas à aceitação, pelo Cliente, da validade da pretensão formulada pelo demandante, mas inclui ainda a opção pela negociação bilateral.

com probabilidade p e seja inadequada com probabilidade $1 - p$. A incerteza do Advogado quanto à aceitação da recomendação pelo Cliente está refletida na sua expectativa de que tal recomendação seja seguida pelo Cliente com probabilidade q e não seja seguida pelo Cliente com probabilidade $1 - q$. Finalmente, caso o Cliente decida defender-se, haveria que se considerar ainda as incertezas do Cliente e do Advogado acerca das decisões do Juiz. Para este último tipo de incerteza, assumiremos que o Juiz decide acolher a defesa com probabilidade r e não acolhê-la com probabilidade $1 - r$, e, no último caso, decide punir com probabilidade s e não punir com probabilidade $1 - s$ ². A figura 1 ilustra a situação com uma *árvore de jogo*.

Figura 1 – Um Modelo Simples da Situação de Decisão³



² No modelo, a “punição” do Juiz pode consistir não apenas no aumento do ônus da sucumbência até o limite legalmente pré-fixado, mas também, na eventual aplicação de uma sanção (por exemplo, por litigância de má-fé), tal como sugerido na seção 4.

³ Para não sobrecarregar a figura com símbolos, as distribuições de probabilidade que representam a incerteza dos agentes relativamente às avaliações ou decisões dos demais foram omitidas.

O círculo vazio no centro da figura marca simbolicamente o ponto em que se determina, juridicamente, se a defesa seria ou não protelatória. Por hipótese, o Advogado sabe, em razão de seu conhecimento jurídico, qual das duas possibilidades se verifica, mas o Cliente não sabe. O Advogado faz então a sua recomendação ao Cliente baseado na sua avaliação dos efeitos líquidos, para si próprio e para o Cliente, associados a cada possível alternativa de ação. Os símbolos **A**, **C** e **J**, postos ao lado, sob ou sobre os “nós de decisão”, indicam o agente que será chamado a decidir no correspondente nó. Os símbolos AR, CD, JP, etc. representam as alternativas de decisão disponíveis a cada agente em cada nó de decisão. As linhas tracejadas simbolizam o fato de que o Cliente não sabe ao certo se está na parte de cima ou na parte de baixo da árvore quando é chamado a decidir se vai defender-se, ou seja, o fato de que o Cliente, ao decidir, não sabe se a defesa é ou não protelatória. As linhas densas ressaltam as *combinações* das decisões de Advogado, Cliente e Juiz que gostaríamos de *evitar* de uma perspectiva social, pois resultam de erros de avaliação e/ou decisão que afetam negativamente a qualidade da prestação jurisdicional e a performance do Poder Judiciário. Os pontos de interrogação, finalmente, são lembretes de que os *resultados* – direta ou indiretamente – associados às combinações socialmente indesejáveis têm que ser definidos de maneira a *desincentivar* as decisões dos três agentes que formam tais combinações.⁴

Para ilustrar, tomemos o caso em que a defesa é protelatória e o Advogado, não obstante, avalia que os ganhos líquidos esperados para si próprio e o Cliente, associados à apresentação da defesa, são positivos, e recomenda que o Cliente se defenda. O Cliente, que atribui probabilidade p ao evento no qual é adequada a recomendação do Advogado (*i.e.*, no qual é correta a avaliação de que a defesa satisfaz os *seus* interesses individuais), seguirá a recomendação do Advogado com probabilidade q . É razoável assumir que q depende de p e é diretamente proporcional a p , *i.e.*, quanto maior for p , maior será q , e quanto menor for p , menor será q . Suporemos que p está

⁴ A análise que segue está fortemente simplificada pela suposição de que o Juiz está *exclusivamente* orientado na maximização da qualidade da prestação jurisdicional e na performance do Poder Judiciário (seja quais forem os índices por meio dos quais as mesmas forem medidas).

próximo de q mas é diferente de q , de maneira que sempre existirá uma chance de o Cliente decidir de uma forma contrária à recomendação feita pelo Advogado – eventualmente, por acreditar que a recomendação do Advogado se explica exclusivamente pelos efeitos positivos que a defesa produzirá do ponto de vista dos interesses do Advogado. O Juiz, por sua vez, tem que decidir se aceita ou não a defesa e, neste caso, se pune ou não o Cliente por abuso do direito de defesa. Do ponto de vista do Advogado e do Cliente, existirá então uma probabilidade r de o Juiz acolher a defesa e, logo, uma probabilidade $1 - r$ de o Juiz não acolher a defesa, sendo que, nesta última hipótese, existirá também uma chance de punição, que Advogado e Cliente estimam em $1 - s$ (recorde-se que s é a probabilidade de o Juiz decidir não punir). As probabilidades r e s , vale sublinhar, representam a incerteza (comum, por hipótese) *do Advogado e do Cliente* acerca do modo como o Juiz, *segundo seu próprio convencimento*, decidirá a respeito da defesa. Portanto, é plausível imaginar que as referidas probabilidades serão determinadas, fundamentalmente, pelo *grau de precisão e completude* com que a *lei* (ou mais geralmente, o direito positivo) regular as questões relevantes para a decisão. Em particular, quanto mais precisa e completa a linguagem da lei no que toca à definição das condições necessárias e suficientes para a punição do Cliente, *menor a incerteza* do Cliente e do Advogado acerca do modo como o Juiz decidirá esta questão e, conseqüentemente, mais próximo de 1 (ou de 0, conforme o caso) o valor de s . Voltando ao exemplo, se imaginarmos que r é suficientemente próxima de 0, *i.e.*, que é suficientemente elevada a probabilidade de o Juiz *não* acolher a defesa (recorde-se que a hipótese é de que, na avaliação do Advogado, a defesa vale a pena, para si e para o Cliente), temos então que a *racionalidade*, seja da decisão do Advogado de recomendar a defesa, seja da decisão do Cliente de defender-se, dependerá especialmente do *valor de s* e da *análise dos custos e benefícios que cada um, Advogado e Cliente, espera realizar* nos casos de punição e de não punição. A idéia é determinar tais parâmetros de maneira que um agente racional (Advogado ou Cliente), refletindo *ex ante* a respeito dos custos e dos benefícios esperados, associados à decisão de recomendar a defesa / defender-se, decida, nestas circunstâncias, *não recomendar a defesa / não defender-se*. Assim, por exemplo, trabalhan-

do o sentido da lei para que se torne mais claro e unívoco, pode-se eventualmente fazer s tender a 0, *i.e.*, $1 - s$ tender a 1, de forma a que o Advogado e o Cliente estejam *certos* ou quase certos da punição no caso de a sua prática verificar as condições estabelecidas para que seja tratada juridicamente como abusiva. Um outro passo seria estimar, em média, para Advogado e Cliente, os benefícios esperados associados à prática que se deseja desincentivar. No caso do Cliente, os benefícios incluem, obviamente, os possíveis rendimentos alcançáveis por meio da aplicação financeira do capital necessário à satisfação da obrigação da qual originou-se a controvérsia; e no caso do Advogado, os honorários advocatícios e a eventual participação nos benefícios (incluindo os financeiros) viabilizados pela estratégia procrastinatória.

A descrição da situação de decisão nos termos de um modelo como o apresentado tem a vantagem de iluminar certos aspectos estratégicos da situação que deveriam ser levados em conta em qualquer análise que pretenda responder à pergunta sobre a adequação de uma dada proposta normativa enquanto meio eficaz para o aprimoramento da qualidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário. Alguns destes aspectos são intuitivos, outros não. Entre os últimos, é interessante destacar o modo como variações no valor do parâmetro s , a probabilidade atribuída pelo Advogado e o Cliente à decisão do Juiz de não punir, podem afetar o valor de parâmetros relevantes para as decisões do Advogado e do Cliente – e, por esta via, estas decisões mesmas – que condicionam e devem ser tomadas anteriormente à decisão final do Juiz. A estrutura do modelo nos instiga a especular acerca do que ocorreria, na análise do caso particular discutido acima, na hipótese de s aproximar-se de 0 em razão de um aumento do grau de precisão e completude da norma jurídica que define condições para a identificação de defesas protelatórias enquanto tais e a punição da prática do abuso do direito de defesa. Agora, seria certo ou quase certo, *tanto* para o Advogado, *como* para o Cliente, que as defesas protelatórias serão percebidas enquanto tais e devidamente punidas pelo Juiz. Como este estado de conhecimento é resultado de uma redução das zonas de indeterminação do texto normativo, é de se esperar que se reduza o número das avaliações incorretas por parte do Advogado e, com isto, também a incerteza *do Cliente* com relação à adequação da recomen-

dação do Advogado, *i.e.*, que o valor de p aumente e aproxime-se de 1. Isto, por sua vez, faria com que a probabilidade q de o Cliente seguir a recomendação do Advogado aumentasse.

Uma conclusão que pode ser inferida deste raciocínio relativamente simples é que, dado um texto normativo que seja suficientemente claro e livre de ambigüidades, um parâmetro chave para desincentivar a prática do abuso do direito de defesa é a punição a ser imposta *ao Advogado* na forma de imposição de uma sanção. Ainda que, em determinados casos, a preocupação do Advogado com a preservação de sua reputação possa bastar para impedi-lo de recomendar defesas protelatórias que ele sabe, quase ao certo, que não serão aceitas e serão punidas, a previsão de uma sanção pode funcionar como critério decisivo, sobretudo se considerarmos (i) os incentivos pecuniários que o Advogado “horista” possui no sentido de maximizar a quantidade das horas trabalhadas para o Cliente, (ii) a ausência de certeza *completa* quanto aos destinos da defesa, e ainda, (iii) o fato de uma parte significativa dos Clientes atribuir valor positivo justamente a – e a reputação de uma parte significativa dos Advogados ser construída e sustentar-se justamente sobre – características do tipo “jamais desiste”. Por outro lado, a imposição de uma sanção ao Advogado vai ficando cada vez mais problemática à medida em que aumenta o grau de imprecisão e ambigüidade da lei e, com este, a incerteza em relação à decisão do Juiz, pois, neste caso, tendem a crescer a propensão do Juiz ao erro, a insegurança do Advogado quanto à sua própria recomendação, a incerteza do Cliente quanto à adequação da recomendação do Advogado, e a hesitação do Cliente em seguir a recomendação do Advogado (*i.e.*, tende a crescer a diferença entre os valores de p e q). Mesmo que, como ocorre em alguns casos, a confiança depositada pelo Cliente no Advogado seja sólida o bastante para reprimir impulsos críticos e hesitações, inclusive – e sobretudo – diante de resultados radicalmente incertos e indeterminados, não parece ser aconselhável a previsão de sanção para o Advogado sob condições de imprecisão e ambigüidade do texto legal. O principal fator neste sentido está na elevada probabilidade de erro judicial, da adoção pelo Juiz de postura excessivamente conservadora ou mesmo omissa com relação à aplicação da norma e, em consequência, de que a norma torne-se completamente ineficaz.

3. “JOGANDO DURO” E O MODELO MODIFICADO

Neste item, será introduzido um novo elemento na estória que dá suporte ao modelo do item 2, e que conduzirá à sua modificação. A incorporação deste elemento adicional torna o modelo um pouco menos transparente mas, eventualmente, mais realista. O novo elemento é a preocupação do *Cliente* com os efeitos *dinâmicos* associados à decisão de *não defender-se* em um caso concreto. Especialmente no caso daquelas empresas que têm que responder, potencialmente, a uma quantidade muito elevada de demandas judiciais, o incentivo para defender-se pode explicar-se pela necessidade de criar e estabilizar uma reputação de ***tough player*** ante os demandantes potenciais, a fim de desestimulá-los a buscar o Poder Judiciário para fazer valer seus direitos. Para dar conta desta motivação, o modelo original deverá ser modificado em duas frentes.

A primeira modificação está na entrada em cena de um novo tipo de agente, qual seja, uma *população P de demandantes potenciais*, onde $P = \{p_1, p_2, \dots, p_n, \dots\}$, e cada elemento de P , *i.e.*, cada, com $i = 1, 2, \dots$, é um proponente potencial de uma futura ação judicial contra o *Cliente*. A segunda modificação tenta capturar o aspecto dinâmico da situação de decisão, *i.e.*, o fato de a decisão a ser adotada pelo *Cliente*, em cada ação judicial, depender dos seus efeitos esperados sobre a propensão dos demandantes potenciais de ingressarem em juízo contra o *Cliente*. Este fato pode ser modelado da seguinte forma. Suponhamos, para simplificar, que as demandas não ocorram simultaneamente (embora isto não seja necessário para validar o raciocínio) e que seja dada uma situação de decisão tal como a ilustrada na Figura 1 acima, *i.e.*, suponhamos que alguém, que denotaremos por p_0 , ingressou em juízo contra o *Cliente*. A situação é a da Figura 1, *salvo* no que toca aos efeitos esperados da decisão do *Cliente*. Quanto a estes, a expectativa é de que (i) a decisão do *Cliente* de *defender-se* funcione como sinalização, aos demandantes potenciais, de que o *Cliente* está disposto a *jogar duro*, e que tal sinalização seja *determinante* para que uma quantidade não desprezível de demandantes potenciais decida *não acionar* o *Cliente*; e, (ii) por outro lado, a decisão do *Cliente* de *não defender-se* sinalize, aos demandantes potenciais, que o *Cliente* está disposto a *ceder*, e que tal sinalização seja *determinante* para que uma quantidade não des-

prezível de demandantes potenciais decida *acionar* o Cliente. A consequência mais relevante em termos do cálculo do *resultado líquido* da decisão do Cliente é que, no lado dos *custos*, deve ser contabilizada a despesa total incorrida pelo Cliente com os pagamentos a fazer a uma certa quantidade de demandantes potenciais cuja decisão de acionar o Cliente *está condicionada* pela decisão do Cliente de não defender-se em casos semelhantes, e que, do lado dos *benefícios*, deve ser contabilizada a economia produzida pela decisão de uma certa quantidade de demandantes potenciais de não acionar o Cliente *em virtude da* decisão do Cliente de defender-se em casos semelhantes.

Voltando à Figura 1, suponhamos que a situação por ela representada coloca-se após a propositura de uma ação judicial por um certo demandante, digamos. Suponhamos ainda que, na avaliação feita pelo Advogado, qualquer defesa será meramente protelatória, e que o Cliente está certo de que a avaliação do Advogado é correta. O Cliente, ao ser chamado a decidir, enfrenta um problema completamente novo. Se o Cliente defender-se, ele suportará os riscos (elevados, por hipótese) de não acolhimento da defesa e punição pelo Juiz na ação de e nas ações subseqüentes dos demandantes potenciais *não dissuadidos* da intenção de acionar o Cliente *por força da* sinalização do Cliente de que ele está disposto a defender-se reiteradamente. Se k é o número dos demandantes potenciais que não foram dissuadidos e as demandas são idênticas, o Cliente enfrentará (além das despesas com o Advogado, taxas processuais, etc.) um custo esperado de $k+1$ vezes a soma do valor devido a p_o , digamos v , com o valor da punição aplicada em razão da defesa protelatória. Denotando por S o valor total desta soma (*i.e.*, $S = v+V$), tem-se que o custo esperado (não descontado) do Cliente na hipótese de defesa é $S.(k+1)$. Se o cliente não se defende (em qualquer das demandas), ele pagará o valor v , devido a p_o , mais este mesmo valor v , multiplicado pelo número total de demandantes que decidam acioná-lo. Se j é este número, o custo esperado (não descontado) do Cliente é $v.(j+1)$. Supondo que possamos, de algum modo, obter estimativas confiáveis dos valores de k , j e v , o problema de decisão, do ponto de vista do legislador ou do **policy maker**, é determinar o valor de V tal que se tenha (com a aplicação dos devidos fatores de desconto): $(v+V).(k+1) = S.(k+1) > v.(j+1)$. Uma alternativa, possível-

mente mais eficiente que a fixação de um valor *constante* para V , é fazer V variar, não só em função do *valor da causa* e do *valor da condenação* (como ocorre na hipótese de majoração pura e simples do ônus da sucumbência), mas também, do *número de vezes* em que foi utilizada a estratégia procrastinatória. Por exemplo, na cálculo do custo do Cliente que utilizou esta estratégia k vezes em k demandas similares, poderíamos ter, em lugar de uma parcela igual a $(k+1)$ vezes V , uma soma $V_0+V_1+V_2+\dots+V_k$, onde V_i é a punição aplicada ao Cliente no âmbito da ação proposta pelo demandante P_i , com $i = 0, 1, 2, \dots, k$, e $V_i < V_{i+1}$, para todo i (e i variando de 0 a $k-1$).

4. SUGESTÕES PARA A REFORMA PROCESSUAL

4.1. O sentido do texto normativo deve ser unívoco

A indeterminação do sentido do texto é um problema de cuja solução depende a solução dos demais problemas listados abaixo. Isto já estava prenunciado na breve discussão, no âmbito da análise do modelo simples, sobre as relações entre o valor do parâmetro s , de um lado, e os valores dos parâmetros p e q – e, a partir destes, a distribuição de incentivos do ponto de vista do Advogado e do Cliente –, de outro lado. A adequada especificação das condições necessárias e suficientes para a majoração do ônus da sucumbência e a eventual aplicação de sanção por litigância de má-fé é fundamental para a realização da finalidade a este relativa. De fato, olhando para esta questão da perspectiva do Cliente, a univocidade do sentido do texto quanto às conseqüências decorrentes de cada possível alternativa decisória contribui para eliminar incertezas e facilita o cálculo dos custos e benefícios associados a cada alternativa. Quanto maior a incerteza quanto à futura decisão do Juiz, maior pode ser também a propensão do Cliente a apostar na própria impunidade, uma vez que se trata de norma cuja aplicação irá mover-se na tênue fronteira entre *restrição do abuso* do direito de defesa e *cerceamento do direito* – constitucional – de defesa propriamente dito. A clareza do texto é essencial para deixar o Juiz à vontade para impor o ônus e a sanção aplicáveis, e evitar as inevitáveis hesitações diante de uma decisão de punir que poderá vir a ser – e será – questionada em instâncias superiores. Em outras palavras, a indeterminação quanto às condições necessárias e suficientes para a majoração do ônus da sucumbência e a eventual imposição da sanção pode tornar a norma contraproducente,

pois não apenas obstaculiza a realização dos seus objetivos, mas também agrava o mal que a norma deveria contribuir para curar.

Especialmente problemáticas, neste contexto, são expressões de conteúdo semântico indeterminado, do tipo “multiplicação de ações”, “repetição de ações”, etc. Quantas ações contra o mesmo réu são necessárias para estarmos autorizados a falar de “multiplicação”? Confiar exclusivamente à subjetividade do Juiz, em cada caso concreto, esta determinação, é um convite à tática do recurso protelatório e, no limite, à inaplicabilidade da norma, dadas as dificuldades de apontar **in concreto** o ponto em que se dá a passagem de um estado ao outro, ou pior: a metamorfose da presunção da boa fé em presunção da má fé do réu. Uma solução bem mais econômica seria fixar, seja legalmente, seja infra-legalmente por decisão de órgãos selecionados do Poder Judiciário, *um número mínimo* de ações a partir do qual o Juiz estaria autorizado a fazer esta presunção, podendo-se reservar ao Juiz, se assim se desejar, uma margem de discricionariedade em relação – somente – à *efetiva* aplicação da sanção por litigância de má-fé. Por outro lado, é preciso ter em mente que a admissibilidade desta margem de discricionariedade irá reintroduzir pela porta dos fundos o risco de inaplicabilidade antes mencionado, de modo que o ideal seria usar uma linguagem que sugerisse a obrigatoriedade também da imposição da sanção uma vez verificadas as condições previstas na hipótese normativa (novamente, poder-se-ia admitir certa margem de discricionariedade para o Juiz na definição do *valor exato* da sanção, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso concreto). Em qualquer hipótese, é importante que a discussão acerca de qual deveria ser este número mínimo não se deixe paralisar pela obsessão com a determinação de um número mágico que possa resistir a todos os possíveis contra-exemplos. A idéia da fixação de um mínimo obedece a uma lógica estritamente pragmática, é dizer, à lógica da busca de uma *solução efetiva para um problema prático*, dadas as restrições de recursos que afetam, sabidamente, a performance do Poder Público no Brasil.

4.2. Previsão de punição para o Advogado

No item 2, argumentou-se que a decisão do Advogado de recomendar, ou não, a defesa ao seu Cliente, é uma variável-chave no

problema de como desenhar o melhor mecanismo institucional para desestimular a prática do uso do direito de defesa para fins protelatórios. Devidamente consideradas a estrutura de incentivos – pecuniários ou não – do Advogado e a probabilidade de o Cliente seguir a recomendação do Advogado, seria interessante que o texto da norma contivesse uma previsão de sanção a ser imposta também a este último. Os textos normativo-jurídicos que tratam da questão da litigância de má-fé parecem subscrever implicitamente a suposição convencional de que o papel do Advogado é o de um prestador de serviços que executa fielmente as ordens de um Cliente soberano. Em face da *assimetria de informação* que caracteriza, cada vez mais sensivelmente, a relação Advogado-Cliente, é razoável supor que esta premissa esteja bem longe de corresponder à prática habitual. Em regra, o Cliente apenas entra em cena, decisivamente, no momento da contratação do Advogado, e o processo de troca de informações entre ambos para efeitos de prestação de contas é comandado seletivamente pelo Advogado na forma mais apropriada à satisfação dos seus próprios interesses. Neste sentido, a possibilidade de punição cria para o Advogado um incentivo adicional à adoção de uma postura mais alinhada com os interesses *legítimos* do Cliente e o *interesse público*. Ainda que existam nuances a considerar no caso das grandes empresas que contam com departamentos jurídicos sofisticados e, para algumas áreas do direito, formas relativamente eficazes de redução da assimetria de informação que existe entre Cliente e Advogado, referidas nuances não parecem ser suficientes para fazer desaparecer a questão da incompatibilidade de incentivos e, logo, a importância da função conferida à previsão de punição para o Advogado como meio para viabilizar a realização da finalidade legal.

Poder-se-ia argumentar que a expressa previsão de sanção para o Advogado é desnecessária à luz do que já dispõe o art. 34, VI, do Estatuto do Advogado, que define como “infração disciplinar” a prática da advocacia “contra literal disposição de lei”. Este argumento, no entanto, é frágil por duas razões. A primeira está na dificuldade de aplicação da mencionada norma em razão de sua linguagem frouxa. Ao acusado, é aberta a possibilidade de questionamento dos fundamentos da acusação não só em razão de dúvidas em relação à literalidade da disposição legal contra a qual a advocacia teria sido

praticada, mas também – nos casos em que a afronta à letra da norma estiver fora de discussão –, em nome de sua própria convicção acerca da inconstitucionalidade ou injustiça do dispositivo em questão. A segunda razão está no caráter quase simbólico da sanção aplicável, a saber, a censura⁵. É difícil crer que a previsão de uma punição tão branda seja capaz de desestimular o comportamento negligente do Advogado no sentido de recomendar ao Cliente prática de conduta que sabe ser abusiva (note-se, contudo, que a previsão de punição do Advogado na hipótese de abuso do direito de defesa não se aconselha, em havendo ambigüidade do texto legal, conforme indicado acima).

Uma opção indireta e menos traumática – mas, provavelmente, também menos eficaz – que a previsão de sanção pecuniária ao Advogado, e que, eventualmente, poderia contribuir para disciplinar seu comportamento e alinhar seus interesses com a finalidade legal, seria a criação de uma *despesa extra* a ser incorrida pelo Cliente, *anteriormente* à apresentação da defesa, se verificadas, *preliminarmente*, certas condições que apontem na direção de uma prática abusiva. Neste caso, dependendo do valor desta despesa, é possível que o Advogado veja-se pressionado pelo Cliente a prestar contas a respeito da presença de tais condições no caso concreto, viabilizando ao Cliente o exercício de uma maior autonomia sobre a decisão relativa à apresentação de defesa. O problema com esta sugestão é que ela torna necessária uma *nova* decisão no âmbito do processo judicial, a saber, a decisão do Juiz a respeito da presença, no caso concreto, das referidas condições, criando assim uma *nova* oportunidade de questionamento para o Cliente.

4.3. Previsão da “reincidência” enquanto critério de fixação de sanção

Se o propósito de um texto normativo é criar um desincentivo adicional e eficaz ao abuso do direito de defesa no caso particular daqueles réus derrotados repetidas vezes em ações baseadas em iguais fundamentos de fato e de direito, deve-se ter em mente que a *repeti-*

⁵ Ver art. 36, I, do Estatuto do Advogado. É algo a se discutir até que ponto uma eventual previsão no sentido de que o Juiz solicitasse, de ofício, à Ordem dos Advogados do Brasil, que tomasse as providências cabíveis contra advogados negligentes, seria suficiente para dissuadir, *por constrangimento*, o Advogado a recomendar ao Cliente a apresentação da defesa protelatória.

ção é a característica central a diferenciar esta prática do caso geral já devidamente coberto pelos arts. 14, III, e 20 do Código de Processo Civil, e que serve, igualmente, de justificativa para um tratamento mais rigoroso. Se é plausível assumir que os benefícios marginais associados à repetição da estratégia procrastinatória são *crescentes*, seria natural buscar neutralizá-los por meio de uma *seqüência crescente de punições* que assegurassem, dado um número qualquer n de ações, que os custos marginais, para o Cliente, associados à demanda $n+1$, são superiores aos benefícios marginais que o Cliente espera obter adotando a referida estratégia.

Neste sentido, as *variáveis* previstas para a fixação do valor da sanção correspondente à prática reiterada da defesa protelatória devem necessariamente guardar uma relação de referência necessária à mencionada característica diferenciadora. Não é recomendável que elas sejam exatamente as mesmas que as previstas para a fixação do valor do ônus imposto ao réu em virtude da sucumbência, quais sejam, o valor da causa e o valor da condenação, mesmo supondo que o limite para o percentual aplicável sobre estas variáveis venha a ser majorado. Novamente, supondo que os ganhos marginais para o Cliente são crescentes, existirá um número n de repetições da estratégia protelatória a partir do qual sua adoção valerá a pena para o Cliente, *inclusive* assumindo fixação do percentual máximo nas ações precedentes e subseqüentes. Nos casos em que o número esperado de ações *efetivas* for superior a n , a punição deixará de ser eficaz para a realização do seu objetivo de dissuadir o Cliente a se defender. Por esta razão, é recomendável que o texto contenha previsão de que o valor da sanção poderá (também) variar em função da “reincidência” do réu, *i.e.*, do número de vezes em que a estratégia foi usada – de preferência, acima do limite mínimo (ou após ter sido satisfeita a condição equivalente) sugerido no item 4.1., se algo do gênero viesse a ser definido. ☐