

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA

PEDRO AUGUSTO GRAVATÁ NICOLI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Simone Letícia Severo e Sousa, Pedro Augusto Gravatá Nicoli – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-130-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetivação da justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

No volume ora apresentado, os artigos produzidos para o Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido em Belo Horizonte em novembro de 2015, constituem um testemunho histórico do atual momento do processo e da jurisdição no Brasil e em escala global. Seja como técnica, campo do saber jurídico, zona de vivências e arena para o entrecruzamento de demandas sociais das mais variadas ordens, o processo foi problematizado à luz de uma premissa que emerge do conjunto dos textos: a ideia de acesso efetivo à justiça. Tal acesso, aqui, é tomado de forma materializada, em seu sentido substancial, reconectando a dimensão jurídico-processual com seus fins últimos e com os caminhos (e descaminhos) de seu alcance. Como instrumento de realização de direitos e garantias fundamentais, resulta da leitura dos textos uma reinvenção necessária dos sentidos últimos do processo.

Para tanto, a dimensão principiológica do processo é compreendida como repositório dos valores mais caros à realização da justiça, não apenas como idealidade, mas como concretude no e pelo processo. A ocasião da edição do novo Código de Processo Civil brasileiro torna ainda mais oportuno o momento reflexivo e convida a situar o processo numa crise estabelecida na função jurisdicional. O alto índice de litigiosidade, o congestionamento processual e os entraves materiais e formais a uma prestação de mérito e exequível tornam tal retomada de fundamentos uma necessidade premente. E, diante dessas condições, a criatividade das análises produzidas sinaliza possíveis rotas de avanços.

É o caso do conjunto de reflexões em torno da ideia de cooperação processual. Concebida como medida de racionalização sistêmica do processo (e não como quimera a sublimar os conflitos e desconsiderar a posicionalidade das partes), a cooperação desenha seus conteúdos concretos, em deveres das partes, de seus representantes e do juiz. O imperativo constitucional da razoável duração do processo, consectário processual da ideia de justiça em si, torna as análises das formas jurídicas de cooperação, mais uma vez, uma necessidade. Talvez se desenhe ali um efetivo princípio jurídico, a contar das proposições de alguns dos trabalhos deste volume, em reconhecimento a uma densidade normativa própria, um dever de cooperar. O caráter adversarial do processo, contudo, não é pura e simplesmente mascarado, mas se faz acompanhar de um dever de lealdade processual que se engaje, em suas dimensões sistêmicas, com a própria realização da justiça.

É o mesmo cenário a alimentar a rica reflexão em torno das demandas repetitivas, da coletivização do processo e da expansão das possibilidades de precedentes judiciais. Aqui, a jurisdição é instada a um exercício de autoanálise que exponha cruamente as arestas da idealização de um livre convencimento motivado em isolamento, como espaço mítico de redenção jurídico-processual. A percepção de que as decisões judiciais interagem de maneira permanente e dão corpo à jurisdição como exercício, invariavelmente supera a imagem de um julgador isolado na prática de função meramente técnica.

A figura do juiz, aliás, merece espaço destacado nos textos produzidos. Submetida ao conjunto das análises constitucionais e políticas que as últimas décadas legaram, a função jurisdicional é posicionada de maneira crítica nas matrizes do Estado Democrático de Direito. Poderes e prerrogativas na condução do processo são recolocados em interação com seus sentidos materiais. As complexidades de um itinerário simplificador que move o juiz de um autômato técnico a um ativista processual são desnudadas, instando o processo a compreender melhor a posição de um de seus atores determinantes. E compreendê-la de forma mais democrática, sensível a impactos sistêmicos, ciente de limitações e propositiva.

O quadro se completa com análises concretas de momentos processuais chave. A execução e o alcance patrimonial ganham uma centralidade na reflexão que se compatibiliza com a importância concreta que têm.

A conclusão, em resumo, não poderia ser outra. O vigor do processualismo brasileiro mesmo diante de um quadro aterrador de crise na entrega da prestação jurisdicional (ou até mesmo por ele) se renova. O conjunto dos artigos aqui apresentados é prova da necessidade de difusão do engajamento da reflexão jurídico processual para que, como propôs Amartya Sen, se possam remover injustiças concretas e diárias. Para que se chegue a um processo que contribua para a superação dos privilégios, da desigualdade, que se compreenda criticamente e se alimente, quase que de maneira obcecada, sua razão de ser: o acesso material, integralizado, maximizado à justiça.

Coordenadores do GT:

Prof. Dr. Pedro Augusto Gravatá Nicoli

Professor Adjunto da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). É Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFMG. Concluiu Pós-Doutorado (2015) junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, com bolsa

CAPES/PNPD. Esteve em temporada de pesquisas junto ao Collège de France, como parte de um programa de Doutorado-Sanduiche no Exterior, com bolsa da CAPES. Foi pesquisador visitante na Organização Internacional do Trabalho, no Instituto de Estudos Avançados de Nantes e na Universidade de Estrasburgo.

Profa. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Pós-Doutora em Direito pela UFSC; Doutora em Direito pela UFPR; Advogada e Professora Universitária; Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande RS; Professora da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público POA-RS.

Profa. Dra. Simone Letícia Severo e Sousa

Possui graduação em Letras pelo Centro Universitário de Patos de Minas UNIPAM (1997), graduação em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas UNIPAM (2000). Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil (2001). Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca (2003). Foi professora no curso de Direito FADIPA-UNIPAM (2001-2008). Doutora em Direito Público. Foi professora substituta do curso de Direito da UFMG (2008). Atualmente é coordenadora do curso de Direito da Unifenas/BH Universidade José do Rosário Vellano. Coordenadora do Curso de pós-graduação (lato sensu) Novas tendências do Direito Civil e do Direito Processual Civil (Unifenas BH).

O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL, O AGIR ESTRATÉGICO E O LITIGANTE HABITUAL: UMA RELAÇÃO POSSÍVEL À LUZ DA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO

THE PRINCIPLE OF COOPERATION PROCESS, THE STRATEGIC ACTION AND THE REPET PLAYERS: A POSSIBLE RELATIONSHIP IN THE LIGHT OF DISCURSIVE THEORY OF LAW

Alisson Silva Martins

Resumo

O processo enquanto instrumento do exercício da jurisdição, em um Estado Democrático de Direito, não tem protagonistas e nem inimigos. Assim, o processo deve ser encarado como um espaço de diálogo e de inclusão, que permite todos aqueles que serão vinculados por uma decisão a oportunidade de influenciar, construtivamente, no conteúdo do comando judicial. Dentro dessa perspectiva o presente artigo tem o objetivo de desmistificar o conteúdo normativo do princípio da cooperação processual, buscando demonstrar que a eleição do modelo cooperativo de processo pressupõe a atuação estratégica das partes, especialmente do litigante habitual, não obstante a técnica processual tenha a função de depurar esse tipo de atuação.

Palavras-chave: Princípio da cooperação processual, Agir estratégico, Litigante habitual

Abstract/Resumen/Résumé

The process, as an instrument of the exercise of jurisdiction in a democratic state, has no actors and no enemies. Thus, the process should be seen as a space of dialogue and inclusion, enabling all those who will be bound by one decision the opportunity to influence constructively the content of judicial command. In this perspective the present article aims to demystify the normative content of the principle of procedural cooperation, seeking to show that the election process of cooperative model assumes the strategic work of the parts, especially the repet players, despite the procedural technique has the function to debug this kind of activity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of procedural cooperation, Strategic action, Repet players

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei n.º 13.105/15, o Novo Código de Processo Civil (NCPC), encampa o princípio da cooperação como vetor estruturante do processo, impondo ao juiz e as partes o dever de cooperar entre si para que se obtenha, em prazo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva.

Não obstante, a ideia de cooperação pode despertar certas perplexidades na medida em que o processo nunca foi visto como um ambiente de cooperação, especialmente quando se tem em conta os interesses contrapostos dos litigantes. Diante da existência de interesses contrapostos é natural que as partes busquem agir estrategicamente com vistas à consecução de seus objetivos.

Com o fenômeno da explosão da litigiosidade e a verificação da recorrência de certos atores ao sistema judiciário – os litigantes habituais -, o mapeamento das estratégias desses litigantes (GALANTER, 1986) passa assumir um papel de destaque no estudo do Direito Processual, com vistas ao aperfeiçoamento da técnica processual e o asseguramento da própria sustentabilidade do sistema.

Nesse contexto, entre as ideias que pululam o senso comum e aquelas que compõem conteúdo normativo do princípio da cooperação processual existe uma enorme distância, tendo, portanto, o presente artigo o objetivo de desmistificar a aplicação do princípio da cooperação no âmbito do Processo Civil, com vistas a demonstrar que é possível estabelecer uma comunidade de trabalho entre o magistrado e as partes, corresponsabilizando-os pelos resultados do processo, tendo como foco específico a interação entre o tribunal e os litigantes habituais.

Sendo assim, parte-se do questionamento de como o princípio da cooperação incidiria nos processos envolvendo os litigantes habituais, especialmente levando em consideração a frequência desses atores no sistema judicial e a sua forma de atuação estratégica.

Em resposta a tal problema buscou-se confirmar a premissa de que se pode (e se deve) vincular o litigante habitual ao princípio da cooperação, sem lhe suprimir a garantia fundamental de participação em contraditório ou se exigir, de maneira utópica, uma atuação que desconsidere sua qualidade de parte no processo.

Como marcos teóricos para a construção do texto, buscou-se em Habermas a compreensão do conceito de agir estratégico e em Fazzalari a noção de processo como espécie de procedimento desenvolvido em contraditório, buscando estabelecer a ideia de que o procedimento judicial preparatório para a construção da decisão, realizado em contraditório e com simétricas oportunidades de participação, é técnica capaz de depurar o agir estratégico.

Para tanto, o artigo foi dividido em três partes. A primeira delas trabalhará com o conteúdo normativo do princípio da cooperação, explicitando os deveres decorrentes desse princípio. Em seguida, passar-se-á expor a relação entre o agir estratégico e o princípio da cooperação processual. Na última, buscará repensar o contraditório desenvolvido na etapa preparatória para a prolação da decisão, nos litígios de baixa e alta intensidade, demonstrando os caminhos trilhados pelo codificador processual de 2015 para o aperfeiçoamento da técnica processual.

2 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL: NOÇÕES ELEMENTARES

É certo que antes da aprovação do NCPC já existiam vozes no sentido de que a instituição de um modelo processual orientado pela cooperação entre os atores do processo estaria em maior sintonia com o paradigma do Estado Democrático de Direito (DIDIER JR., 2010; NUNES, 2008; MITIDIERO, 2011).

Embora pare ainda certa divergência acerca do fundamento constitucional que alicerça o modelo cooperativo de processo (se é que esse fundamento é mesmo de índole constitucional), dúvidas, no entanto, não podem existir acerca de sua eleição como vetor estruturante do procedimento que antecede a formação do provimento jurisdicional.

À luz de um sistema processual pautado pela colaboração, no qual o resultado do processo é fruto do diálogo simétrico e horizontal entre as partes e o tribunal, não há lugar para protagonistas; a decisão é resultado do debate travado entre as partes durante todo o *iter* procedimental. Privilegia-se, pois, a divisão de trabalho entre as partes e o juiz, evidenciando, sobretudo, que o processo tem uma estrutura policêntrica da qual se extrai a legitimidade decisória. Enfim, todos os atores do processo, a partir de diferentes perspectivas e em conformidade com o papel desempenhado ao longo do processo

contribuem para a formação de um discurso que servirá de fundamento para uma decisão correta (STRECK et al, 2014).

A percepção que os atores do processo atuam sem subordinação, mas de modo interdependente, é justamente o que permite a construção de decisões qualitativamente melhores, normativamente mais corretas (THEODORO JR. *et al*, 2015, p. 114).

Dentro desse modelo, o juiz é visto como um sujeito do contraditório ao lado das partes, sem que exista entre uns e outros qualquer relação de subordinação no que se refere ao diálogo processual. No entanto, quando da decisão o magistrado se encontra em uma posição de assimetria em relação aos demais contraditórios, pois “as partes não decidem *com* o juiz; trata-se de função que lhe é exclusiva” (DIDER JR., 2015, p.126). É por isso que já se afirmou que o juiz desempenha um duplo papel ao longo do processo: “é paritário no diálogo e assimétrico na decisão”. (MITIDIERO, 2011, p. 81).

Colocar o magistrado em simetria durante o debate que se estabelece na plataforma procedimental que antecede a decisão não significa que ele deva permanecer naquela mesma posição quando do exercício de poderes processuais (*poderes-dever*), especialmente aqueles destinados à direção material do processo.

É bem verdade que o NCPC deu novos contornos ao impulso oficial, isto é, à direção material do processo, prevendo a possibilidade da fixação de calendário para a prática de atos processuais, com caráter vinculante para o juiz e para as partes (art. 191 do NCPC), bem como instituiu a ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão (art. 12 do NCPC). Não obstante, isso não infirma a assimetria entre o tribunal e as partes na condução material do processo, pois é o magistrado/tribunal o responsável pela aplicação das sanções processuais às partes, decorrentes do descumprimento dos prazos instituídos no calendário processual (*e.g.* reconhecimento da preclusão operada em desfavor da parte). O descumprimento dos prazos processuais pelo magistrado ou o desrespeito a ordem cronológica de conclusão do processo para a prolação de sentenças/acórdãos irão desafiar a atuação corretiva dentro da própria estrutura do próprio Poder Judiciário, já que é impensável a possibilidade de as partes aplicarem sanções ao magistrado.

Sem se vislumbrar certa assimetria em relação às partes na direção do processo não é possível encontrar qualquer substrato que justifique de forma convincente a

repressão de comportamentos não cooperativos das partes no *inter* procedimental. Esse entendimento não é, porém, pacífico (cf. DIDIER JR., 2015, p. 125).

De toda forma, parece possível pensar em uma condução materialmente assimétrica do processo, a justificar a existência de poderes-dever processuais em posse do juiz, sem, contudo, trilhar um modelo de processo autoritário/inquisitorial ou arrimado em premissa estatalista fundada na subserviência das partes em relação ao juiz, mesmo porque a estrutura procedimental permite às partes o exercício da fiscalização dos atos praticados pelo magistrado. Insista-se: a simetria reside no diálogo entre todos os atores do processo, repudiando a ideia de que o magistrado teria privilégios cognitivos em relação às partes.

Didier Jr. (DIDIER JR., 2010, p. 15), em trabalho dedicado ao descortino dos fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual português, sistematizando as ideias de Miguel Teixeira de Souza, aduz que decorreria desse princípio os deveres para o órgão jurisdicional de: a) esclarecimento; b) consulta; c) prevenção, e; d) auxílio.

O dever de esclarecimento implica na regra de conduta que impõe o magistrado a obrigação de sanar junto às partes eventuais dúvidas que tenha sobre suas alegações, pedidos e posições em juízo, bem como no de deixar as partes livre de dúvidas acerca de seus próprios pronunciamentos (DIDIER JR., 2010, p. 16-17). O esforço do julgador em bem compreender os elementos constantes das postulações das partes que eventualmente se afigurem obscuros é importante mecanismo para o máximo aproveitamento dos atos processuais e aperfeiçoamento qualitativo das decisões (fundamentação estruturada – art. 489 do NCPC), na medida em que se permite a ampla compreensão dos elementos que compõe o discurso de aplicação do direito.

O dever de consulta impede que o magistrado decida com base em fundamento de fato ou de direito, sem antes submeter às partes previamente a matéria. Tal exigência incide inclusive sobre aquelas matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado. Assim, fica assegurado a todos aqueles que potencialmente possam ter sua esfera jurídica atingida pela decisão o direito de se manifestar, a partir de diferentes pontos de vista, sobre elementos que eventualmente venham formar o juízo.

O dever de consulta é exigência afinada com a matriz substancial do direito fundamental à participação em contraditório (poder de influência). Sem desprezar as clássicas prerrogativas decorrentes do contraditório – informação-reação –, a leitura substancial do contraditório impõe a abertura de arco procedimental, franqueando às partes

o poder de influenciar no desenvolvimento e resultado do processo (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p. 97).

Nesse particular, é digno de encômios o art. 10 do NCPC (*“O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”*).

Em mesma trilha, lançando novas luzes ao efeito translativo dos recursos, o art. 933 do NCPC (*“Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.”*)

Os citados dispositivos representa uma boa-nova em relação à estruturação técnica do processo, já que amplia a participação das partes no curso do procedimento, possibilitando-as aportar elementos quer irão serão de relevo para construção do provimento final. O prévio debate inaugurado pelo magistrado é de suma importância para se evitar equívocos de uma apreciação solitária de questão sob a qual as partes não puderam se manifestar, mas foi considerada como fator determinante na construção do provimento jurisdicional; busca-se evitar as chamadas “decisões surpresa” ou “decisão terceira via”.

Parece evidente que não basta que o juiz convide as partes para o debate acerca dessas questões é, pois indispensável a apreciação completa dos elementos aportados por elas; a correlação entre as razões articuladas pelas partes e a fundamentação da decisão é de rigor (art. 489§1º, IV do NCPC). O magistrado pode até desatender a pretensão da(s) parte(s), mas, por certo não poderá as ignorar (FAZZALARI, 2006, p. 120).

Relativamente ao dever de prevenção, estabelece-se a exigência de o magistrado indicar as deficiências e vícios das postulações das partes, evitando-se o tanto quanto possível o desfecho anômalo do processo (art. 485 do NCPC) ou a ocorrência de vícios de que venham tornar imprestável certo(s) ato(s) processual(is). Não obstante, parece decorrer também do dever de prevenção a exigência de que o magistrado admoeste as partes acerca de comportamentos temerários ou atentatórios à dignidade da justiça, quando o ato praticado pela parte não justifique desde logo a aplicação de sanção processual mais enérgica.

Por fim, o dever de assistência ou auxílio traduz no dever de que tem o tribunal de auxiliar as partes na remoção de obstáculos que as impeçam de exercitar seus direitos, faculdades ou o cumprimento de seus ônus e deveres processuais (DIDIER JR., 2010, p. 20-21). Decorrência desse dever de assistência é a instituição de novo modelo de fungibilidade recursal entre os recursos extraordinários e especial (art.1032¹ c/c 1033² do NCPC).

Com efeito, na sistemática do CPC-73, a jurisprudência do STF caminhou no sentido de inadmitir recurso extraordinário estribado em ofensa reflexa à Constituição; de igual modo, o STJ não conhecia do recurso especial quando o preceito vulnerado era de índole constitucional, ao argumento de que não deveria se imiscuir em tema de competência do STF. A postura jurisprudencial do STF e do STJ aliada a tradicional orientação do princípio consumação, aplicada em sede recursal, permitia que milhares de recursos extraordinários e especiais ganhassem desfecho anômalo, afastando das cortes de cúpula do discurso de aplicação do direito. Porém, a nova sistemática processual, iluminada pelo vetor da cooperação, em sua matriz de dever de assistência, propugna pelo máximo aproveitamento dos atos e processuais e institui o julgamento de mérito como princípio regente de sua estrutura (art. 6º NCPC), impondo ao relator, seja no STF, seja no STJ, a conversão do recurso extraordinário em especial ou especial em extraordinário, conforme o caso. A solução instituída pela novel legislação processual é demonstração eloquente de que o tribunal deve assistir às partes, no sentido de se obter decisões legítimas e adequadas, que antes se perdiam no labirinto processual.

Poder-se-ia argumentar que a implantação de um sistema processual cooperativo, que se pauta pelo franco diálogo entre as partes e o tribunal, militaria contra a razoável duração dos processos, mormente considerando que o atendimento dos deveres de esclarecimento, consulta e prevenção depende de abertura de mais prazos e maior rigor de fundamentação das decisões. Entretanto, o tempo dispensado para o atendimento daqueles deveres, a médio e longo prazo pode se afigurar compensador, pois a melhoria da

¹ Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

² Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.

comunicação estabelecida entre os atores do processo, consentânea com a matriz constitucional de um contraditório substancial, resultará na prolação de decisões qualitativamente melhores e mais bem fundamentadas, que certamente poderá impactar no número de recursos interpostos, de decisões reformadas e de invalidades decretadas.

Aliás, como bem adverte setor respeitáveis processualistas brasileiros, a doutrina e a jurisprudência comparada já se aperceberam que o debate efetivo para a formação das decisões diminuí o uso do sistema recursal, ou se reduz as chances de seu acatamento, o que autoriza a execução imediata das decisões (TEODORO JR. *et al.*, 2015, p. 104).

À guisa de conclusão, a imposição de deveres de cooperação ao magistrado em relação às partes implica no reconhecimento de que a plataforma procedimental deve ser vista como um efetivo canal de comunicação entre os atores do processo, uma “comunidade de trabalho” entre as partes e o tribunal; o Estado (presentado pelo magistrado no debate) é visto como um sujeito comunicante, que não pode desconsiderar as pretensões de validade dos demais sujeitos do discurso e, por isso, todos os sujeitos do discurso são corresponsabilizados pelos resultados do processo.

3 O AGIR ESTRATÉGICO DO LITIGANTE HABITUAL E O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL

Marc Galanter estabelece a distinção entre o litigante habitual e o litigante eventual, a partir da frequência de utilização do sistema judicial (GALANTER *apud* CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 25). No Brasil, os atores mercantis e estatais, desde sempre, hiperutilizam o sistema judiciário (AVRITEZER *et al.*, 2014, p. 129), sendo, eles, portanto, os litigantes habituais do país.

A intervenção dos atores mercantis na sociedade moderna - baseada em um sistema de produção de massa, de trocas e de consumo, marcadas por um modelo de oferta e de contratações padronizadas -, não raro, dá ensejo a lesões que acabam por vulnerar direitos de um sem número de pessoas, desencadeando a litigiosidade de massa.

Nesse sentido, a litigiosidade de massa, que envolve os atores mercantis é, de certo modo, reflexo da também massificada atuação desses atores na complexa sociedade moderna. Encarar a litigiosidade de massa desconsiderando que ela é um subproduto dos

complexos arranjos sociais é um equívoco. Não obstante, a ineficiência administrativa em estabelecer marcos regulatórios mais rígidos em relação às atividades desenvolvidas por boa parte desses atores (e.g. Bancos, Planos de Saúde, Telefonia, etc.) acaba ensejando o hiperacionamento do sistema judiciário.

A lógica de mercado e a competitividade, que inspiram os atores mercantis em suas relações sociais no campo privado, refletem em sua atuação dentro do processo.

Em outra medida, a frequência dos atores estatais no sistema judiciário pode ser tributada ao agigantamento das funções estatais na modernidade, a sempre tormentosa questão alocativa dos recursos públicos, a ineficiência administrativa na prestação dos mais variados serviços e aos vários entraves criados para resolução consensual de conflitos na via administrativa, justificados muitas vezes por um pouco esclarecido princípio da irrenunciabilidade do interesse público. Não fosse o bastante, a série de prerrogativas processuais conferidas às pessoas jurídicas de direito público constitui elemento extremamente convidativo a uma postura demandista.

A intimidade desses litigantes com as engrenagens da estrutura do Poder Judiciário, a intimidade com os ritos processuais, o conforto com sua condição de parte no processo e uma eficiente economia de escala permite-lhes sopesar a melhor estratégia para conduzir o litígio, diluir os riscos de uma demanda em um número maior de casos, testar estratégias processuais mais adequadas para casos similares, etc. (GALANTER *apud* CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 25).

A frequência desses atores no sistema judiciário é justamente o que dá azo a uma atuação estratégica mais sofisticada, meticulosamente pensada e testificada à exaustão; essa atuação é, nesse sentido, uma atuação orientada a fins, pautadas, portanto em uma racionalidade teleológica³.

³ Habermas discorrendo sobre a racionalidade teleológica esclarece que: “Todo agir é intencional; uma ação pode ser entendida como a execução da intenção de um ator que decide segundo seu livre-arbítrio. O agir tem uma estrutura teleológica, pois toda intenção de ação aspira à realização de uma meta estabelecida. A racionalidade do agir não se mede, por sua vez, pelo fato de o estado que surge factualmente no mundo como consequência da ação coincidir com o estado intencionado e preencher as condições de sucesso correspondentes, mas pelo fato de o ator ter *alcançado* esse resultado com base em meios deliberadamente escolhidos e empregados (ou pelo fato de que poderia alcançá-lo normalmente sob condições adequadamente percebidas). Desse modo, um ator bem-sucedido agiu racionalmente se (a) saber por que teve êxito (ou por que teria podido realizar a meta estabelecida sob condições normais), e se (b) esse saber motiva (ao menos em parte) o ator de modo tal que ele execute sua ação por razões que ao mesmo tempo podem explicar seu êxito possível.” (HABERMAS, 2004, p. 106)

A atuação dos litigantes é estratégica, orientada sob as bases de uma racionalidade instrumental, vale dizer: aquele que atua estrategicamente – e nisso se inclua o litigante habitual - busca alcançar um resultado a partir da utilização de meios deliberadamente escolhidos e efetivamente empregados (HABERMAS, 2004, p.106).

Para esses atores, a demora na entrega da prestação jurisdicional pode traduzir maiores ganhos, já que possuem recursos econômicos para suportar (e também de provocar) a claudicante marcha processual (AVRITZER, *et al.*, 2014, p.176- 180). Há estratos da advocacia que se estruturam e rentabilizam suas atividades se alimentando da demora dos processos (SANTOS, 1986, p. 20).

Diante dessa cena, seria utópico esperar que os litigantes habituais se inclinem, espontaneamente, a manter comportamentos colaborativos em litígios, sacrificando seus interesses em prol da parte adversária, ou não exercitando suas prerrogativas processuais.

Não se exige das partes, seja ela litigante habitual ou não, a mútua colaboração, porque cada qual tem interesses próprios na forma em que a demanda será solucionada. As partes *podem* – aliás, tem o direito *de* - agir estrategicamente, porque não se pode exigir uma atuação que negue a sua condição de sujeito interessado no processo; elas não precisam atuar em desacordo com seus próprios interesses (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p. 61).

É bem verdade que o desenvolvimento doutrinário sobre o conteúdo normativo dos chamados deveres de cooperação processual é proveniente do campo obrigacional, a partir de estudos ligados à boa-fé.

Naquela quadra, a relação estabelecida entre credor-devedor tem finalidade convergente, qual seja o adimplemento da obrigação. No âmbito do direito processual, porém as partes – *rectius*: os litigantes - atuam com interesses divergentes, decorrentes de crise efetiva ou potencial instaurada naquela relação jurídica de direito material (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 73).

A transposição das lições de direito material para a seara processual, sem considerar a questão da convergência/divergência de interesses em um campo e outro, pode gerar perplexidades na construção doutrinária acerca do princípio da cooperação no âmbito do Direito Processual.

Essa confusão epistemológica transpareceu na redação do art. 6º do NCPC (“*Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo*

razoável, decisão de mérito justa e efetiva”), que sugere a projeção do dever de colaboração entre demandante(s) e demandado(s).

No entanto, essa interpretação negaria justamente a existência da instauração de um conflito entre as partes e que cada qual tenderá a se comportar em defesa de suas pretensões, mesmo que isso implique em prejuízo ao seu adversário. Nesse sentido, a mordaz crítica de Streck et al.:

Então agora as partes deverão cooperar entre si? Parte e contraparte de mãos dadas a fim de alcançarem a pacificação social... Sem ironias, mas parece que Hobbes foi expungido da “natureza humana”. Freud também. O novo CPC aposta em Rousseau. No homem bom. Ou seja, com um canetaço, num passe de mágica, desaparece o hiato que as separa justamente em razão do litígio. Nem é preciso dizer que o legislador pecou ao tentar desnudar a cooperação aventurando-se em setor cuja atuação merece ficar a cargo exclusivo da doutrina. E o fez mal porque referido texto legislativo está desacoplado da realidade, espelha visão idealista e irrefletida daquilo que se dá na arena processual, onde as partes ali se encontram sobretudo para lograr êxito em suas pretensões. Isso é, digamos assim, natural, pois não? Disputar coisas é uma coisa normal. Não fosse assim não haveria “direito”. Direito é interdição. É opção entre civilização e barbárie. Desculpem-nos nossa franqueza. (...) É um modelo que não deve ser pensado à distância da realidade, sem considerar que no processo há verdadeiro *embate (luta, confronto, enfrentamento)*, razão pela qual as partes e seus advogados valem-se – e assim deve ser – de todos os meios legais a seu alcance para atingirem um fim parcial. Não é crível (nem constitucional), enfim, atribuir aos contraditores o dever de colaborarem entre si a fim de perseguirem uma “verdade superior”, mesmo que contrária aquilo que acreditam e postulam em juízo, sob pena de privá-los da sua necessária liberdade para litigar, transformando-os, eles mesmos e seus advogados, em meros instrumentos a serviço do juiz na busca da tão almejada “justiça”. Inexiste um tal espírito filantrópico que enlace as partes no âmbito processual, pois o que cada uma delas ambiciona é resolver a questão da melhor forma possível, desde que isso signifique favorecimento em prejuízo do adversário. Aliás, quando contrato um advogado, é para que ele lute por mim, por minha causa. Não quero que ele abra mão de nada. Os direitos são meus e meu advogado deles não dispõe. Se meu advogado for obrigado a cooperar com a outra ou com o juiz, meu direito constitucional de acesso à justiça estará sendo violado. Além de meu direito à propriedade e todo o elenco de direitos personalíssimos de que disponho. Simples assim! (STRECK *et al.*, 2014)

No âmbito do processo, as partes não são obrigadas a colaborar entre si. A lei não aposta na bondade da natureza humana e nem desconsidera que as partes gerenciarão instrumentos técnico-processuais para defender suas posições ao longo do processo, isto é, a lei não pressupõe que as partes atuarão descompromissadas com o êxito de suas pretensões. Assim, não se espera que um ator mercantil desconsidere o lucro ou minimização de perdas como uma meta defensável, à luz de sua ótica subjetiva.

O juiz deve colaborar com as partes e vice-versa, porque a participação das partes, em contraditório e em simétrica paridade, nos atos do procedimento são relevantes e implicarão no conteúdo da decisão. “*Pode ocorrer de uma das partes ter de cooperar com o juízo a fim de que este colabore com outra*” (MARIONONI, MITIDIERO, 2010, p. 73), mas isso não é o mesmo que dizer que as partes devem colaborar entre si; essa colaboração se dá entre as partes e o juízo.

De igual modo, não se exige do juiz, enquanto sujeito imparcial, a guarda de uma pseudo moralidade subjetiva universal, capaz de justificar a utilização do processo como instrumento de efetivação de escopos metajurídicos – especialmente educacional -, capaz, portanto, de impor a qualquer das partes a abdicação de suas pretensões ou posições jurídicas em prol dos interesses da outra parte, ou, em última instância, pela realização de um ideal de justiça e de pacificação social. As condutas que podem ser exigidas pelo magistrado às partes devem ter amparo na ordem jurídica, e, de certo, as condutas altruístas a despeito de serem bem vindas, não são juridicamente exigíveis, aliás se juridicamente elas pudessem ser exigidas não se trataria de meras condutas altruístas, mas de exigência do cumprimento de um dever.

Nessa linha, o litigante habitual – como qualquer litigante - tem o direito de agir estrategicamente, se assim desejar, sem que isso implique em qualquer menoscabo ao princípio da cooperação processual.

Se é certo que o litigante habitual atua estrategicamente e se aproveita dos defeitos estruturais do processo, é igualmente certo que através da compreensão do *modus operandi* desses atores recorrentes ao sistema judiciário é que o Direito Processual enquanto ciência poderá aperfeiçoar o processo, melhorando, pois a técnica posta a serviço do exercício da jurisdição.

A estrutura procedimental do processo capaz de garantir às partes a participação na construção do provimento que sobre elas produzirão efeitos, com iguais oportunidades de fala e de participação, permitirá, por meio de teses e antíteses, o descortino das manipulações, contradições, falhas e omissões presentes no agir estratégico (e ilocucionário) dos interlocutores.

Assim, ainda que as partes atuem estrategicamente isso não irá desnaturar a estrutura cooperativa de processo, que se funda na construção de um espaço dialogal, em que as partes poderão aportar elementos que comporão o discurso de aplicação do direito, e

não na romântica visão de que a decisão correta depende do altruísmo entre os litigantes ou de que o magistrado seria dotado de privilégios cognitivos em relação aos demais sujeitos do contraditório. Nesse sentido, Habermas:

Parece que as limitações específicas, que atingirem o agir forense das partes ante o tribunal, não permitem que o evento do processo seja medido pelo discurso racional. As partes não estão obrigadas à busca cooperativa da verdade, uma vez que também podem perseguir seu interesse numa solução favorável do processo “introduzindo estrategicamente argumentos capazes de consenso”. Contra isso é possível objetar, com grande plausibilidade, que todos os participantes do processo, por mais diferentes que sejam seus motivos, fornecem contribuições para um discurso, o qual serve, na perspectiva do juiz para a formação imparcial do juízo. Somente essa perspectiva é constitutiva para a fundamentação da decisão. (HABERMAS, 1997, 287-288)

Se as partes podem atuar estrategicamente é o Direito Processual quem deve oferecer a técnica para decantar a racionalidade instrumental que impregna os atos de fala dos contraditores, exercidos ao longo do procedimento que antecede a prolação da decisão judicial, parece acertada a conclusão de THEODORO JR. *et al.* (2015, p. 59) no sentido de que o Direito pode se valer de instrumentos contrafáticos para que os comportamentos não cooperativos sejam mitigados.

Aliás, a compreensão de que o processo é um instrumento técnico para o exercício da jurisdição (GONÇALVES, 2012, p. 2) encerra a ideia de que o Direito, ao criar as normas que disciplinam o exercício da jurisdição, valere os comportamentos processuais lícitos e ilícitos, e estabeleça instrumentos para coibir estes últimos. Só assim, o Direito Processual, enquanto ciência, cumprirá sua finalidade em “fornecer o melhor instrumental teórico para que o processo se torne a técnica mais idônea possível no cumprimento de finalidade” (GONÇALVES, 2012, p. 147), qual seja, viabilizar o exercício da jurisdição, de modo participativo, ágil e seguro.

4 O LITIGANTE HABITUAL: REPENSANDO A OPORTUNIDADE DE FALA A PARTIR DOS LITÍGIOS DE BAIXA E ALTA INTENSIDADE

Segundo o Relatório “Justiça em Números”, tramitam atualmente no Poder Judiciário mais de 95 milhões de processos (CNJ, 2014, p. 16); os litigantes habituais figuram como parte em aproximadamente a metade desse número (AVRITEZER *et al.*,

2014, p. 129). Muito embora se tenha aumentado o número de magistrados, de serventuários, de sentenças proferidas e o valor dos investimentos destinados ao Poder Judiciário⁴, a taxa de congestionamento de processos é altíssima e preocupante.

Especialmente quando se tem em conta o papel da jurisdição na atualidade, é absolutamente compreensível porque a exigência de desenvolvimento de políticas públicas destinadas a melhorar a qualidade da prestação jurisdicional e a própria *sustentabilidade*⁵ do Poder Judiciário se encontra na pauta do dia.

Não se pense, porém, que a construção democrática do acesso à justiça passa pelo estrangulamento das oportunidades de fala dos litigantes habituais ou da preterição do devido processo legal. Não se deve inclinar ao pensamento de que o acesso à justiça democrático pode ser uma construção que pode preterir direitos e garantias fundamentais.

De fato, o acesso democrático à justiça é construído a partir da afirmação e reconhecimento do poder emancipatório dos direitos fundamentais, o que obviamente desautoriza o preterimento do devido processo legal e dos princípios processuais que lhe são correlatos. Nesse particular, Habermas pontua:

Os direitos processuais garantem cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança que, no processo, serão decisivos para sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários. Se consideramos o direito vigente como um sistema de normas idealmente coerentes, então essa segurança, dependente do procedimento, pode preencher a expectativa de uma comunidade jurídica interessada em sua integridade e orientada por princípios, de tal modo que a cada um se garantem os direitos que lhe são próprios. (HABERMAS, 1997, p. 274)

⁴ Segundo o referido Relatório, no de 2013 (ano-base), o país tinha: 16.429 magistrados e 412,5 mil servidores, compondo a força de trabalho auxiliar. Em relação ao primeiro número, verificou-se o aumento de 2,1% de magistrados no quinquênio 2009-2013; em relação ao segundo, verificou-se o aumento de 8%, em relação ao ano de 2012. De igual modo, verificou-se no ano-base que o Poder Judiciário gastou 61,6 bilhões de reais, número 1,5% maior do que o despendido em 2012, tendo sido aferido ou aumento de gastos de 28% em relação ao quinquênio 2009-2013.

⁵ Juarez Freitas define sustentabilidade como “(...) o princípio constitucional que determina a eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.” (FREITAS, 2012, p. 41). A partir da percepção do conteúdo normativo da sustentabilidade, enquanto norma-princípio, conformador da atividade do Estado e da sociedade, é possível se inferir a necessidade de se assegurar o acesso à justiça, sob uma perspectiva intergeracional, ética e igualitária. Assim, a ideia de sustentabilidade aqui sugerida está no sentido de se evitar o colapso do sistema jurisdicional, sempre tendo em conta o agigantamento da função jurisdicional do Estado na contemporaneidade.

Nessa perspectiva, o contraditório conectado à fundamentação das decisões judiciais é imprescindível para que se possa compreender a decisão como ato participado, onde decisor e partes, por intercâmbios recíprocos influenciam, em uma etapa preparatória, a decisão, no final do procedimento.

Os litigantes habituais não podem ser encarados, sob uma perspectiva simplista, como inimigos do sistema judiciário, e que por isso o processo não seria palco adequado para a discussão de seus interesses ou para a tutela de suas pretensões, ou que o exercício das garantias processuais fundamentais constitui obstáculo para um acesso à justiça efetivamente democrático. Não se pode lançar sobre os ombros do litigante habitual, os fardos decorrentes do mal-estar de uma *modernidade líquida*, ou imputar a ineficiência do sistema judiciário ao agir estratégico do litigante habitual⁶.

A garantia fundamental do contraditório, dimensionada como o direito de ser informado, de reagir e de influir na construção do provimento jurisdicional (NERY JR., 2009, p. 203-210) exige tempo e isso não é problema de per se. A discussão, maturação e construção de uma decisão em ambiente cooperativo exige tempo. É impossível pensar na construção de uma jurisdição democrática negando a quem quer seja a oportunidade de fala e de participação no processo como se fosse um mero coadjuvante da construção do provimento jurisdicional.

O Estado Democrático de Direito não estabelece castas em relação aos seus jurisdicionados, razão pela qual o litigante habitual não é um inimigo do sistema de justiça e ele não pode ser encarado dessa forma. Muito pelo contrário, sua perspectiva pode (e muito provavelmente irá) contribuir com a qualidade e legitimidade dos provimentos jurisdicionais. Uma jurisdição que não parte de uma perspectiva *plural* das questões sociais, econômicas e políticas subjacentes à demanda é uma justiça que se contradiz em seus próprios termos, e que jamais poderá ser adjetivada como democrática.

⁶ Aqui cumpro trazer à tona o conceito de conflito mal-atribuído cunhado por Morton Deutsch. Segundo o autor o conflito mal-atribuído tem como característica um déficit de percepção das causas do conflito real; o conflito se dá entre as partes erradas e, com consequências geralmente equivocadas. (DEUTSCH, 2003). Há também conflito mal-atribuído quando se baralha o conflito com as pessoas envolvidas no conflito. Assim, principalmente tomando em conta essa segunda acepção de conflito mal-atribuído (confusão entre o conflito em si e as pessoas envolvidas no conflito), não são poucos os que procuram resolver questões afetas ao congestionamento processual, à ineficiência do sistema processual, às debilidades da técnica procedimental, atacando os atores do processo. Não são poucos os que sustentam a adoção de *punitive damages* em relação a certos litigantes, pelos simples fatos de serem recorrentes ao sistema judiciário. Por certo, essa ideologia busca implementar escopos metajurídicos da jurisdição e, obviamente, não se alinha com o modelo do Estado Democrático de Direito, que tem na ordem jurídica – no Direito – o limite da atuação da jurisdicional.

A identificação dos litigantes habituais, a compreensão das estratégias defensivas (ou meramente protelatórias) desses atores, bem assim o apoderamento dos mecanismos destinados a combater posturas antidemocráticas e monopolizadoras do processo são tão importantes quanto os investimentos em infraestrutura e o aperfeiçoamento da legislação processual.

Cabe a Ciência Processual a permanente revisão de seus conceitos e da técnica procedimental que põe a serviço do exercício da jurisdição, de modo a permitir a construção de novas técnicas – normativamente insculpidas -, intolerantes com desperdício de tempo e energia procedimental, bem assim com os comportamentos tendentes a privatizar o processo, enquanto espaço público de deliberação e inclusão.

É certo que a não basta que a lei estabeleça uma estrutura técnica de processo eficiente, ágil e moderna; é necessário que o juiz e as partes se valham dessa estrutura técnica posta a serviço da jurisdição e que, em relação ao juiz, a despeito de sua indispensável equidistância, não conduza o processo, dentro de uma perspectiva liberal, como um mero expectador das questões que lhes são postas. Não se aposta na sensibilidade sobre-humana do juiz ou se espera que em cada gabinete tenha um *juiz Hércules*, pois, de certo, conduzindo os mais de 95 milhões de processos que tramitam no país existem todos os tipos de magistrados, e o sistema processual deve lograr seus objetivos independentemente das qualidades subjetivas do decisor. Como bem registra Brêtas, com apoio nas lições de Gonçalves:

(...) é importante perceber que a estrutura normativa do devido processo legal consagra uma técnica de aplicação direito desvinculada de elementos subjetivos do agente público julgador, proporcionando a qualquer pessoa do povo, ao postural a função jurisdicional, a mesma segurança de obter decisão conforme o ordenamento jurídico vigente (princípio da reserva legal), quer esteja diante de um juiz dotado de cultura jurídica, formação técnica, inteligência, sensibilidade e talento sobre-humanos – espécie de *juiz Hércules*, acrescentamos – quer esteja diante de um juiz obtuso, desatualizado, despreparado, desqualificado ou desmotivado para o exercício da função jurisdicional. (BRÊTAS, 2012, p. 128)

Aposta-se, pois no desenvolvimento da técnica processual e não na esperança messiânica de que o magistrado, de per si, irá conseguir dar conta do caudaloso número de processos e da incomoda taxa de congestionamento judicial.

Na linha do que vem se sustentando, o desenvolvimento da técnica processual perpassa pela identificação do *modus operandi* do litigante habitual, já que é no momento

em que se compreende quais são os comportamentos estratégicos, inspirados em uma racionalidade instrumental, é possível que o Direito crie instrumentos contrafáticos capazes de filtrar os argumentos que efetivamente são relevantes para a construção de uma decisão dentro de um espaço público de deliberação.

Nessa perspectiva, acredita-se que o primeiro passo para se desvelar os comportamentos estratégicos do litigante habitual se passa pela identificação do polo de atuação dentro do processo.

É que, como cediço, é o autor quem suporta o fardo da demora do processo; o litigante, na condição de autor, dentro da lógica instrumental, tem interesse no rápido desfecho do processo, e, desde que seu comportamento não implique e cerceamento das prerrogativas processuais do réu, nenhum tipo de censura lhe poderá ser endereçada, pois a busca pela rápida solução do litígio é objetivo perseguido pelo sistema normativo.

No entanto, a atuação estratégica do litigante habitual no polo passivo do processo é preñe de peculiaridades, especialmente porque a racionalidade instrumental pode orientar a conduta desses atores a delongar, de modo indevido, o curso do processo apresentando incidentes e recursos com manifesto desvio objetivo-finalístico do direito à ampla defesa.

Logo, se em alguns casos os litigantes habituais têm se valido da demora crônica dos processos, parece ser possível afirmar que a Ciência Processual cumpre sua missão de racionalizar a técnica processual quando insculpe institutos destinados a tornar o processo mais ágil, reprimindo os comportamentos processuais meramente procrastinatórios.

Assim, acaso o litigante – e nisso se inclua o habitual – opuser resistência injustificada ao andamento do processo, provocar incidentes manifestamente infundados ou interpuser recurso com o caráter nitidamente protelatório, a aplicação das *iras da litigância de má-fé* são de rigor (art. 81 do NCPC). E mais, ficando caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, também será o caso de concessão de *tutela provisória* (art. 294 do NCPC), com base na *evidência* (art. 311, I do NCPC), como medida contrafática.

É bem verdade que durante a vigência do CPC-73 assistiu-se o desvirtuamento do sistema recursal, e não tardou para que se atribuísse a culpa do congestionamento processual na fase recursal aos litigantes habituais, ao argumento de que boa parte dos recursos interpostos por partes desses atores se dava mais por conta do efeito colateral da

interposição – a atribuição de efeito suspensivo à decisão – do que propriamente pela pretensão de ver reconhecido o direito ao reexame, invalidação, esclarecimento ou integração da decisão. O codificador de 2015 foi sensível ao problema e andou bem ao aperfeiçoar a técnica processual ao estabelecer que “*os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.*” (art. 995 do NCPC). Não obstante, o sistema poderia ficar ainda mais adequado, no sentido de desencorajar a interposição de recursos protelatórios, caso tivesse programado a apelação nos mesmo rumo dos demais recursos.

A atuação do litigante habitual, no polo passivo do processo, pode ser categorizada em dois grupos litígios: os litígios de baixa e de alta intensidade. A compreensão dessa classificação pela teoria processual pode permitir o engendro de técnica processual capaz de preparar a ampla participação das partes no momento que antecede a decisão, de forma ágil e segura.

Para os efeitos deste trabalho, compreende-se o litígio de baixa intensidade como aqueles litígios que irão justificar uma maior dilação processual, seja pela complexidade das questões debatidas no processo, seja pela necessidade de constituição de provas para o reconhecimento da pretensão autoral; o litígio de alta intensidade são os litígios repetitivos, os litígios de massa, os quais, segundo THEODORO JR. *et al.* (2015, p. 284), embasados prioritariamente em direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que tem como fundamento pretensões isomórficas, que a despeito de terem especificidades, apresentam questões jurídica e/ou fáticas comuns para a resolução da causa.

Em relação aos litígios de baixa intensidade, é preciso notar que, eventualmente, o litigante habitual frequenta o sistema de justiça em demandas ventilando temas complexos, com repercussões econômicas e sociais, extremamente sofisticadas. Essas demandas deverão encontrar no sistema de justiça amplo espaço deliberativo e amplíssima oportunidade de fala e confrontação. Em nossa opinião, nesse tipo de demanda, o litigante habitual deve ser tratado como qualquer outro litigante; a expertise do litigante habitual, colhida em sua atuação de larga escala, não se apresenta tão vigorosa nesse tipo de litígio.

Ainda, dentro da categoria dos litígios de baixa intensidade, é de se verificar que o litigante habitual, com certa regularidade, frequenta o sistema de judiciário em demandas despidas de maior complexidade, e não enquadráveis dentre aquelas que desafiam a tutela

coletiva de direitos. Nessas demandas, o litigante habitual e demais atores do processo deverão, em conjunto com o magistrado, atuar na correta identificação da matéria de fato e de direito incidente na espécie. Evidentemente, o exercício das prerrogativas inerentes ao contraditório e à ampla defesa serão indispensáveis para a calibragem/construção da decisão a ser proferida. Nesses processos, o magistrado deve ficar atento para evitar o desvirtuamento das oportunidades de fala, inibindo incidentes desnecessários e procrastinatórios.

Nos litígios de baixa intensidade é natural que o espaço-tempo do processo se afigure mais dilatado, e o tempo necessário para a discussão dos temas relevantes para construção da decisão ou para a produção da prova que ampara a pretensão das partes é indispensável para que se construam decisões sólidas. A eficiência do sistema processual não pode ser aquilatada apenas sob a perspectiva quantitativa. Um sistema eficiente de justiça perpassa pela prolação de sentenças substancialmente adequadas, com fundamentação condizente, proferidas tempo útil (cf. NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 135-143). O atropelamento das oportunidades de fala ou das prerrogativas de ampla defesa milita contra o responsável exercício da jurisdição e enseja o retrabalho, na fase recursal. Ao contrário do que se poderia supor, o processo não terá uma duração menor, já que a displicente atenção a fase preparatória da decisão elastece o tempo global do processo, quando se leva em conta o tempo necessário para o julgamento dos recursos.

Já no que concerne aos litígios de alta intensidade, especialmente quando as teses hasteadas por esses atores já foram cotejadas e debatidas à exaustão, em processos similares, no sistema de justiça, a técnica processual destinada a viabilizar a participação e veiculação de certas teses jurídicas deve ser repensada.

A proliferação de processos discutindo no varejo temas que deveriam ser solucionados no atacado é, sem dúvidas, um gargalo de onde se esvaem as energias e os recursos do sistema jurisdicional. Leonel, apontando as vantagens da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, esclarece:

Nesse contexto, podem ser identificadas vantagens na tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos: prevenção da proliferação de numerosas demandas individuais onde se repetem exaustivamente o mesmo pedido e mesma causa de pedir; obstar a contradição lógica de julgados, que desprestigia a justiça; resposta judiciária equânime e de melhor qualidade, com tratamento igual à situações análogas, conferindo efetividade à garantia constitucional da isonomia de todos perante a lei; alívio na sobrecarga do Poder Judiciário, decorrente da “atomização” de demandas que poderiam ser tratadas

coletivamente; transporte útil da coisa julgada tirada no processo coletivo para demandas individuais. (LEONEL, 2013, p. 102)

O fortalecimento de uma cultura de tutela coletiva de direitos é, sem dúvida, uma alternativa interessante para superar os problemas deletérios da hiperatividade judicial. Porém, ao meio passo da sedimentação dessa cultura, o sistema de justiça continua a se ressentir com a incapacidade de diminuir o acervo processual, a despeito de, ano a ano, crescer o número de decisões proferidas.

Em relação aos litígios de alta intensidade, o codificador processual de 2015 apostou no sistema de precedentes, no qual se vislumbra a valorização das decisões já proferidas por um tribunal como fundamento de futuras decisões.

Não obstante, parece pertinente o receio de alguns juristas no sentido que a utilização do sistema de precedentes aliada a obstinação por uma administração processual quantitativamente orientada possa colocar em xeque importantes garantias processuais.

Evidentemente, malgrado a aplicação do precedente se preste a encurtar o espaço-tempo procedimental, é indispensável que não olvide que a técnica processual se presta a fornecer uma etapa preparatória para a decisão, no qual os litigantes - principalmente o habitual à conta de razões que dispensam maiores comentários - poderão demonstrar argumentativamente a inadequação do precedente ao caso em questão.

Nesse sentido, o Enunciado 306 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (FPPC): “O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.”.

De fato, a percepção do espaço procedimental, desenvolvido em contraditório, preparatório para decisão é justamente o que irá permitir a verificação de eventual distinção entre o caso que justificou a formação do precedente e o caso em análise (*distinguishing*) ou a superação da tese encampada no precedente (*overruling*) (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p. 122-123), em razão da modificação do parâmetro legislativo no qual se apoiou o tribunal ou a alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida (Enunciado 322 do FPPC).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por toda a discussão aqui realizada, tem-se, ao final, que o princípio da cooperação processual implica em um modelo de processo dialogal no qual todos aqueles que serão vinculados pela decisão judicial têm a possibilidade de influenciar no conteúdo na decisão. Esse modelo não admite protagonista, já que é em simétrica e paritária posição que todos os atores do processo – partes e juiz – serão corresponsabilizados pelos resultados do processo.

Os deveres decorrentes do princípio da cooperação processual – esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio - atuam no sentido de impor ao juiz um efetivo debate processual, em abandono a superadas teorias que preconizam um privilégio cognitivo por parte das autoridades decisoras. O modelo cooperativo de processo enfatiza, pois a racionalidade comunicativa como horizonte para as decisões judiciais.

Nessa perspectiva, o litigante não pode ser encarado como inimigo do juízo, já que, a partir de sua perspectiva, ele poderá contribuir para a construção de decisões, legitimando os atos de poder emanados do Poder Judiciário.

Se é certo que o litigante habitual atua dentro de uma racionalidade teleológica, também é certo que cabe a Ciência Processual o desenvolvimento de instrumentos técnicos capazes de depurar os argumentos puramente estratégicos daqueles outros que devem compor o discurso de aplicação do direito.

Não se aposta em escopos metajurídicos da jurisdição, insistindo-se, pois no Direito como fonte da exigibilidade de condutas, nas mais diversas relações sociais.

O processo enquanto instrumento técnico disciplinado pelo Direito deve permitir a participação daqueles que serão vinculados por uma decisão judicial, muito embora a técnica processual, acaso deseje lograr seus fins, deva se ater a dinâmica dos litígios de baixa e de alta intensidade.

Em um caso ou em outro, deve-se respeitar os direitos e garantias fundamentais constitutivos do Estado Democrático de Direito, máxime o direito de participação em contraditório, a serem exercidos em uma etapa de preparação para a prolação da decisão.

REFERÊNCIAS:

- AVRITZER, Leonardo *et. al.* *Cartografia da Justiça no Brasil: uma análise a partir de atores e territórios*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- BRÊTAS, Ronado de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. NORTHFLEET, Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CNJ. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Brasília: CNJ, 2014. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso: 17/10/2014.
- DEUTSCH, Morton. A Resolução do Conflito. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – Vol. 2*. Brasília, Grupos de Pesquisa, 2003, Parte II. Disponível em: < <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/a-resolucao-do-conflito>>. Acesso em: 02 mar. 2015.
- DIDIER JR. Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspoivum, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Traduzido por Elaine Nassif. Campinas, SP: Bookseller, 2006.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GALANTER, Marc. *The Day After the Litigation Explosion*. 46 Md. L. Rev. 3 (1986). Disponível em: < <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol46/iss1/4> > Acesso em: 02 mar. 2015.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 1-19.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. GUIDO, A. Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tomo I. Trad. SIEBENEICHLER, Flavio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 288.
- HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Trad. MOTA, Milton Cargo. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao Recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma crítica das reformas processuais*. Curitiba, PA: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à Justiça Democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas Ribeiro. *A litigância habitual nos Juizados Especiais em telecomunicações: a questão do “excesso de acesso à justiça”*. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=96b250a90d3cf086>>. Acesso: 17/10/2014.

PIMENTEL, Rui Mendes. *O litigante habitual*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 3, n.11, p. 88-94, 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/73594/litigante_habitual_pimentel.pdf?sequence=1>. Acesso: 17/10/2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

STRECK, Lênio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. *APOSTA NA BONDADE: A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao?imprimir=1>> Acesso em: 02 mar. 2015.