

## **1 O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA RELATIVIZADO DIANTE DA CRISE NUMÉRICA DO JUDICIÁRIO: A IDENTIFICAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO E DA LITIGÂNCIA FRÍVOLA**

Conforme visto na apresentação, inicialmente, propõe-se discutir que a interpretação do direito de acesso à justiça como sendo absoluto está relacionada à crise numérica do Judiciário, tendo em vista que estimula o comportamento abusivo dos agentes e o comportamento frívolo dos litigantes, ao ajuizarem ou resistirem, utilizando argumentos rechaçados pacificamente pela Jurisprudência.

## **1.1 O direito fundamental do acesso à justiça interpretado de forma absoluta como concausa da crise numérica do judiciário**

A “crise numérica do Judiciário” não poderia ser estudada sem a necessidade de aprofundar a interpretação do que seria acesso à justiça, porque, apesar da enorme quantidade de processos que abarrotam as prateleiras do judiciário, por outro lado, existem, ainda, barreiras intransponíveis para que os cidadãos que realmente necessitam acessar o Judiciário satisfatoriamente o façam. Esse paradoxo também foi observado por parte da doutrina<sup>26</sup> e é motivo de constantes pesquisas realizadas pelo CNJ<sup>27</sup>.

As hipóteses discutidas aqui são se o direito de acesso à Justiça é um direito absoluto, isto é, se pode ser exercido ou oponível a qualquer outro direito a qualquer tempo ou em qualquer tipo de circunstância; e se o direito de acesso à Justiça se confunde com acesso ao Judiciário e direito de petição.

De antemão, é de bom alvitre ressaltar que não se pode considerar, por mais caro que seja o bem da vida protegido, que determinado direito é absoluto, pois nem mesmo o direito à vida é garantido diante de eventuais circunstâncias, como a guerra, por exemplo. A alcunha de “direito absoluto” atribuído ao acesso à justiça foi utilizada para criticar e provocar uma discussão jurídica diante da cultura brasileira de que todos os conflitos devem, necessariamente, ser resolvidos perante o judiciário. O direito à justiça, conforme veremos mais adiante, não se confunde com o direito de acesso ao Judiciário, este, sim, interpretado de forma absoluta por boa parte da doutrina e pelo próprio judiciário, salvo raras exceções<sup>28</sup>.

Para as hipóteses propostas neste tópico, inicialmente, deve-se levar em consideração que as Legislações Internacionais e a Legislação pátria preveem o Direito de acesso à Justiça em suas Leis fundamentais, em suas cartas de princípios. Para ilustrar o afirmado, tem-se o art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que afirma que todas as pessoas têm direito a um recurso efetivo dado pelos tribunais nacionais competentes contra os atos que violem os seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Também está previsto no Pacto de San José, ratificado pelo Brasil, que toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza<sup>29</sup>.

O Art. 5º, XXXV, da CF/88, por sua vez, prediz: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. O novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº 13.105/2015) reproduz em seu art. 3º o Direito Constitucional de acesso ao Judiciário: “[...] não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Não obstante, todas as previsões legais acima citadas, que foram criadas com o intuito de garantir ao cidadão o direito à prestação jurisdicional, entenderam que o acesso à justiça estava distante do cidadão menos favorecido economicamente, posto que havia diversas barreiras que impediam parte da população de acessar o judiciário. Foram essas conclusões que levaram Cappelletti e Garth a realizar o projeto de Florença, que se tratou de um grande levantamento do

Judiciário de todo o planeta em relação à possibilidade de o cidadão acessar a Justiça<sup>30</sup>.

De um modo geral, chegou-se a um consenso após a realização desse estudo de que, nos estados liberais “burgueses” dos séculos XVIII e XIX, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista vigorante à época (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 4). Nesse contexto, a proteção judicial deveria ser garantida pelo Estado mediante ação omissiva, isto é, apenas de não ter a prerrogativa de impedir que o cidadão tivesse acesso ao judiciário, devendo o mesmo se manter inativo em relação às pessoas que nem sequer cogitavam exercer o seu direito de ação. Com efeito, o Estado mantinha-se impassível em relação aos problemas de aptidão dos indivíduos em reconhecer e defender seus direitos. Assim, ficaram excluídas do judiciário aquelas pessoas que não dispunham de condições econômicas ou técnicas para compreender seus direitos e/ou sustentar suas demandas perante o judiciário. Nesse sentido, concluiu-se que as barreiras ao acesso eram mais elevadas em relação aos litigantes eventuais e pobres, especialmente em causas de pequeno valor.

Essa constatação é tão verdadeira que, no Brasil, foram criados, antes mesmo da atual Constituição, mecanismos para a inclusão de pessoas sem aptidão técnica e financeira para ingressarem em juízo. Com efeito, as Constituições de 1934<sup>31</sup> e 1946<sup>32</sup> já previam a assistência gratuita aos pobres. Em 1950, o Brasil já tinha em vigor a Lei nº 1.060, que regulamentava a concessão da gratuidade da justiça e assistência judiciária gratuita aos que se declarassem pobres, sendo que, o que a Constituição de 1988 fez foi tornar tal direito, um direito fundamental, uma cláusula pétrea, eis que previu no art. 5º, LXXVI, que “o Estado

prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Esse entendimento gerou a aprovação de outras leis que permitiam às pessoas antes excluídas do sistema judiciário terem uma maior facilidade para acessá-lo<sup>33</sup>, como a Lei dos Juizados de pequenas causas, nº 7.244/1984, a Lei dos Juizados especiais, nº 9.099/1990 e a Lei dos Juizados Especiais Federais, nº 10.259/2001. Tais dispositivos legais, sem sombra de dúvida, denotam a preocupação do legislador em disponibilizar ao cidadão uma série de mecanismos e facilidades, com o fito de promover-lhe o acesso ao Judiciário.

Ocorre que a “boa intenção” dos legisladores pretensamente ocasionou um “efeito colateral”. Esses facilidades e estímulos, somados a outras circunstâncias citadas pela doutrina, acarretaram no que se denominou “crise numérica de processos judiciais”:

a) a cultura demandista brasileira; b) a fúria legislativa, provocando a edição de leis discrepantes com distintas interpretações; c) a judicialização da política; d) o ativismo judicial; e) a crise de efetividade na execução das condenações; f) a existência de litigantes habituais e litigantes eventuais que recebem desigualmente os ônus e encargos processuais; g) o gigantismo do judiciário; h) a inexistência de divulgação ou estímulo aos meios de composição de conflitos que não a busca pelo judiciário (MANCUSO, 2011, p. 197).

Como dito na apresentação, as pesquisas oficiais levadas à cabo pelo CNJ demonstram um excessivo número de processos judiciais tramitando em todas as instâncias e searas judiciais, e a hipótese aqui levantada é a de que essas facilidades tornam o judiciário

acessível, a ponto de tornar-se economicamente vantajoso para as partes litigarem.

E a “cultura demandista” citada anteriormente é ainda mais reforçada por respeitada parcela de autores brasileiros que terminam por fazer uma confusão entre os conceitos de “acesso à justiça”, “acesso ao judiciário” e “direito de ação”, o que acarretaria, teoricamente, num estímulo à resolução de todo e qualquer conflito na seara judicial.

Por exemplo, Dinamarco (2001) afirma textualmente que garantir o acesso à justiça se daria mediante o exercício da prerrogativa de peticionar perante o sistema judiciário:

Em ambas as hipóteses [de conflito], se não houver a resignação do sujeito quanto ao bem da vida que constitui objeto da pretensão, o único caminho civilizado e permitido para tentar a satisfação será o processo - sendo indiferente, para a realização deste, se a razão está com o sujeito que tomou a iniciativa de acorrer ao sistema judiciário ou com o seu adversário (DINAMARCO, 2001, p. 14).

E, mais adiante, no mesmo escrito, afirma:

O inc. XXXV do art. 5.º da Constituição, antes interpretado como portador somente da garantia da *ação*, tem o significado político de pôr sob controle dos órgãos da jurisdição todas as *crises jurídicas* capazes de gerar estados de insatisfação às pessoas e, portanto, o sentimento de infelicidade por pretenderem e não terem outro meio de obter determinado bem da vida (DINAMARCO, 2001, p. 203).

Pensa da mesma maneira Fred Didier, por exemplo, que conceitua o direito de acesso à justiça como:

[...] conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição. Ao criar um direito, estabelece-se o dever – que é do Estado: prestar a jurisdição. Ação e jurisdição são institutos que nasceram um para o outro (DIDIER, 2009, p. 88).

Desse modo, é impossível negar que, em boa medida, o “demandismo judiciário excessivo” (MANCUSO, 2011, p. 10-11) foi estimulado pela interpretação equivocada do direito de acesso à justiça como direito de acesso à jurisdição, deturpando-se, por conseguinte, a ideia de que a prestação jurisdicional deveria ser “ofertada” e não “estimulada”. O direito de ação não poderia ser enxergado como “dever de ação”.

Por demandismo entende-se a conjugação de uma série de fatores, entre os quais: i) desinformação ou oferta insuficiente quanto a outros meios, ditos alternativos, de auto e heterocomposição de litígios, gerando uma cultura da sentença (WATANABE, 2004, p. 10), isto é, a necessidade de um pronunciamento judicial para solucionar o conflito; ii) exacerbada juridicalização da vida em sociedade, para o que contribui a pródiga positivação de novos direitos e garantias, de modo a projetar na população uma expectativa de imediato atendimento aos seus interesses; iii) “ufanista e irrealista” leitura do que expressa o já citado art. 5º, XXXV, da CF (MANCUSO, 2011, p. 53); iv) crescimento da estrutura judiciária, sendo que, aqui, podemos aplicar a lei de mercado: quanto mais oferta, mais “eficiente” tornar-se-ia o ingresso no Judiciário. Um exemplo citado por Posner bem explica este último fator.

No que se refere à demora judicial excessiva, esta não é, como se sugere às vezes, a consequência inevitável de que a demanda de litígio seja grande e a quantidade de tempo dos juízes, limitada. Numa comparação nada científica colocada apenas para se realizar uma contextualização, tem-se que a demanda de lagostas também é grande e que a capacidade para aumentar a produção a fim de satisfazer aos novos incrementos da demanda também é limitada. As pessoas fazem filas para comprar litígios, mas não o fazem para comprar lagostas, porque o tempo judicial não está racionado pelo seu preço, e o das lagostas está. Se a demanda de lagostas aumentou mais depressa que sua oferta, seu preço aumentaria até que se iguallassem oferta e demanda (POSNER, 1998, p. 386). No caso do Judiciário, compara-se a oferta a uma autoestrada. Se o Estado constrói uma autoestrada que culmina na melhoria do trânsito em determinada localidade, tal fato incentiva as pessoas a comprarem carros, sendo que a aquisição de veículos somente vai sofrer um desestímulo depois que essa autoestrada voltar a ficar engarrafada, quando as pessoas preferirão usar o transporte público novamente. Portanto, o acesso à justiça também decorre de um comportamento racional que reage a estímulos. Se a justiça for sempre célere e eficiente como determina a constituição, mais pessoas sentir-se-ão incentivadas a ajuizar suas demandas. Ou seja, a superestruturação do Judiciário é um estímulo ao ajuizamento de novas demandas. Aqui, vê-se um típico caso de retroalimentação da judicialidade, como observaram Gico Jr. e Ribeiro no livro alcunhado de “O jurista que calculava” (2013).

Essa cultura do “demandismo judicial” gera, portanto, a ideia deturpada de “dever de ação”, que pode ter como consequência o afastamento das pessoas que restam polarizadas como adversários, o que acabaria por desestimular a busca de outros meios que não o



Judiciário para a resolução e/ou prevenção de conflitos (MANCUSO, 2011, p. 10-11). É fato que, conforme os números já apresentados, não há como acreditar que o Judiciário tenha capacidade para dirimir a quantidade de controvérsias a ele submetidas.

De 2009 até 2014, o número de casos novos por ano aumentou de 25,3 milhões para 28,9 milhões, o que representa um acréscimo de aproximadamente 14% no número de ações ajuizadas. O acervo de processos pendentes, por sua vez, aumentou em cerca 19%. Isso leva à conclusão de que mais pessoas ingressam no judiciário e mais processos se acumulam diante da incapacidade de se resolver todas essas demandas. O mesmo relatório afirma que as despesas em 2014 foram de R\$ 68,4 bilhões, o que representou um crescimento de 4,3% em relação a 2013 e 33,7% em relação ao último sexênio. De 2014 para cá, o número de processos novos continua em ascensão, embora mais comedida (em 2017 foram ajuizadas 29,1 milhões de ações). O que mais chama a atenção recentemente é que os gastos do judiciário subiram ainda mais, sendo que em 2017 chegou a 90,8 bilhões de reais, isto é, cerca de 46% a mais do que em 2014 (JUSTIÇA EM NÚMEROS, 2018). Essas constatações insinuam que o investimento no Poder Judiciário gera um aumento da demanda por seus serviços, conforme modelo proposto por Posner (1998, p. 386).

Em harmonia com o ora argumentado é importante referir a existência de um outro pensamento, o qual atribui ao direito de acesso à Justiça, não o exercício do direito de ação mediante a garantia do acesso ao Judiciário, mas o acesso à Justiça como o direito à ordem jurídica justa.

Exatamente nesse sentido, parte da doutrina conceituou a garantia Constitucional ora comentada:

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa (WATANABE, 1988, p. 128).

A ordem jurídica justa, portanto, não seria aqui tão somente a decorrente da prestação jurisdicional, cuja atuação é corretiva (MONTORO, 2005), mas é concebida sob o paradigma da convivência humana, com a necessidade de que haja a existência de uma preocupação com o próximo e de que se aja de forma equânime (ROCHA; ALVES, 2011, p. 143).

Com efeito, esse pensamento coaduna e se encaixa perfeitamente com a ideia hipotetizada no presente livro, de modo que se deve incutir na mente dos operadores do direito uma atitude distinta<sup>34</sup> de que o acesso à justiça não engloba tão somente o direito de ter sua demanda conhecida pelo Judiciário, mas, talvez, e essa é uma inovação pretendida aqui, que haja uma prevenção de conflitos e demandas mediante o desestímulo ao desrespeito institucionalizado de direitos. E isso corresponde exatamente ao atendimento de acesso à justiça, pois a ordem jurídica justa deve ser atingida, primordialmente, pela prevenção de conflitos e não pelo seu estímulo. Aqui cabe indagar se a prevenção já não existiria, levando-se em consideração que o direito possui, entre outros, duas vertentes: o lado preventivo e o lado contencioso. A resposta, todavia, será postergada a outro momento deste livro<sup>35</sup>. O fato é que, em poucas palavras, o comportamento das partes, especialmente pelos números apresentados e pelos

dados analisados, indica que as mesmas têm sido estimuladas e não desestimuladas a litigar, sobretudo se levarem em consideração a teoria da maximização das riquezas, também mais adiante explicitada. Isso exige, portanto, uma interpretação consequencialista da norma jurídica, e não apenas uma leitura ufanista que retroalimenta o demandismo.

A doutrina (WATANABE, 1988, p. 128), com argumentos distintos, mas no mesmo diapasão, faz esforço para diferenciar esses conceitos acima trabalhados. Diz-se que acesso à justiça tem como escopo a busca (ou possibilidade) de se garantir a cidadania na sua plenitude, com harmonia e isonomia, sendo que o Poder Judiciário, por outro lado, teria a função típica da prestação jurisdicional, aplicando a lei no caso concreto quando o conflito chega à sua apreciação.

Isto posto, não há como confundir acesso à justiça com acesso ao judiciário ou direito de petição. A crise numérica do judiciário é, em parte, como dito anteriormente, causada por essa interpretação de que o cidadão somente terá acesso à Justiça se acionar o Judiciário.

Sim, o acesso à Justiça é princípio consagrado em diversas normas de Direito Internacional e na nossa própria Constituição. Entretanto, não se pode interpretá-lo de forma a confundi-lo ou equipará-lo ao acesso ao Judiciário ou direito de Ação (como é feito por parte dos doutrinadores e foi demonstrado em alguns parágrafos anteriores), ou chegaremos à conclusão de que qualquer restrição ao direito de utilização da via judicial seria inconstitucional e que “tal direito se faz presente de forma absolutamente ilimitada e irrestrita no ordenamento jurídico brasileiro” (TENENBLAT, 2001, p. 2).

Desse modo, o *acesso à justiça* não pode ser interpretado de forma absoluta e irrestrita. Assim como qualquer outro direito e garantia, o acesso à justiça deve ser limitado à forma adequada e não abusiva de gozo. Mais adiante, já no tópico seguinte, destrincharemos o que será considerado, para os fins desta pesquisa, como abuso do direito de litigar.

Some-se a esses argumentos o fato de que o intuito da norma constitucional de garantir o acesso à justiça a qualquer pessoa do povo é mais direcionado ao Legislador do que aos que se encontram em conflito. O inciso XXV, do art. 5º, da CF/88, visa assegurar que a Legislação não impeça que qualquer pessoa se socorra do Judiciário quando tiver direito ameaçado ou lesado, no entanto, o que se divulga e estimula é que todo e qualquer conflito, por mais insignificante que seja, deve ser resolvido na instância judiciária. O que se argumenta é que o Judiciário deve ser alcançado, mas sua utilização como fonte principal de resolução de conflitos, por ser completamente ineficiente, não deveria ser tão estimulada.

Convém explicitar o raciocínio com outras palavras:

Por todo esse contexto, observa-se que o inc. XXXV do art. 5º, da CF/1988 não autoriza a interpretação à outrance, usualmente feita, e que tem permitido inferir que a oferta de justiça estatal está disponibilizada, em modo franco, genérico e prodigalizado, a toda e qualquer situação de interesse contrariado ou insatisfeito, como fora o Judiciário um *guichê geral* de reclamações. De resto, citada norma não tem foco em situações concretas e presentes (que devem estar subjacentes a qualquer ação judicial donde o interesse de agir ser real, atual e pessoal), mas apresenta uma *conotação principiológica e prospectiva*, buscando preservar situações futuras

cuja apreciação judicial não deverá, *a priori*, ser afastada pelo ordenamento positivo (MANCUSO, 2011, p. 195-196).

O conceito deturpado de acesso à justiça, somado às facilidades de ingresso ao judiciário advindas da promulgação de Leis, como as que criaram os Juizados Especiais, faz com que as pessoas se adaptem ao modelo de resolução de conflitos, e, de igual forma, nós, intérpretes do direito, falhemos em identificar se o direito de acesso à justiça, confundido com direito de acesso ao judiciário e direito de ação, não está sendo exercido de forma abusiva por algumas espécies de litigantes, haja vista a crise numérica de processos antes explicitada.

Deve-se enfatizar que o exercício da demanda não é um direito absoluto, posto que condicionado a uma razão legítima, sendo que a parte que busca o Judiciário deve ter uma “razão séria para invocar a tutela jurídica” (MARTINS, 2002, p. 71), ou estará abusando do direito de acesso à justiça. As definições e elementos que caracterizam o abuso desse direito serão tratados no tópico logo a seguir.

Assim, entendendo-se que o direito de acesso à justiça consiste no direito à ordem jurídica justa e não se confunde com acesso ao judiciário, muito menos com o direito de ação, percebe-se que o primeiro óbice ao desenvolvimento do tema resta superado, de forma que se pode concluir sem temor algum que não há óbice constitucional à limitação do acesso ao poder judiciário pelos litigantes habituais ou inconsequentes, desde que haja uma segura constatação do abuso dessa prerrogativa por essas espécies de litigantes.

## **1.2 O acesso à justiça utilizado de forma abusiva: definindo o abuso no direito brasileiro**

Verifica-se na redação do art. 187 do Código Civil que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Isso é o abuso do direito que, de acordo com já antiga e consolidada jurisprudência do extinto Tribunal de Apelação do Distrito Federal, se verifica quando o mesmo é exercido “sem motivos legítimos, com excessos intencionais ou voluntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem, contrários ao destino econômico e social do direito em geral, e, por isso, reprovável pela consciência pública” (BRASIL, 1998, p. 27-28).

O enxerto jurisprudencial acima coaduna com a hipótese ora estudada de sorte, que serve de conceito para a execução desta linha de raciocínio. Com efeito, da mesma forma que todo e qualquer direito, o acesso à justiça, ou mesmo o direito de peticionar e acessar o judiciário, não pode servir como sustentação de interesses patrimoniais às custas do Estado e, por consequência lógica, dos contribuintes que não possuem qualquer relação com a demanda.

É de bom alvitre referir que a legislação brasileira, muito embora preveja em seu bojo a repressão ao abuso de direito, não trata especificamente do abuso do direito de acesso à justiça. Essa repressão, todavia, verifica-se de forma implícita no ordenamento, como se demonstrará a seguir.

A norma processual não trata do abuso do poder de litigar e preferiu dotar de um tratamento mais específico os casos de litigância de

má fé, vide art. 80 do Novo CPC (Lei nº 13.105/2014), que não trata especificamente do abuso processual, apenas elencando hipóteses em que a parte poderá ser qualificada como litigante de má-fé<sup>36</sup>.

Dito isto, tem-se que o uso da prerrogativa de litigar (de estar em juízo) encontra resguardo sólido em nosso ordenamento, de forma que não se pode conceber que o ajuizamento, *per se* de uma ação judicial constitua abuso do direito, mas tão somente um exercício regular dessa prerrogativa.

É de se referir que, não obstante a Legislação não dispor especificamente do abuso do direito de litigar, o art. 5º do Código de Processo Civil (CPC) prevê expressamente a necessidade das partes agirem com boa-fé<sup>37</sup>. O referido enunciado deve ser considerado como cláusula geral e, dessa forma, nortear a atuação das partes em qualquer ato processual (CUNHA, 2000, p. 427). No novo CPC, a violação ao dever de boa-fé implica ao litigante de má-fé o pagamento de multa correspondente a até 10% do valor da causa, indenizar a parte contrária e arcar com os honorários advocatícios e despesas efetuadas<sup>38</sup>.

Esse raciocínio implica na conclusão de que “se as partes têm o dever de litigar honestamente, então os direitos de ação e de defesa estão protegidos pelo ordenamento jurídico, se, e somente se, estiverem sendo exercidos com lealdade e boa-fé” (CUNHA, 2000, p. 428). Essa cláusula geral é uma limitação que o ordenamento impõe ao exercício do direito de ação, no âmbito da interpretação sistemática que se deve fazer dele.

Se a parte ajuíza uma demanda a qual pretende ver contemplada uma tese jurídica pacificamente rechaçada pelo Judiciário, ou se descumpre

direitos de forma institucionalizada, sabendo que a grande parte dos prejudicados por sua conduta ilegal não buscará seus direitos e que as poucas demandas ajuizadas não afetarão suas finanças de forma significativa, estará litigando honestamente? Está agindo de boa-fé, se considerarmos que o Judiciário possui recursos escassos e que a sua demanda prejudica o orçamento Estatal?

A hipótese levantada e mais adiante respondida é de que há duas ilegalidades cometidas pelas partes que assim agem: a) há um abuso de direito, pois a parte age contrariamente aos fins econômicos da justiça, o que viola o art. 187, do Código Civil Brasileiro; b) há, pelo menos, uma tentativa de enriquecimento ilícito por parte de quem assim age, tendo em vista o que prescreve o art. 884, do Código Civil Brasileiro<sup>39</sup>.

Avaliando o enxerto acima e as situações hipotéticas referidas, não há como conceber que a parte age de boa-fé se sua intenção processual é manifestamente antieconômica ou aventureira. O Judiciário não deve servir de palco para esse tipo de litigante, pois além de esgotar os escassos recursos existentes, ainda congestionam a atividade jurisdicional a ponto de as demandas que realmente careceriam dela sejam julgadas sem o devido cuidado, jogadas na vala coletiva. Esse tipo de comportamento é que configura o abuso do direito de acesso à justiça, pois torna a efetividade do Judiciário precária, sendo a efetividade uma das dimensões desse direito fundamental<sup>40</sup>.

Nesse contexto, a indagação que se mostra patente é a seguinte: como avaliar, desde o início, se o litigante age dentro dos limites impostos pelo ordenamento ao propor uma ação?



A primeira pista que esta pesquisa revela é que abusa do direito de acesso à justiça aquele que descumpre seu dever de parte de agir com lealdade e boa-fé. Esse agir com lealdade também é obrigatório em face da Jurisdição contra quem a demanda é dirigida. Os direitos das “partes são exercidos perante o Estado-Juiz, e o seu exercício abusivo se dá contra a própria jurisdição” (CUNHA, 2000, p. 430). Depreende-se do comando legal comentado, portanto, que a obrigação de as partes agirem com boa-fé não é um comportamento que deve ser dirigido apenas em relação aos direitos da outra parte, mas também ao Judiciário, o Estado-Juiz, de modo que se pode concluir como abusivo o agir da parte que ingressa no judiciário com excessiva habitualidade (o que denota o descumprimento institucionalizado de direitos) ou ostentando tese jurídica completamente contrária à jurisprudência.

Além disso, é de bom alvitre referir que, apesar da doutrina do abuso do direito ter surgido no âmbito da responsabilidade civil, não se reputa necessário à sua caracterização que haja a intenção de prejudicar, o *animus nocendi*, bastando que a conduta analisada seja tomada sem as devidas precauções e prudências exigidas do homem médio (STOCCO, 2002, p. 7). Isto é, se a parte ingressa no judiciário (seja no polo ativo, seja no passivo) agindo de forma negligente, imperita ou imprudente, ainda que a intenção danosa não seja facilmente verificada, o abuso do direito de acesso à justiça pode ser verificado.

A jurisprudência pátria, ainda que de forma insipiente, tem tentado não somente definir como também aplicar a teoria do abuso do direito quando o litigante nitidamente não age dentro do enquadramento da lealdade e boa-fé previsto no art. 14, do antigo CPC (reproduzido no art. 5º, do novo CPC).

Um caso que ilustra essa afirmação ocorreu em Brasília, em que um consumidor difundiu várias ações perante o juizado especial do Distrito Federal, que tinham um propósito idêntico e com base na mesma descrição fática, o que implicava na conclusão de que o mesmo tentava se enriquecer ilicitamente, não só às custas das partes adversas dessas ações, como também às custas do Estado, que lhe proveu a estrutura necessária para a perseguição de seu suposto direito<sup>41</sup>.

Nesse caso, a conduta do autor foi considerada abusiva, como se verifica em diversas situações mais adiante expostas, na medida em que: o autor, por ser beneficiário da gratuidade de justiça, não sofreu qualquer sanção, pois a exigibilidade da multa aplicada restou suspensa em função de sua condição de hipossuficiência. Outros casos semelhantes foram encontrados, tais como se vê da ementa da apelação cível nº 70063863369, julgada pelo TJRS<sup>42</sup> em que a parte ajuizou diversas ações simultâneas com idêntica causa de pedir, de modo que foi reconhecido o abuso do direito de litigar. Da mesma forma, manifestou-se o TJRJ em caso no qual a parte ajuizou nova ação com idêntica causa de pedir diante de seu inconformismo com o resultado do julgamento de um recurso na ação anteriormente ajuizada<sup>43</sup>.

Os Tribunais, nesses casos, reconheceram que as partes nitidamente excederam os limites impostos aos fins econômicos do seu direito, como também os da boa-fé e lealdade que devem reger os atos processuais.

De igual sorte, em um caso verificado na Justiça do Trabalho, mais especificamente no Tribunal Regional da 2ª Região (São Paulo), houve o reconhecimento do abuso de direito da parte, desta feita

por resistência indevida<sup>44</sup>. No caso, foi reconhecido que a parte apresentou, diversas vezes, petição ostentando os mesmos argumentos (já rechaçados anteriormente), o que gerou o reconhecimento de deslealdade processual e conseqüente abuso do direito de litigar.

Assim, temos que a conduta abusiva se caracteriza quando um agente, ao exercer o seu direito de acesso à justiça, propõe contra Jurisdição uma pretensão jurídica que excede os limites econômicos ou sociais, ou impostos pela boa-fé e pelos bons costumes.

Essa análise de casos individuais permite identificar isoladamente o abuso do direito de litigar, tendo em vista a nítida extrapolação ética e econômica das partes em face da parte contrária ou da jurisdição. Mas essa simplificação é insuficiente para demonstrar a relação entre a crise numérica do judiciário e o abuso do direito de litigar.

Ao revés, é preciso analisar se a conduta individual do agente que, quando levada em consideração com a conduta individual de outros que se encontram na mesma situação, acarreta no resultado muito abaixo do *ótimo coletivo* (TENENBLAT, 2011, p. 26), pois o número excessivo de demandas propostas perante o Poder Judiciário inviabiliza sua efetividade. Portanto, colocou-se a tarefa de analisar como a litigância habitual e inconsequente causa impacto no judiciário a ponto de essa conduta ser considerada abusiva.

Percebe-se, neste diapasão, que investigar a existência de abusividade do acesso à justiça não é tão simples. A crise numérica do Judiciário, que é o problema debatido neste livro, exige uma análise muito mais complexa do que a simples utilização do método indutivo a partir desses e outros casos isolados.

Há a necessidade de analisar a conduta dos maiores clientes do judiciário, o que implica, igualmente, analisar a conduta das partes contrárias nas demandas movidas em face desses maiores clientes. Deve-se analisar, portanto, se a conduta de litigantes habituais e inconsequentes, diante da frivolidade de suas pretensões jurídicas, tomadas em conjunto, configuram o abuso do direito de litigar, tendo em vista que os recursos do Poder Judiciário são escassos.

Nesse contexto, já no tópico seguinte, tratar-se-á das demandas consideradas frívolas, definindo-as e relacionando-as ao abuso do direito de acesso à justiça. Mais adiante, elucidaremos se a conduta dos chamados “litigantes habituais” e “litigantes inconsequentes” pode ser considerada abusiva, tendo em vista os parâmetros especificados nestes tópicos.

### **1.3 A litigância frívola como elemento caracterizador do abuso do direito: as ferramentas de objetivação processual como mecanismo de identificação da frivolidade**

Discutiu-se anteriormente que um dos elementos da abusividade da conduta do litigante se verifica se o exercício de seu direito implica em extrapolação dos limites impostos ao seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Num contexto de “crise numérica”, quando a efetividade da prestação jurisdicional é afetada pela imensa e quase inesgotável quantidade de processos submetida ao crivo do judiciário, não seria difícil afirmar que as demandas que não possuem possibilidade de êxito ou que

decorrem de condutas ilegais institucionalizadas estão ocupando indevidamente um espaço que deveria pertencer às causas que realmente precisam de prestação jurisdicional.

Temos que demanda frívola se configura quando há baixa probabilidade de êxito dos pedidos propostos pelo jurisdicionado, que, ao ajuizá-los, não se atenta aos custos acarretados ao erário. Na maior parte dos casos, o litigante propõe a demanda mesmo com a consciência de que o benefício a ser obtido ao final será muito inferior ao custo de tramitação do feito (TENENBLAT, 2011, p. 26).

No contexto brasileiro, verifica-se que não há muitos estudos e pesquisas acerca da litigância frívola, tanto é que não há qualquer menção na legislação a este termo, e a jurisprudência tampouco demonstra qualquer familiaridade com ele. Por outro lado, a litigância frívola é objeto de muitos estudos em países como Portugal e principalmente nos Estados Unidos.

Sustenta parte da doutrina portuguesa que os custos da ação devem servir como filtro para sua propositura<sup>45</sup>. Nas que o custo supera o benefício a ser alcançado, não há como se conceber sua utilidade, hipótese em que a mesma deve ser considerada frívola. Relacionando essa conceituação com a pesquisa realizada por Rachlinski<sup>46</sup>, pode-se inferir que os agentes neutros em relação aos custos da ação (aqueles beneficiários da gratuidade de justiça), em muitos casos, ignoram o fato de o custo da ação ser superior ao bem da vida pretendido, hipótese em que a demanda por ele proposta deve ser considerada frívola. Mas a demanda frívola nem sempre é abusiva: entende-se que a abusividade somente será considerada

se a demanda tiver chance de êxito mínima, considerada reiterada e pacífica jurisprudência do tribunal ao qual a mesma é submetida.

Nesse contexto, entende-se que é possível regular o comportamento do jurisdicionados mediante uma combinação de sinalização de decisões judiciais com os custos de propositura da ação. No estudo realizado em Portugal, concluiu-se que essa análise necessariamente necessita da compreensão de como o mercado de advogados influencia nos custos da propositura da ação (PATRÍCIO, 2005, p. 68). O advogado que é contratado por um cliente que se enquadra no quadro de hipossuficiência sabe que seu cliente litiga sem riscos econômicos, de modo que não lhe interessa informar ao seu cliente se a demanda tem baixa (ou mesmo nula) probabilidade de êxito, mas que vai ocupar o mesmo espaço de outra que não seja assim qualificada e consumir os mesmos recursos.

Nos Estados Unidos, o fenômeno da litigância frívola, muitas vezes, resultava em providências privadas, com o fito de indenizar a parte que se prejudicou com uma ação insubsistente. A doutrina separou em três as espécies de ações que geralmente eram ajuizadas (WADE, 1986, p. 437-456): a) indenização por processo malicioso (*malicious prosecution*), que ocorre quando a parte inicia (ou continua) um processo visando atingir um fim distinto dos fins da lei invocada, geralmente sem causa provável, causando diversos danos a outras partes, como o pagamento de honorários e despesas legais; b) indenização por abuso processual (*abuse of process*), verificada quando as partes abusam de mecanismos processuais, como intimações, para tumultuar o processo ou mesmo para obter outro fim. Um exemplo disso ocorreu no caso *Board of Education x Farmingdale Classroom Teachers Association*, no qual a associação de professores enviou intimações a

todos os professores da rede escolar, para que estes comparecessem à corte ao mesmo tempo, o que visava comprometer as operações da escola<sup>47</sup>; e c) indenização por negligência do advogado.

Esses, geralmente, eram os remédios possíveis para combater a litigância frívola estadunidense. No entanto, a partir da década de 1980, os estados começaram a perceber que a litigância frívola não trazia apenas prejuízos à parte prejudicada pelo processo; havia também os custos estatais. Alguns estados, como a Pensilvânia, simplesmente alteraram a jurisprudência, para se adequar à indenização civil em relação aos danos causados pelas partes prejudicadas, enquanto outros estados autorizaram os juízes a estabelecer multas na mesma ação para a parte que litiga de forma frívola (WADE, 1986, p. 457).

Ao analisar as razões que levam as partes a litigar de forma frívola, geralmente o autor ou réu que tem chances iguais ou muito próximas de zero, Cooter e Ulen (2010, p. 430) afirmam que muitas vezes o litigante tem interesses paralelos. Uma contextualização dessa afirmação pode ser feita com uma parábola envolvendo construtores de Nova York e os moradores da vizinhança. Os custos de transação<sup>48</sup>, nesse caso, são diferentes entre as partes: os moradores, mesmo sabendo da pouca probabilidade de êxito, ingressam com a ação frívola (*nuisance suit*), visando embaraçar a obra e causar ainda mais prejuízos para o réu se este tivesse que paralisar as obras ou pagar custos do litígio.

Nesse caso, se o custo da ação para os autores cooperativos é igual a \$1.000, o valor esperado através da ação seria 0 (tendo em vista a baixa probabilidade de êxito); assim, o risco da demanda é negativo (- \$1.000), o que, teoricamente, faria com que os litigantes não

ajuizassem a ação. Todavia, se essa ação puder potencialmente causar um prejuízo de \$5.000 para o réu, o cenário muda. Neste cenário, o réu, racionalmente, ofereceria ao autor um acordo no valor de \$2.000, que equivaleria ao risco do autor (- \$1.000) mais metade do valor excedente (\$ 1.000, custo da ação, + \$ 5.000, risco de atrasos nas obras). Assim, o valor seria de - \$1.000 + 0,5 (\$ 6.000) = \$2.000 (COOTER; ULEN, 2010, p. 430).

Recentemente, para evitar esse tipo de demanda, o Congresso Americano aprovou a *Lawsuit Abuse Reduciton Act of 2013* (Ato pela redução do Abuso do uso de Ação Judicial), pelo qual se emendou o art. 11 das regras federais de processo civil, estabelecendo sanções para as partes que ajuízam ações frívolas e tornando os advogados corresponsáveis por esse tipo de conduta<sup>49</sup>. A redação atual do referido dispositivo prescreve uma série de condutas e ampla discricionariedade para o juiz aplicar sanções se entender pela existência de uma demanda frívola<sup>50</sup>.

No cenário brasileiro, não se vislumbra uma regulamentação rigorosa e específica para esse tipo de demanda, muito menos se dá ao juiz a liberdade de escolher ou aplicar o tipo de sanção que julgue mais indicado. O que se verifica é apenas uma “sinalização” em decisões judiciais, o que já seria extremamente útil para definir a frivolidade de determinada demanda.

A grande dificuldade que se impõe, portanto, seria como definir uma demanda frívola, isto é, como definir a demanda que tem pouca probabilidade de êxito, aquela que é ajuizada como uma espécie de loteria ou mesmo para prejudicar o direito substantivo da parte



contrária. A análise dos precedentes e sua aplicação são o modo adequado de se averiguar a probabilidade de êxito de uma demanda.

Apesar de sermos um país que adotou o modelo “europeu-conti-nental” de direito, no qual a jurisprudência é considerada uma fonte secundária do direito, e não há um sistema de precedentes consoli-dado, no ano de 1993, o Legislativo aprovou a Emenda Constitucional nº 3, a qual dava efeito vinculante às decisões de mérito nas Ações declaratórias de Constitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal<sup>51</sup>. Essa foi a primeira de outras reformas que culmi-naram na previsão, em nosso ordenamento de diversos “mecanismos de objetivação” do processo.

O efeito vinculante tinha como objetivo uniformizar o Controle de Constitucionalidade, dando maior segurança jurídica aos jurisdicio-nados, pois evitava (em tese) decisões conflitantes com o entendi-mento do STF em instâncias inferiores. Implicaria, nesse jaez, que os Tribunais inferiores julguem de acordo com o que foi decidido pelo STF, dificultando a possibilidade de tratamento desigual para situa-ções semelhantes, provendo uniformidade, regularidade, segurança jurídica, eficiência e transparência nas decisões judiciais (VIEIRA, 2008, p. 132).

Outros mecanismos foram sendo implementados na Legislação. Ainda no âmbito constitucional, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 45/2004, que tratou da Repercussão Geral como requisito de admis-sibilidade dos Recursos Extraordinários junto ao STF<sup>52</sup>. No Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, houve, em 2008, a alteração no antigo CPC (Lei nº 11.418/2008), no qual foi inserido o art. 543-C, que dispõe sobre os recursos repetitivos<sup>53</sup>. Também se destacam no

nosso ordenamento como ferramentas de objetivação do processo os incidentes de uniformização de jurisprudência, previsto no art. 476, também no antigo CPC<sup>54</sup>, e a sentença liminar de improcedência, prevista no art. 285-A<sup>55</sup>, do antigo CPC, introduzido pela Lei nº 11.277/2008.

O novo CPC, Lei nº 13.105/2015, não mais prevê o incidente de uniformização de jurisprudência, trazendo dois novos institutos, que objetivam uniformizar a jurisprudência e tratar de causas de grande repercussão social. O primeiro deles é o incidente de demandas repetitivas<sup>56</sup> (art. 976), e o segundo, o incidente de assunção de competência (art. 947)<sup>57</sup>. No entanto, a eficácia desses incidentes ainda não pode ser medida, tendo em vista a recente entrada em vigor desses dispositivos.

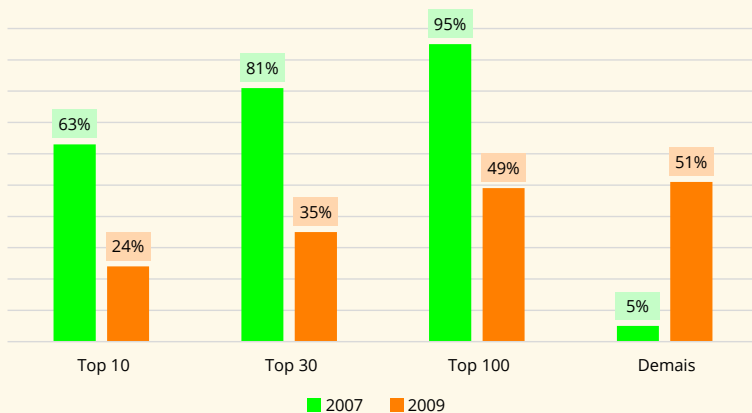
O que todas essas ferramentas têm em comum é a busca da racionalização de ações que nitidamente contrariam jurisprudências consolidadas dos Juízos e Tribunais, as chamadas e amplamente conhecidas como “causas repetitivas” ou “demanda de massa”<sup>58</sup>, que envolvem necessariamente litigantes habituais e inconsequentes, conforme será estatisticamente demonstrado no tópico seguinte.

Ocorre que essas medidas que visavam diminuir o número de processos nos Tribunais, de modo a permitir um julgamento conjunto de demandas com idêntico teor, a despeito de ter, de certo modo, diminuído a concentração de “causas repetitivas” nos tribunais superiores, não teve o condão de diminuir a quantidade de demandas submetidas ao Judiciário.

Após a implementação das medidas, o STF sofreu com uma pulverização dos litigantes, conforme se viu no Relatório “Supremo em Números”:

Se em 2007 os 10 principais litigantes da corte impactavam 63% da sua pauta, em 2009 os 10 primeiros representavam apenas 24% dos processos autuados pelo tribunal. Se aumentarmos o universo dos principais litigantes, passando dos 10 primeiros para os 30 e, depois, para um top 100, percebemos comportamento semelhante, como revela a tabela abaixo, o que confirma a hipótese de pulverização (FALCAO, 2013, p. 59).

**Figura 3.** Gráfico que indica pulverização de processos junto ao STF com a implementação das ferramentas de objetivação do processo.



Fonte: Relatório Supremo em Números, p. 59.

Nessa pesquisa, revelou-se que, se em 2007, tramitaram perante o STF 44.129 Recursos Extraordinários, em 2009, esse número caiu

para 10.497, o que indica uma certa efetividade das reformas na diminuição de processos em trâmite perante a Corte mais elevada (FALCÃO, 2013, p. 62-63).

Esse mesmo relatório, todavia, conclui que, apesar da Repercussão Geral ter tido um impacto significativo na redução dos processos no STF, pode ter tido um efeito indesejado [negativo] nas instâncias inferiores. Com efeito, reprisando-se o afirmado na Apresentação, calculou-se que, somente no ano de 2011, 82,9 milhões de processos tramitaram no judiciário (JUSTIÇA EM NÚMEROS, 2012, p. 183). No ano de 2013, tramitaram no Judiciário Brasileiro 95,14 milhões de processos, sendo que cerca de 70% deles já estavam pendentes desde o início de 2013. Isto é, em todos os ramos do Poder Judiciário, em 2013, foram ajuizadas 28,3 milhões de novas ações. Em 2015, chegou-se à marca de 99,7 milhões de processos tramitando no Judiciário (JUSTIÇA EM NÚMEROS, 2014, p. 34). Em 2017, se atingiu a marca de 109 milhões de processo que tramitaram perante o judiciário (JUSTIÇA EM NÚMEROS, 2018, p. 74).

Apesar de essas reformas no judiciário não terem tido o impacto esperado, permitiram que ele diagnosticasse com a devida exatidão quais eram os seus maiores clientes e suas principais demandas. Com isso, os próprios tribunais puderam classificar as demandas repetitivas e uniformizar o entendimento jurisprudencial a ser aplicado nas que tinham conteúdo idêntico.

Assim, vislumbra-se neste livro uma grande oportunidade para utilizar tais ferramentas com outros fins que não os concebidos quando o legislador as instituiu. Essas ferramentas permitem, a partir do ajuizamento de uma ação judicial, a verificação de sua frivolidade: ora, se

a tese jurídica defendida pelo autor ou pelo réu já foi exaustivamente discutida e rechaçada, seja por súmula vinculante, seja por repercussão geral, seja pela decisão de recursos repetitivos, não há qualquer viabilidade (ou mesmo utilidade) na pretensão ou resistência.

Dessa forma, é possível considerar abusiva a conduta do litigante que:

a. ajuíza ação ostentando tese jurídica nitidamente contrária ao entendimento pacificado e uniforme da jurisprudência para caso idêntico ao seu, sendo que a responsabilidade pode ser atribuída ou ao menos compartilhada pelo advogado;

b. resiste à pretensão, defendendo uma tese jurídica manifestamente contrária ao entendimento pacificado e uniforme da jurisprudência para caso idêntico ao seu e, ainda que tenha consciência disso, interpõe toda sorte de recursos e impugnações, visando perpetuar o processo.

Em ambos os casos, deve-se considerar a conduta do litigante abusiva, pois a demanda frívola viola os fins econômicos e sociais do processo, tendo em vista o impacto negativo na efetividade que essa demanda frívola irá acarretar na prestação jurisdicional.

Tal conclusão, inclusive, mostra-se coerente com a intenção do legislador, que instituiu o art. 332 no novo CPC, que prevê a possibilidade de o Juiz julgar o feito liminarmente quando a decisão for contrária à jurisprudência dos tribunais regionais ou superiores<sup>59</sup>, o que significa uma evolução da sentença liminar anteriormente prevista no art. 285-A do antigo CPC. O novo CPC, todavia, não previu qualquer sanção processual ao réu que formula resistência, invocando

argumento rechaçado pela jurisprudência, de modo que tal ocorrência será, como anteriormente, resolvida por meio do instituto da litigância de má-fé, exigindo uma interpretação subjetiva de sua ocorrência por parte do juiz.

Assim, tem-se que as ferramentas de objetivação do processo podem ser utilizadas para identificar, desde o nascedouro da ação, a ocorrência ou não de frivolidade, permitindo que o magistrado possa alertar as partes quanto à possibilidade de estarem abusando do direito de acesso à justiça. Importante agora é identificar os principais atores, com base nas estatísticas pesquisadas, que abusam com mais frequência do direito de acesso à justiça.