

Litigância predatória

Uma proposta de discussão à luz das finalidades do processo e da necessária concorrência pelo melhor direito

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Ministro do TST e atual Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça - CNJ

O conceito de predação é bastante desenvolvido nas discussões relacionadas às práticas de mercado. Até libertários como Milton Friedman sempre defenderam a ideia da concorrência pelo mérito. Daí por que, mesmo quando esse importante economista propôs a famosa tese de que a função social da empresa é gerar lucros para seus acionistas, submeteu tal propósito a um contexto em que não houvesse espaço para fraudes e manipulações, bem como que assegurasse as regras do jogo a partir de competição livre e aberta¹.

Com base nessa definição, fica claro que, no âmbito dos mercados, a competição deve se pautar pela excelência da atuação, pelo talento e pelo esforço. Expedientes que envolvam utilização de força, violência e estratégias abusivas, como manipulação e fraude, devem ser vistos como formas de concorrência desleal ou predatória, que se afasta do mérito.

A partir dessas considerações, gostaríamos de propor que a concorrência entre as partes no contexto de processos judiciais pudesse ser pensada de maneira similar, tendo como igual fundamento o mérito, inclusive para o fim de se refletir sobre o que poderia ser considerado litigância predatória. Afinal, se precisamos pensar em graus de lisura mesmo nas práticas

¹ Ver, sobre o tema, série de Ana Frazão no Jota com o título *Capitalismo de stakeholders e investimentos ESG. Considerações sobre o tema após 50 anos da publicação do artigo seminal de Milton Friedman*.

de mercado, com maior razão precisamos pensar em parâmetros adequados para a disputa que se trava no processo judicial, que se desenvolve a partir de relação jurídica pública e tendo por pressuposto procedimento que tem – ou pelo menos deveria ter - por finalidade a realização da justiça.

Sob essa perspectiva, parece-nos que a disputa pelo mérito, no âmbito do processo judicial, somente pode ser a competição pelo melhor direito e pela melhor tese jurídica, em um ambiente permeado pelas garantias de isonomia, igual acesso, paridade de armas, devido processo legal e contraditório. Por mais que a atuação das partes possa conter igualmente questões de estratégia, estas precisam ser compatíveis com o ambiente de lisura e com a finalidade de realização de justiça inerente ao processo.

Sempre que o processo judicial se desvia dessas características e propósitos, possibilitando que uma das partes possa fraudar ou manipular o sistema judicial ou possa exercer indevidamente o seu poder – notadamente o poder econômico - para obter vantagens indevidas, não estaríamos mais no âmbito da estratégia compatível com a litigância pelo mérito, mas sim da litigância predatória.

Daí por que falar em litigância predatória é falar de fenômeno cujo alcance é bem maior do que o da litigância de má-fé. Esta pode até ser vista como uma espécie de litigância predatória, mas certamente não é a única, pois a predação judicial pode assumir diversas outras modalidades, roupagens e facetas.

Não obstante, os diversos tipos de litigância predatória estão unidos pelo mesmo fio condutor: o desvio da competição pelo mérito no âmbito do judicial. A partir do momento em que o processo se torna uma estratégia descolada da disputa pelo melhor direito ou se torna suscetível de manipulação por quem tem mais dinheiro ou pode pagar advogados cuja estratégia independe das teses jurídicas que estão em debate, torna-se possível os primeiros delineamentos da litigância predatória.

A partir do momento em que as interações com o Judiciário ocorrem mais fora dos Tribunais do que dentro, a partir do momento em que se rompe a paridade de armas e se impossibilita uma competição minimamente justa entre as partes, inclusive no que diz respeito ao acesso a órgãos julgadores, novos contornos da litigância predatória se vislumbram.

É importante destacar que, em diversas das suas manifestações, a litigância predatória está associada a fenômenos mais estruturais. Um deles é o da pilhagem do direito, tal como já foi apontado no excelente livro de Ugo Mattei e Laura Nader². A preocupação dos autores é como o direito pode estar a serviço apenas dos mais poderosos ou daqueles que participam do jogo deslealmente, por meio de contatos promíscuos, lobby indevido, troca de favores diretos ou indiretos e tantas outras práticas que influenciam não só a produção do direito – a legislação e a regulação – como também a aplicação do direito por meio dos seus tribunais.

Sob essa perspectiva, a reflexão que propomos tem como foco igualmente as diversas possibilidades de captura do Poder Judiciário, procurando alargar a aplicação da teoria da captura para além dos legisladores e reguladores, utilizando-a também em relação aos juízes. Afinal, o famoso Memorando Powell³ já alertava para o fato de que o Poder Judiciário pode ser até mais estratégico para a elite econômica do que Poder Executivo e o Poder Legislativo, uma vez que é o mais importante instrumento para mudanças sociais, econômicas e políticas.

É fundamental, portanto, avançar igualmente na reflexão sobre as diferentes formas de captura e corrupção institucional do Poder Judiciário e seus membros, analisando as estratégias escusas que, embora sejam mais sutis do que as formas clássicas de corrupção, podem ser muito eficientes para desbalancear a competição pelo melhor direito e desviar o Poder Judiciário do seu caráter republicano.

Ao lado de outras práticas que violam o devido processo legal, a paridade de armas e a competição pelo mérito, a litigância predatória deve ser objeto de reflexão e debate, especialmente quando se está diante de litigantes poderosos, de processos objetivos, demandas repetitivas e de repercussão geral ou ações coletivas ou de grande alcance. Tal cuidado é ainda mais imperioso quando tais demandas afetam vulneráveis, direitos difusos e valores fundamentais como a democracia.

² MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem do Direito. Quando o Estado de Direito é ilegal*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

³ chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.reuters.com/investigates/special-report/assets/usa-courts-secrecy-lobbyist/powell-memo.pdf

Com base nessas preocupações, mas sem nenhuma intenção de esgotar o tema, gostaríamos de propor uma classificação preliminar da litigância predatória nas seguintes categorias:

- (i) **Estratégias de litigância predatória endoprocessual**, tais como: (i.i) casos mais tradicionais de litigância de má-fé; (i.ii) propositura de ações que, individualmente, não sejam consideradas litigância de má-fé, mas que o sejam em seu conjunto, o que impõe uma análise macro da situação, tal como o CADE faz ao analisar casos de *sham Litigation* e tal como os tribunais brasileiros já vêm avançando em relação ao chamado assédio processual⁴; (i.iii) *forum shopping* ou estratégias de manipulação de distribuição ou escolha de jurisdição – ou de relatores ou órgãos fracionários de tribunais; (i.iv) propositura de inúmeras ações ou medidas, em foros distintos, com a finalidade criar confusão entre diversas decisões ou juízos; (i.v) tentativas de confundir ou de atrasar a ação do Judiciário por meio de excesso de pedidos, impugnações, intervenções despropositadas, etc; (i.vi) estratégias de *lawfare* ou de submeter a parte contrária a várias ações ou iniciativas que, para além de impedir ou dificultar seu direito de defesa, têm por propósito constranger ou aniquilar a contraparte; (i.vii) estratégias de retardamento processual indevido; (i.viii) estratégias de manipulação de jurisprudência, a fim de se evitar a construção espontânea de entendimentos por parte dos tribunais, o que pode ser alcançado por diversos meios, incluindo desistências oportunistas de recursos que possam ser julgados por juízes ou órgãos que sejam contrários aos interesses de determinada parte ou *forum shopping* para viabilizar apenas a jurisprudência “sob medida”; (i.ix) estratégias de desprezitar, driblar ou retardar indevidamente o cumprimento de decisões judiciais; (i.x) utilização de recursos tecnológicos para criar vantagens indevidas para uma das partes ou desequilibrar por completo a necessária paridade de armas e (i.xi) condutas dos magistrados, por iniciativa própria ou a

⁴ Sobre assédio processual, ver decisão do STJ no REsp n. 1.817.845/MS (Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relatora para acórdão Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 10/10/2019, DJe de 17/10/2019.)

pedido, que podem favorecer indevidamente uma das partes, sem prejuízo das respectivas sanções disciplinares.

- (ii) **Estratégias de litigância predatória extraprocessual** que, utilizadas em conjunto ou não com estratégias endoprocessuais, atuam normalmente em duas frentes: ou procuram ameaçar e retaliar juízes, criando indevidamente medo ou receio injustos para o exercício independente da função jurisdicional, ou procuram gerar aproximações ou benefícios indevidos aos juízes, comprometendo a imparcialidade e a paridade de armas. No primeiro grupo, estariam as práticas de: (ii.i.) desacreditar o Judiciário e os juízes, incluindo declarações de autoridades públicas ou agentes privados que antecipam que não irão cumprir decisões judiciais contrárias a seus interesses; (ii.ii) pressões indevidas sobre juízes a partir da manipulação do debate público a respeito de importantes questões submetidas ao Judiciário, normalmente com base em informações ou notícias “fabricadas”, que têm por fim induzir em erro a opinião pública ou ocultar propositalmente os interesses a que servem; (ii.iii) utilizar a mídia e as redes sociais para constranger juízes a decidir de uma determinada maneira ou para criticar abusivamente juízes por seus entendimentos, indo além da crítica social e do necessário escrutínio que juízes e suas decisões precisam estar sujeitos em uma democracia; e (ii.iv) ofender ou ameaçar juízes, por qualquer meio, especialmente antes ou depois de decisões importantes. No segundo grupo, estariam (ii.v) os contatos indevidos ou promíscuos entre partes ou seus advogados e juízes, tanto os diretos como os indiretos – como por meio de parentes ou pessoas próximas; (ii.vi) a oferta ou distribuição de presentes ou benefícios diretos ou indiretos a membros do Poder Judiciário ou seus parentes por iniciativa de partes interessadas ou seus representantes ou prepostos formais ou informais; (ii.vii) a remuneração de juízes para atividades que podem comprometer ou afetar a sua imparcialidade ou criar vínculos inadequados com partes interessadas e (ii.viii) outras condutas que podem ser enquadradas na ideia de corrupção

institucional ou de situação capaz de comprometer a imparcialidade do juiz ou a paridade de armas.

É claro que todos os exemplos mencionados, além de não serem exaustivos e em muitos casos se interpenetrarem, merecem ser vistos com alta dose de cuidado e moderação, com especial atenção às peculiaridades dos casos concretos, a fim de não se tolher em excesso as práticas de advogados e juízes, o que definitivamente não é a nossa proposta.

Apenas entendemos ser imprescindível refletir sobre critérios consistentes para diferenciar os comportamentos de partes, advogados e juízes que são republicanos e condizentes com a competição pelo mérito e a paridade de armas entre as partes daqueles que devem ser considerados abusivos ou espúrios.

A nossa hipótese principal é a de que não faz sentido que, sendo o processo voltado para a realização do direito e da justiça, possa estar sujeito a práticas que subvertam a competição pelo melhor direito e o transformem em instrumento de manipulação e de estratégias escusas, dentre as quais estão a criação de favorecimentos ou privilégios indevidos para uma das partes.

Sem maior clareza sobre os contornos da litigância predatória, cria-se cenário que, além de favorecer os mais poderosos ou os mais desonestos, representa a total subversão do Estado de Direito, razão pela qual a reflexão ora proposta, por mais difícil que seja, precisa ser enfrentada com a seriedade e a urgência que ela merece.

Publicado em 01-03-2023

Link: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/litigancia-predatoria-01032023>