

Gustavo Osna: A “litigância virtuosa” e a tutela coletiva

18/11/2022

Entre os diferentes debates relacionados ao processo coletivo, tem se tornado particularmente comum a menção a uma eventual “*litigância predatória*” por parte de associações civis. A questão parece dialogar com o receio de uma utilização frívola da tutela coletiva, e vem assumindo contornos usuais. Nesse sentido, de maneira recente e explícita, o próprio Conselho Nacional de Justiça estabeleceu, por meio de sua Portaria 250/22, Grupo de Trabalho voltado especificamente a “*apresentar propostas para o enfrentamento da litigância predatória associativa*”.



Ainda que de maneira breve, os parágrafos a seguir procuram inverter

essa lógica. Consideramos que a guinada é indispensável, por dois motivos centrais: 1) em nossa visão, o potencial risco imputado às associações *não* é mais significativo e *não* possui maior base empírica do que os *benefícios* decorrentes de sua atuação. Assim, partindo do mesmo caminho empregado para sublinhar sua “*litigância predatória*”, é possível ressaltar sua “*litigância virtuosa*”; e, 2) além disso, o atual sistema brasileiro de processo coletivo já parece dispor de meios para lidar adequadamente com casos que configurem litigância frívola ou abusiva. Como consequência, se isso eventualmente não ocorre, o problema parece estar ligado à própria aplicação insuficiente desses mecanismos.

Iniciando pelo primeiro dos aspectos, consideramos, respeitosamente, que a crítica à atuação abusiva das associações, no palco do processo coletivo, não parece dispor de suficiente base concreta. E isso porque o argumento situado nessa trincheira, recorrentemente, encontra alicerce em um raciocínio casuístico e extremado: por se ter notícia de algumas medidas abusivas ou infundadas propostas por associações, toma-se essa realidade como regra; parte-se de alguns casos concretos para, por meio deles, sustentar-se a existência de uma baliza geral.

Em nossa visão, com vênia, essa espécie de premissa não se presta a uma real compreensão do modelo brasileiro de processo coletivo — e, muito menos, ao seu aprimoramento. Na realidade, exemplos providos de natureza extremada podem ser efetivamente identificados, mas nos dois lados do pêndulo. É sob esse ângulo que, ao mesmo tempo em que é possível colher no espaço forense casos que ilustrem uma “*litigância predatória associativa*”, é viável identificar disputas que atestem uma utilização “*virtuosa*” da tutela coletiva pelo Terceiro Setor.

De fato, sem sequer ingressar na seara consumerista (em que essa atuação proativa e seus efeitos são recorrentes), a realidade brasileira é rica em imagens que poderiam ser postas nesse prato oposto da balança. Ilustrando a questão, elementos como a veiculação de debate voltado à reestruturação das atividades do Inpi ou como a busca pela despoluição e pela tutela da integridade ecológica da Lagoa da Conceição foram recentemente conduzidos à apreciação jurisdicional graças ao impulso da sociedade civil organizada. Nessa composição, seria possível arguir: essa espécie de litigância *virtuosa* não excede as eventuais medidas *temerárias*, *frívolas* ou *predatórias*? O *valor público* agregado pela legitimidade ativa conferida às associações não corresponde a um elemento pertinente, a ser mantido no tabuleiro da tutela coletiva [1]?

Em relação à primeira das indagações, desconhece-se a existência de estudo que já tenha sido capaz de oferecer dados satisfatórios ligados ao tema. Mais que isso, a própria viabilidade dessa aferição soa, em ampla medida, questionável — dado o significativo, e aqui admitido, grau de subjetivismo inerente à oferta de algum dos rótulos a uma determinada

demanda.

De todo modo, e já emoldurando o segundo questionamento, o que consideramos desde já perceptível é que o sistema brasileiro de legitimidade associativa não parece, hoje, apresentar um funcionamento *geral* que destoe da própria fotografia geral de nosso processo. Como já defendido por Edilson Vitorelli, parece recomendado que, ao invés de se pensar em exemplos caricatos, busque-se uma compreensão geral atinente ao modelo [2]. Isso, sem prejuízo de ajustes constantes e necessários [3].

Não bastasse esse aspecto, também se sinalizou acima que, mesmo nas hipóteses em que a litigância associativa coletiva possa ser tida como *predatória*, a aplicação de vias processuais já existentes seria apta a desempenhar um importante papel de *controle* e de *dissuasão*. Isso, sem sequer esmiuçar o reconhecimento, já chancelado pelo Superior Tribunal de Justiça, da inaceitabilidade em nosso sistema do abuso ou do assédio processual [4]. Exemplos inadequados eventual e pontualmente existentes, então, podem vir sendo estimulados, antes de tudo, pela subutilização desses instrumentos [5].

Para compreender esse aspecto, perceba-se que uma primeira circunstância na qual se poderia pensar em um uso potencialmente *predatório* de ações coletivas, por associações civis, seria a propositura pulverizada (ainda que por diferentes entes) de medidas ligadas a um mesmo problema. Como exemplo, basta imaginar que, a partir de uma cobrança ou de uma prática adotada repetidamente em face de seus consumidores, determinada companhia passasse a ser demandada em diferentes ações civis públicas pautadas no mesmo suporte fático.

Ora, caso seja essa a situação, o próprio tratamento a ser conferido à litispendência no processo coletivo poderia dar conta do problema [6]. Não bastasse, mesmo quando inexistente real subsunção objetiva entre as medidas, haveria aqui um campo fértil para a densificação da cooperação jurisdicional e da concertação de atos — em fluxo promissor que vem sendo notado pelo próprio CNJ [7].

Por outro lado, o exemplo aparentemente mais usual de um potencial *abuso* praticado por associações parece dialogar com uma segunda realidade: a propositura de medidas coletivas que, individualmente consideradas, não apresentam maior fundamento ou maior seriedade; de ações com conteúdo *frívolo*, capazes de causar prejuízo e desequilíbrio à parte ré e de onerar indevidamente o sistema de justiça.

Tomando como premissa essa segunda hipótese, todavia, a percepção previamente trazida, ligada à suficiência do atual ordenamento brasileiro, parece igualmente correta. Afinal, o próprio microsistema de tutela coletiva prevê a possibilidade de punição do ente (e de seus diretores) na hipótese de atuação processual desprovida de boa-fé [8]. Do mesmo modo, o regime é fomentado pelo Código de Processo Civil de 2015, que estabelece a boa-fé como guia central de nosso processo — rechaçando, com isso, a conduta adotada sob lentes diversas [9].

Por fim, e em qualquer das pontas, há ainda outro elemento nem sempre debatido ao se questionar a temática do processo e do seu uso *abusivo*: o fato de, no apagar das luzes, a própria exigência de capacidade postulatória dever se prestar, entre outras funções, à garantia de um filtro ético na arena processual. A previsão constitucional de que o advogado é "*indispensável à administração da justiça*" deve irradiar sua essencialidade para uma boa utilização desse palco. Analisar eventuais abusos praticados na seara coletiva, assim, impõe uma reflexão quanto ao fato de esse papel de *gatekeeper* estar ou não sendo devidamente cumprido — justificando, em caso negativo, seu aprimoramento.

Enfim, em sede de conclusão, não se busca aqui questionar que há espaço para aprimoramento do processo coletivo brasileiro. Pelo contrário, esse flanco é evidenciado pelo exame de iniciativas como o PL nº 1.641/21, oriundo do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), que parece dar importantes passos para esse fim. O que se defende é que esse caminho não deve passar pelo ataque ao papel desempenhado nesse campo pelas associações, ou pela construção de barreiras que tornem sua atuação coletiva uma *tragédia dos anticomuns* [10]. Em nossa visão, agir nesse sentido corresponderia a, para solucionar gargalos pontualmente existentes, criar um problema ainda maior.

[1] Apreciando a questão, ver, por todos, MICELI, Thomas J. The social versus private incentive to sue. In. SANCHIRICO, Chris Willam (coord). *Procedural Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.

[2] A construção foi exposta em palestra proferida no âmbito do III Congresso Internacional de Coletivização e Unidade do Direito, realizado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) em homenagem a Sérgio Cruz



Arenhart, em abril de 2022.

[3] Nesse ponto, expondo algumas das propostas e dos desafios necessários ao aprimoramento da tutela coletiva, ver, ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. 4 ed. São Paulo: Ed. RT, 2022.

[4] REsp 1817845/MS, relator (a): ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, relator (a) p/ Acórdão: ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 10/10/2019.

[5] Percebendo esse tipo de impacto comportamental, ver por todos, na doutrina brasileira, WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2019. ABREU, Rafael Sirângelo de. *Incentivos Processuais*. São Paulo: Ed. RT, 2020. MAZZOLA, Marcelo. *Sanções Premiais no Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2022.

[6] Ver, sobre o tema e sobre os demais fatores ligados à relação entre demandas coletivas, ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. 4 ed. São Paulo: Ed. RT, 2022.

[7] Nesse sentido, veja-se que o Conselho Nacional de Justiça tem adotado inúmeras iniciativas ligadas ao ponto — como é cristalizado pela sua Resolução nº 350/2020 e por medidas posteriores vocacionadas à ampliação do seu alcance, como é o caso do Ato Normativo 0007726-20.2021.2.00.0000. Ainda, identificando a própria concertação como uma técnica de tutela coletiva, ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. 4 ed. São Paulo: Ed. RT, 2022.

[8] Preceitua a Lei de Ação Civil Pública que, "*em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos*" (artigo 17).

[9] A questão é explicitada pelo artigo 5º do Código de Processo Civil, segundo o qual "*aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé*". A respeito do aspecto, e das suas diferentes dimensões de aplicação, ver DIDIER JR., Fredie. Princípio da Boa-fé Processual no Direito Processual Civil Brasileiro e Seu Fundamento Constitucional. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. v.70, 2018.

[10] Ver, sobre o tema, BUCHANAN, James M. YOON, Yong J. Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons. *Journal of Law and Economics*. v.43, 2000.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-nov-18/gustavo-osna-litigancia-virtuosa-tutela-coletiva/>