

Bruno
Ponich
Ruzon

COMO ENFRENTAR LITIGANTES HABITUAIS NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

a perspectiva do consumidor

Bruno
Ponich
Ruzon

COMO ENFRENTAR LITIGANTES HABITUAIS NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

a perspectiva do consumidor

| São Paulo | 2026 |



DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

R987c

Ruzon, Bruno Ponich -

Como enfrentar litigantes habituais no Sistema de
Justiça Brasileiro: a perspectiva do consumidor / Bruno
Ponich Ruzon. – São Paulo: Pimenta Cultural, 2026.

Livro em PDF

ISBN 978-85-7221-710-1

DOI 10.31560/pimentacultural/978-85-7221-710-1

1. Processo Civil. 2. Litigante Habitual. 3. Defesa do
Consumidor. 4. Estratégia. 5. Teoria crítica. I. Ruzon, Bruno
Ponich. II. Título.

CDD: 347.81

Índice para catálogo sistemático:

I. Direito Processual Civil – Defesa do Consumidor

Júlia Marra Torres • Bibliotecária • CRB: SP-011583/0

Copyright © Pimenta Cultural, alguns direitos reservados.

Copyright do texto © 2026 o autor.

Copyright da edição © 2026 Pimenta Cultural.

Esta obra é licenciada por uma Licença Creative Commons:
Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional - (CC BY-NC-ND 4.0).
Os termos desta licença estão disponíveis em:
<<https://creativecommons.org/licenses/>>.
Direitos para esta edição cedidos à Pimenta Cultural.
O conteúdo publicado não representa a posição oficial da Pimenta Cultural.

Direção editorial	Patricia Biegging Raul Inácio Busarello
Editora executiva	Patricia Biegging
Gerente editorial	Landressa Rita Schiefelbein
Assistente editorial	Ana Flávia Pivisan Kobata Júlia Marra Torres
Diretor de criação	Raul Inácio Busarello
Assistente de arte	Naiara Von Groll
Editoração eletrônica	Stela Tiemi Hashimoto Kanada
Estágio em editoração	Emanuelle Vitória Miranda da Silva Rayssa Santos Arrais
Imagens da capa	supakritleela - Magnific.com
Tipografias	Acumin, Gobold Extra1, Elizeth
Revisão	O autor
Autor	Bruno Ponich Ruzon

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO

Doutores e Doutoradas

Adilson Cristiano Habowski <i>Universidade La Salle, Brasil</i>	Bernadette Beber <i>Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil</i>
Adriana Flávia Neu <i>Universidade Federal de Santa Maria, Brasil</i>	Bruna Carolina de Lima Siqueira dos Santos <i>Universidade do Vale do Itajaí, Brasil</i>
Adriana Regina Vettorazzi Schmitt <i>Instituto Federal de Santa Catarina, Brasil</i>	Bruno Rafael Silva Nogueira Barbosa <i>Universidade Federal da Paraíba, Brasil</i>
Aguimario Pimentel Silva <i>Instituto Federal de Alagoas, Brasil</i>	Caio Cesar Portella Santos <i>Instituto Municipal de Ensino Superior de São Manuel, Brasil</i>
Alaim Passos Bispo <i>Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil</i>	Carla Wanessa do Amaral Caffagni <i>Universidade de São Paulo, Brasil</i>
Alaim Souza Neto <i>Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil</i>	Carlos Adriano Martins <i>Universidade Cruzeiro do Sul, Brasil</i>
Alessandra Knoll <i>Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil</i>	Carlos Jordan Lapa Alves <i>Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Brasil</i>
Alessandra Regina Müller Germani <i>Universidade Federal de Santa Maria, Brasil</i>	Caroline Chioquetta Lorenset <i>Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil</i>
Aline Corso <i>Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil</i>	Cassia Cordeiro Furtado <i>Universidade Federal do Maranhão, Brasil</i>
Aline Wendpap Nunes de Siqueira <i>Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil</i>	Cássio Michel dos Santos Camargo <i>Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil</i>
Ana Rosangela Colares Lavand <i>Universidade Estadual do Norte do Paraná, Brasil</i>	Cecília Machado Henriques <i>Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil</i>
André Gobbo <i>Universidade Federal da Paraíba, Brasil</i>	Christiano Martino Otero Avila <i>Universidade Federal de Pelotas, Brasil</i>
André Tanus Cesário de Souza <i>Faculdade Anhanguera, Brasil</i>	Cláudia Samuel Kessler <i>Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil</i>
Andressa Antunes <i>Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil</i>	Cristiana Barcelos da Silva <i>Universidade do Estado de Minas Gerais, Brasil</i>
Andressa Wiebusch <i>Universidade Federal de Santa Maria, Brasil</i>	Cristiane Silva Fontes <i>Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil</i>
Andreza Regina Lopes da Silva <i>Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil</i>	Daniela Susana Segre Guertzenstein <i>Universidade de São Paulo, Brasil</i>
Angela Maria Farah <i>Universidade de São Paulo, Brasil</i>	Daniele Cristine Rodrigues <i>Universidade de São Paulo, Brasil</i>
Anísio Batista Pereira <i>Universidade do Estado do Amapá, Brasil</i>	Dayse Centurion da Silva <i>Universidade Anhanguera, Brasil</i>
Antonio Edson Alves da Silva <i>Universidade Estadual do Ceará, Brasil</i>	Dayse Sampaio Lopes Borges <i>Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Brasil</i>
Antonio Henrique Coutelo de Moraes <i>Universidade Federal de Rondonópolis, Brasil</i>	Deilson do Carmo Trindade <i>Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Amazonas, Brasil</i>
Arthur Vianna Ferreira <i>Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil</i>	Diego Pizarro <i>Instituto Federal de Brasília, Brasil</i>
Ary Albuquerque Cavalcanti Junior <i>Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil</i>	Dorama de Miranda Carvalho <i>Escola Superior de Propaganda e Marketing, Brasil</i>
Asterlindo Bandeira de Oliveira Júnior <i>Universidade Federal da Bahia, Brasil</i>	Edilson de Araújo dos Santos <i>Universidade de São Paulo, Brasil</i>
Bárbara Amaral da Silva <i>Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil</i>	Edson da Silva <i>Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri, Brasil</i>

Elena Maria Mallmann

Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Eleonora das Neves Simões

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Eliane Silva Souza

Universidade do Estado da Bahia, Brasil

Elvira Rodrigues de Santana

Universidade Federal da Bahia, Brasil

Estevão Schultz Campos

Centro Universitário Adventista de São Paulo, Brasil

Éverly Pegoraro

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Fábio Santos de Andrade

Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil

Fabrícia Lopes Pinheiro

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Fauston Negreiros

Universidade de Brasília, Brasil

Felipe Henrique Monteiro Oliveira

Universidade Federal da Bahia, Brasil

Fernando Vieira da Cruz

Universidade Estadual de Campinas, Brasil

Flávia Fernanda Santos Silva

Universidade Federal do Amazonas, Brasil

Gabriela Moysés Pereira

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Gabriella Eldereti Machado

Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Germano Ehlerth Pollnow

Universidade Federal de Pelotas, Brasil

Geuciane Felipe Guerim Fernandes

Universidade Federal do Pará, Brasil

Geymeesson Brito da Silva

Universidade Federal de Pernambuco, Brasil

Giovanna Ofretorio de Oliveira Martin Franchi

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Handherson Leylton Costa Damasceno

Universidade Federal da Bahia, Brasil

Hebert Elias Lobo Sosa

Universidad de Los Andes, Venezuela

Helciclever Barros da Silva Sales

Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, Brasil

Helena Azevedo Paulo de Almeida

Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil

Hendy Barbosa Santos

Faculdade de Artes do Paraná, Brasil

Humberto Costa

Universidade Federal do Paraná, Brasil

Igor Alexandre Barcelos Graciano Borges

Universidade de Brasília, Brasil

Inara Antunes Vieira Willerding

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Jaziel Vasconcelos Dorneles

Universidade de Coimbra, Portugal

Jean Carlos Gonçalves

Universidade Federal do Paraná, Brasil

Joao Adalberto Campato Junior

Universidade Brasil, Brasil

Jocimara Rodrigues de Sousa

Universidade de São Paulo, Brasil

Joelson Alves Onofre

Universidade Estadual de Santa Cruz, Brasil

Jónata Ferreira de Moura

Universidade São Francisco, Brasil

Jonathan Machado Domingues

Universidade Federal de São Paulo, Brasil

Jorge Eschriqui Vieira Pinto

Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Jorge Luís de Oliveira Pinto Filho

Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Juliana de Oliveira Vicentini

Universidade de São Paulo, Brasil

Juliano Milton Kruger

Instituto Federal do Amazonas, Brasil

Juliano Pizzano Ayoub

Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

Julierme Sebastião Moraes Souza

Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

Junior César Ferreira de Castro

Universidade de Brasília, Brasil

Katia Bruginski Mulik

Universidade de São Paulo, Brasil

Laionel Vieira da Silva

Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Lauro Sérgio Machado Pereira

Instituto Federal do Norte de Minas Gerais, Brasil

Leonardo Freire Marino

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Leonardo Pinheiro Mozdzenski

Universidade Federal de Pernambuco, Brasil

Letícia Cristina Alcântara Rodrigues

Faculdade de Artes do Paraná, Brasil

Lucila Romano Tragtenberg

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Lucimara Rett

Universidade Metodista de São Paulo, Brasil

Luiz Eduardo Neves dos Santos

Universidade Federal do Maranhão, Brasil

Maikel Pons Giralt

Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil

Manoel Augusto Polastrelli Barbosa

Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Marcelo Nicomedes dos Reis Silva Filho

Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Brasil

Márcia Alves da Silva

Universidade Federal de Pelotas, Brasil

Marcio Bernardino Sirino

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Marcos Pereira dos Santos

Universidad Internacional Iberoamericana del Mexico, México

Marcos Uzel Pereira da Silva

Universidade Federal da Bahia, Brasil

Marcus Fernando da Silva Praxedes

Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Brasil

Maria Aparecida da Silva Santandel

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Brasil

Maria Cristina Giorgi

Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca, Brasil

Maria Edith Maroca de Avelar

Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil

Marina Bezerra da Silva

Instituto Federal do Piauí, Brasil

Marines Rute de Oliveira

Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Brasil

Maurício José de Souza Neto

Universidade Federal da Bahia, Brasil

Michele Marcelo Silva Bortolai

Universidade de São Paulo, Brasil

Mônica Tavares Orsini

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Nara Oliveira Salles

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Neide Araujo Castilho Teno

Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Brasil

Neli Maria Mengalli

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Patricia Biegging

Universidade de São Paulo, Brasil

Patricia Flavia Mota

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Patrícia Helena dos Santos Carneiro

Universidade Federal de Rondônia, Brasil

Rainei Rodrigues Jadejiski

Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Raul Inácio Busarello

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Raymundo Carlos Machado Ferreira Filho

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Ricardo Luiz de Bittencourt

Universidade do Extremo Sul Catarinense, Brasil

Roberta Rodrigues Ponciano

Universidade Federal de Ubertândia, Brasil

Robson Teles Gomes

Universidade Católica de Pernambuco, Brasil

Rodiney Marcelo Braga dos Santos

Universidade Federal de Roraima, Brasil

Rodrigo Amancio de Assis

Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil

Rodrigo Sarruge Molina

Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Rogério Rauber

Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Rosane de Fatima Antunes Obregon

Universidade Federal do Maranhão, Brasil

Samuel André Pompeo

Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Sebastião Silva Soares

Universidade Federal do Tocantins, Brasil

Silmar José Spinardi Franchi

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Simone Alves de Carvalho

Universidade de São Paulo, Brasil

Simoni Urnau Bonfiglio

Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Stela Maris Vaucher Farias

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Tadeu João Ribeiro Baptista

Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Taiane Aparecida Ribeiro Nepomoceno

Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Brasil

Taíza da Silva Gama

Universidade de São Paulo, Brasil

Tania Micheline Miorando

Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Tarcísio Vanzin

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Tascieli Feltrin

Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Tatiana da Costa Jansen

Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial, Brasil

Tayson Ribeiro Teles

Universidade Federal do Acre, Brasil

Thiago Barbosa Soares

Universidade Federal do Tocantins, Brasil

Thiago Camargo Iwamoto

Universidade Estadual de Goiás, Brasil

Thiago Medeiros Barros

Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Tiago Mendes de Oliveira

Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Vanessa de Sales Marruche

Universidade Federal do Amazonas, Brasil

Vanessa Elisabete Raue Rodrigues

Universidade Estadual do Centro Oeste, Brasil

Vania Ribas Ulbricht

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Vinicius da Silva Freitas

Centro Universitário Vale do Cricaré, Brasil

Wellington Furtado Ramos
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Brasil

Wellton da Silva de Fatima
Instituto Federal de Alagoas, Brasil

Wenis Vargas de Carvalho
Universidade Federal da Grande Dourados, Brasil

Yan Masetto Nicolai
Universidade Federal de São Carlos, Brasil

PARECERISTAS E REVISORES(AS) POR PARES

Avaliadores e avaliadoras Ad-Hoc

Alcidinei Dias Alves
Logos University International, Estados Unidos

Alessandra Figueiró Thornton
Universidade Luterana do Brasil, Brasil

Alexandre João Appio
Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Artur Pires de Camargos Júnior
Universidade do Vale do Sapucaí, Brasil

Bianka de Abreu Severo
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Carlos Eduardo B. Alves
Universidade Federal do Agreste de Pernambuco, Brasil

Carlos Eduardo Damian Leite
Universidade de São Paulo, Brasil

Catarina Prestes de Carvalho
Instituto Federal Sul-Rio-Grandense, Brasil

Davi Fernandes Costa
Secretaria Municipal de Educação de São Paulo, Brasil

Denilson Marques dos Santos
Universidade do Estado do Pará, Brasil

Domingos Aparecido dos Reis
Must University, Estados Unidos

Edson Vieira da Silva de Camargos
Logos University International, Estados Unidos

Edwins de Moura Ramires
Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial, Brasil

Elislene Borges Leal
Universidade Federal do Piauí, Brasil

Elizabete de Paula Pacheco
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

Elton Simomukay
Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

Francisco Geová Goveia Silva Júnior
Universidade Potiguar, Brasil

Indiamaris Pereira
Universidade do Vale do Itajaí, Brasil

Jacqueline de Castro Rimá
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Jonas Lacchini
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil

Lucimar Romeu Fernandes
Instituto Politécnico de Bragança, Brasil

Marcos de Souza Machado
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Michele de Oliveira Sampaio
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Nívea Consuêlo Carvalho dos Santos
Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial, Brasil

Pedro Augusto Paula do Carmo
Universidade Paulista, Brasil

Rayner do Nascimento Souza
Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial, Brasil

Samara Castro da Silva
Universidade de Caxias do Sul, Brasil

Sidney Pereira Da Silva
Stockholm University, Suécia

Suêlen Rodrigues de Freitas Costa
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Thais Karina Souza do Nascimento
Instituto de Ciências das Artes, Brasil

Viviane Gil da Silva Oliveira
Universidade Federal do Amazonas, Brasil

Walmir Fernandes Pereira
Miami University of Science and Technology, Estados Unidos

Weyber Rodrigues de Souza
Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Brasil

William Roslindo Paranhos
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Parecer e revisão por pares

Os textos que compõem esta obra foram submetidos para avaliação do Conselho Editorial da Pimenta Cultural, bem como revisados por pares, sendo indicados para a publicação.



*Dedico este trabalho aos meus pais,
Jurandir Ruzon e Denise Ponich Ruzon*

SUMÁRIO

Agradecimentos.....14

Prefácio.....15

Entre a ficção da igualdade
e a materialidade do poder:
estratégia, conflito e processo civil

Introdução.....19

CAPÍTULO 1

Premissas epistemológicas
e problematização.....23

1.1 Premissas epistemológicas.....24

1.1.1 Independência científica
e pluralismo metodológico.....25

1.1.2 Historicidade.....30

1.1.3 Complexidade.....36

1.1.4 Teoria crítica.....46

1.2 Problematização:
a efetividade dos direitos
e a proteção do consumidor.....50

1.2.1 A efetividade dos direitos:
olhando para dentro e para fora do direito.....51

1.2.2 Um raro momento histórico:
a “Era dos Direitos”.....56

1.2.3 Democracia e efetivação de direitos: a arena institucional.....	61
1.2.4 As tensões do Sistema de Justiça na efetivação de direitos.....	67
1.2.5 A globalização e o capitalismo tardio: contendo a efetivação de direitos.....	73
1.2.6 A construção histórica da proteção do consumidor.....	79
1.2.7 A proteção do consumidor no Brasil.....	100
1.2.8 Obstáculos à proteção do consumidor no século XXI.....	111

CAPÍTULO 2

Estratégia e processo civil..... 129

2.1 A origem militar da estratégia e sua disseminação no século XX..... 130

2.1.1 A relação direta com a guerra.....	130
2.1.2 A relação com a matemática: a teoria dos jogos.....	138
2.1.3 A tensão com a filosofia: a retórica e a ética.....	143
2.1.4 A fraca relação com o mundo jurídico.....	148

2.2 Aspectos gerais da dimensão estratégica do processo..... 151

2.2.1 Uma questão central: o objetivo dos jogadores.....	151
2.2.2 A dinamicidade do jogo: as posições.....	158
2.2.3 Os movimentos.....	162

2.2.4 A informação.....	168
2.2.5 A reputação.....	179
2.2.6 Antecipação estratégica.....	183
2.2.7 As dificuldades da iniciativa e a força da defesa.....	185
2.2.8 Astúcia, guerrilha e desobediência civil.....	193
2.3 Enfrentando litigantes habituais.....	205
2.3.1 A tríade: normas, argumentos e movimentos.....	209
2.3.2 O modelo processual civil brasileiro.....	213
2.3.3 O litigante habitual e suas vantagens.....	221
2.3.4 Os consumidores e suas múltiplas limitações.....	233
2.3.5 Advogando para o lado mais fraco.....	242
2.3.6 Tensões entre advogado e consumidor: a relação de agência.....	250
2.3.7 Os julgadores e como lidar com eles.....	255

CAPÍTULO 3

Aspectos específicos da estratégia no litígio consumerista.....	271
3.1 Iniciando o processo.....	272
3.1.1 Competência.....	272
3.1.2 Litisconsórcio ativo e alianças.....	279

3.1.3 Litisconsórcio passivo.....	283
3.2 Peças importantes.....	286
3.2.1 A petição inicial.....	286
3.2.2 Impugnação à contestação.....	293
3.2.3 Embargos de declaração.....	298
3.3 Questões probatórias.....	306
3.3.1 A prova pré-constituída.....	306
3.3.2 Inversão do ônus da prova.....	310
3.3.3 A prova pericial.....	313
3.3.4 O subjogo da especificação de provas.....	316
3.4 Outras questões.....	320
3.4.1 Memoriais e sustentação oral.....	320
3.4.2 Tecnologia, inteligência artificial e mineração de dados.....	323
3.4.3 Particularização do caso e advocacia especializada.....	330
Conclusão.....	334
Referências bibliográficas.....	339
Sobre o autor.....	365
Sobre o prefaciador.....	366

AGRADECIMENTOS

Pesquisar, refletir e produzir leva tempo e os resultados alcançados têm um pouco das pessoas que estiveram ao nosso lado nesta caminhada. Agradeço, então, primeiramente, à minha esposa Andréia Ayumi, que tanto amo, linda companheira, brilhante advogada, revisora material e formal deste trabalho, sem a qual jamais teria sido produzido, e também à minha filha Rebeca, tão inteligente e cheia de energia, sempre disposta a ajudar, que com pequenos gestos me deu grande incentivo.

Agradeço ao meu orientador, Professor Eduardo Cambi, cuja postura acadêmica e profissional sempre me serviu de exemplo. Seus textos, aulas e palavras foram fundamentais para a compreensão do Direito e da necessidade de utilizá-lo para a emancipação das pessoas, na construção de uma sociedade mais justa.

Agradeço aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, especialmente os que mais atizaram minhas ideias, os professores Fernando de Brito Alves, Valter Foletto Santin, Jorge Sobral da Silva Maia e Ilton Garcia da Costa.

Ainda no rico ambiente da UENP, que é feito de discentes excepcionais, agradeço aos colegas Bruno Gofman, Herbert Correa Barros, Ana Luiza Godoy Pulcinelli e Luiz Henrique Pedrozo, por toda a ajuda concedida.

Este trabalho não existiria sem a minha vivência na advocacia. Então agradeço a Letícia de Souza Baddauy, Omar José Baddauy e Sidney Castanho Scholtão, que me ensinaram a advogar. Agradeço ainda ao meu sócio Christopher Romero Felizardo, com quem aprendo diariamente, e ao jovem Matheus Maciel Capobianco por todo seu auxílio.

PREFÁCIO

ENTRE A FICÇÃO DA IGUALDADE E A MATERIALIDADE DO PODER: ESTRATÉGIA, CONFLITO E PROCESSO CIVIL

*“A teoria torna-se força material
quando se apodera da realidade”
(Karl Marx).*

A presente obra resulta de Tese de Doutorado apresentada por Bruno Ponich Ruzon à **Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)**, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, e se inscreve no campo das pesquisas que se recusam a tratar o processo civil como técnica neutra ou como simples instrumento de aplicação da norma. Trata-se de trabalho que parte de uma inquietação teórica genuína e de uma experiência prática densamente refletida, assumindo, desde o início, uma postura crítica diante das assimetrias estruturais que atravessam o Sistema de Justiça brasileiro.

A qualidade e a relevância científica da tese foram reconhecidas por Banca Examinadora plural e altamente qualificada, composta por mim como orientador do trabalho; pela Professora Doutora Maria Célia Nogueira Pinto Bzuneck (PUCPR); pela Professora Doutora Ana Flávia Messa (Universidade Presbiteriana Mackenzie); pela Professora Doutora Ana Elizabeth Wanderley Cavalcanti (Universidade Presbiteriana Mackenzie); e pelo Professor Doutor Jaime Domingues Brito (UENP). A composição da banca reflete, de modo coerente, o pluralismo metodológico e teórico que estrutura a própria pesquisa.

O eixo central do trabalho é construído a partir de uma pergunta incômoda, que rompe com o conforto do discurso dogmático: como enfrentar, no processo civil brasileiro, os litigantes habituais que

transformam o processo em instrumento reiterado de poder, especialmente em prejuízo do consumidor? Essa indagação revela, desde logo, uma tomada de posição: o processo não é concebido como arena equidistante, mas como campo de disputas, no qual se reproduzem desigualdades econômicas, informacionais, organizacionais e simbólicas.

No primeiro capítulo, o autor estabelece com rigor as premissas epistemológicas da pesquisa, rejeitando explicitamente o monismo metodológico e o positivismo normativista que ainda dominam grande parte da ciência processual. A adoção da historicidade impede a naturalização dos institutos processuais, revelando-os como construções contingentes, vinculadas a determinadas relações sociais. A incorporação da complexidade rompe com o reducionismo normativo e permite compreender o processo como fenômeno multifacetado, atravessado por fatores econômicos, políticos, culturais e institucionais. Já a teoria crítica confere ao trabalho um horizonte emancipatório explícito, deslocando a análise do “como o processo funciona” para o “a quem o processo serve”.

Nesse mesmo capítulo, a tese desenvolve uma problematização profunda sobre a efetividade dos direitos e sobre a proteção do consumidor, demonstrando que a vulnerabilidade não é exceção, mas regra estrutural do mercado e do processo. Ao historicizar a formação do direito do consumidor e situá-lo no contexto do capitalismo tardio e da globalização, o autor evidencia que a desigualdade material tende a ser reproduzida no plano processual, transformando-se em vantagem estratégica para os grandes litigantes.

O segundo capítulo constitui o núcleo teórico mais inovador da tese. Nele, o autor introduz e desenvolve de modo sistemático a dimensão estratégica do processo civil, resgatando a noção de estratégia em sua origem histórica — especialmente no campo militar — e articulando-a com a teoria dos jogos, a retórica e a ética. A estratégia é definida não como mero planejamento, mas como ação orientada em contexto de conflito, na qual elementos como objetivo, posição, movimento, informação, reputação e antecipação assumem centralidade.

Ao transpor essa categoria para o processo civil, a tese revela aquilo que o discurso tradicional insiste em ocultar: o processo é um jogo estruturalmente assimétrico. Litigantes habituais acumulam capital econômico, capital organizacional, expertise técnica e conhecimento institucional, enquanto consumidores e litigantes eventuais enfrentam limitações severas. A igualdade formal das partes, longe de promover justiça, opera como ficção legitimadora da desigualdade, pois desconsidera as condições materiais reais de atuação em juízo.

O terceiro capítulo realiza a concretização empírica e dogmática dessa construção teórica. O autor analisa, sob a lente estratégica, institutos centrais do processo civil — como petição inicial, competência, litisconsórcio, prova, inversão do ônus probatório, memoriais e sustentação oral — demonstrando como cada escolha processual pode funcionar como movimento estratégico capaz de reforçar ou mitigar assimetrias. O processo deixa de ser visto como sequência neutra de atos e passa a ser compreendido como dinâmica de disputa, na qual decisões aparentemente técnicas produzem impactos distributivos relevantes.

Especial densidade crítica é conferida à análise das novas tecnologias, da inteligência artificial e da mineração de dados, apropriadas de forma assimétrica pelos litigantes habituais. O livro alerta que, sob o discurso da eficiência e da neutralidade algorítmica, pode-se aprofundar a desigualdade processual, caso tais instrumentos não sejam submetidos a controle crítico e a uma leitura comprometida com a vulnerabilidade do consumidor.

Na conclusão, o autor sustenta, com clareza e radicalidade teórica, que a ciência processual precisa ampliar o seu objeto. Permanecer restrita à norma e à forma significa continuar a reproduzir o processo como tecnologia de poder. Reconhecer a dimensão estratégica, ao contrário, permite desvelar as relações de força que estruturam o litígio e abrir espaço para práticas judiciais, advocatícias e institucionais mais conscientes de seus efeitos sociais.

A Tese de Doutorado — agora, transformada em livro — revela maturidade intelectual, independência crítica e densidade teórica incomuns, articulando filosofia, teoria do direito, processo civil e realidade social sem concessões ao simplismo. Bruno Ponich Ruzon não oferece soluções fáceis, mas instrumentos analíticos poderosos para pensar o processo civil à altura dos conflitos do nosso tempo.

Retomando o pensamento que inaugura este prefácio, percebe-se que a obra confirma, em cada capítulo, que a teoria jurídica só se converte em força material quando se apodera da realidade concreta das disputas sociais. Este livro convida a leitora e o leitor a abandonar a confortável ilusão da neutralidade processual e a reconhecer o processo civil como campo de poder, de conflito e de possibilidade — sempre tensa — de transformação social. Trata-se de leitura exigente, incômoda e necessária, sobretudo para quem compreende que o direito não pode continuar a servir, silenciosamente, à reprodução das desigualdades que afirma combater.

Superar vulnerabilidades não é mero detalhe técnico. É condição mínima para a promoção da justiça. Enquanto desigualdades estruturais forem tratadas como dado natural do processo, o direito seguirá protegendo quem já concentra poder. Enfrentar o litigante habitual exige ir além do procedimento: exige confrontar as estruturas do capitalismo que acumulam riqueza, diluem responsabilidades e projetam suas vantagens no Sistema de Justiça. Não há neutralidade possível diante da miséria jurídica produzida pela igualdade apenas formal. Repensar o processo civil é ressignificar o próprio Direito — não como técnica de contenção social, mas como instrumento ativo de redistribuição, resistência e transformação. Só assim a teoria deixa de ser ornamento acadêmico e se converte em força material capaz de intervir na realidade social.

Boa leitura!

Eduardo Cambi
Curitiba, outono de 2026.

INTRODUÇÃO

Em pleno século XXI vários desafios se apresentam à humanidade como um todo e ao Brasil em especial. Um deles é a proteção dos consumidores. Nunca o *homo sapiens* foi tão dependente do mercado e este mercado nunca esteve tão concentrado e poderoso.

O reconhecimento das desigualdades e a constatação da opressão, de diferentes tipos, mas em todos os lugares, provocam muitas reflexões. Conceber esta realidade como historicamente construída liberta para uma teoria crítica, comprometida com a transformação social. A ciência cumpre sua função ao criar conhecimento, não qualquer conhecimento, mas um que leve à emancipação dos seres humanos.

A proteção dos consumidores relaciona-se com um problema maior, moldado a partir do século XX, ainda hoje extremamente sensível: a efetivação de direitos. Trata-se de problema nuclear na linha de pesquisa "Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça", do programa de pós-graduação *stricto sensu* de Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, e é o grande norte de todo este estudo.

A tese ora apresentada é o resultado de uma pesquisa formalmente iniciada em 2023, mas reúne achados acadêmicos anteriores, que remontam à vida acadêmica do pesquisador e a toda sua vivência profissional em quase 20 anos de advocacia na área consumerista.

Ela se inicia com uma singela pergunta, com força suficiente para provocar significativas reflexões: Como enfrentar litigantes habituais no Sistema de Justiça brasileiro? Este é o problema inicial.

A ciência parte de um problema que incomoda realmente o pesquisador. A pergunta em si já carrega uma infinidade de pressuposições. Parte de premissas várias, como a existência de litigantes habituais, de um Sistema de Justiça, de um necessário enfrentamento, e de múltiplas formas de o fazer. Mas o mais importante: a possibilidade de teorizar a respeito.

Na ciência jurídica, a partir da preponderância do pensamento positivista-normativista do século XIX, o estudo concentrou-se no universo normativo apenas. Isto empobreceu bastante a produção científica no direito, aprisionando-a em uma cela formalista, na qual ficou girando em círculos. Ainda hoje este jeito de fazer ciência é encontrado nas universidades e impregna a produção acadêmica. Não se ignoram todas as contribuições do pensamento positivista para a construção da ciência jurídica contemporânea, mas é preciso ir além. Admitir outros tipos de problemas para abarcar mais fenômenos deste mundo do direito, enriquecendo a ciência jurídica significativamente.

Por muito tempo, e ainda hoje, a dimensão estratégica foi invisibilizada pela ciência jurídica do processo civil. Embora questões estratégicas sejam desenvolvidas em várias outras ciências sociais, como a ciência política, a economia e a administração, no direito tem-se um grande deserto. O senso comum teórico ensina que certos conhecimentos devem ser aprendidos apenas na "prática", com a vivência no fórum, a partir da própria experiência.

A falta de desenvolvimento teórico no campo da estratégia favorece a manutenção do *status quo*. Os grandes escritórios, que servem os litigantes habituais, têm uma cultura institucional que supre esta deficiência do ensino formal das faculdades de Direito. E isto lhes aumenta a vantagem.

Assim, longe de rivalizar com a ciência processual tradicional, busca-se complementá-la, para que se abarque também problemas relacionados à performance no processo, dentro de um raciocínio e um olhar estratégico.

Então, o objetivo geral desta tese é a produção de conhecimento teórico sobre questões estratégicas nos litígios consumeristas, na realidade brasileira, com o fim de empoderamento do consumidor. Enquanto objetivos específicos, tem-se o estudo desta realidade macro de efetivação de direitos no Brasil contemporâneo, o estudo de aspectos gerais da estratégia dentro do processo civil, e o estudo de aspectos específicos da estratégia relacionados aos litígios consumeristas.

A pesquisa se justifica por sua originalidade. Embora existam estudos versando sobre estratégia no direito, eles são poucos e nenhum deles concentra-se na peculiaridade do direito do consumidor. Ousa-se afirmar que este estudo é inédito.

Sua relevância pode ser mensurada pela grande quantidade de processos versando sobre conflitos consumeristas. Não são dezenas ou centenas, mas milhares. E estão espalhados por todo o território nacional. Trata-se, portanto, de um fenômeno constante e significativo na Justiça brasileira, o que evidencia a importância da pesquisa proposta.

Além disso, a tese tem uma utilidade acadêmica, contribuindo para alargar o conhecimento da ciência jurídica, mas também uma utilidade prática, já que sua aplicação por advogados e defensores públicos pode desencadear interessantíssimos reflexos sociais. Seu conhecimento pelos magistrados talvez contribua para uma tomada de consciência.

As principais fontes de pesquisa foram os livros e os textos científicos já produzidos, o que não significa a adoção de um método de revisão bibliográfica. Não se condensou ou realizou uma releitura sobre o conhecimento teórico produzido. Pretendeu-se criar algo novo. A teoria desenvolve-se a partir dos achados de várias ciências, não só da jurídica, inclusive de achados de natureza empírica. Logo, embora o pesquisador não tenha utilizado técnicas empíricas, como a pesquisa de campo ou entrevistas, valeu-se do estado da arte

existente, privilegiando os estudos que traziam importantes contribuições sobre a realidade tal como ela se apresenta. Ou seja, o trabalho alinha-se a uma matriz sociológica do direito, mais preocupada com o ser e não com o dever-ser.

Em virtude da adoção do conceito de complexidade, afasta-se o monismo metodológico, assumindo a pluralidade como imprescindível à produção de ciência. Também se assume com seriedade a interdisciplinaridade, com a utilização de material abrangente, que vai da lógica à literatura militar.

A tese está dividida em três capítulos. No primeiro dedica-se a algumas questões de ordem epistemológica e à problematização que serve de propulsão ao trabalho, atrelada à efetivação de direitos e à proteção do consumidor. No segundo capítulo adentra-se no campo da estratégia, apresentando alguns elementos que lhe são clássicos com a devida integração com o processo civil, destacando as particularidades da realidade brasileira. No último capítulo desenvolvem-se questões específicas relacionadas aos litígios consumeristas, sempre com atenção à dimensão estratégica do processo.

Tem-se consciência dos riscos e limitações deste tipo de pesquisa, que procura expandir o conhecimento para além das fronteiras já seguras existentes, mas em pleno século XXI, é preciso ousar, usando a criatividade e a imaginação para fazer ciência séria e bem fundamentada.



1

PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS E PROBLEMATIZAÇÃO

A construção científica no campo jurídico depende da definição das premissas epistemológicas que a sustentam, sobretudo pela ausência de uma forte unidade paradigmática na ciência do direito¹. A linguagem, o método e o raciocínio modificam-se conforme uma ou outra linha de pensamento. Aliás, é comum o discurso científico no direito versar sobre diferentes correntes ou doutrinas, até mesmo antagônicas, o que demonstra a relevância das escolhas epistemológicas do pesquisador nesta área.

A ciência desenvolve-se para solucionar problemas, dentro de um caráter aplicado e viés utilitarista que lhe são próprios, o que ganha especial relevo nas ciências sociais aplicadas, nas quais se encaixa o saber jurídico. Logo, além das premissas epistemológicas, também a problematização pode levar a diferentes resultados.

Este primeiro capítulo é dedicado à definição das premissas epistemológicas e à problematização.

1.1 PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS

Aqui os principais conceitos e teorias que alicerçam esta pesquisa são apresentados com menção a autores e obras e à justificativa de sua escolha. A indicação desta base teórica supre a necessidade da ciência contemporânea de revelação clara dos referenciais teóricos.

1 "Permanece em aberto a questão a respeito de que áreas da ciência social já adquiriram tais paradigmas. A história sugere que a estrada para um consenso estável na pesquisa é extraordinariamente árdua" (KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 35).

1.1.1 INDEPENDÊNCIA CIENTÍFICA E PLURALISMO METODOLÓGICO

Em pleno século XXI os referenciais devem ser plurais. Não se assume, portanto, qualquer tipo de compromisso cego com algum autor específico e muito menos com algum conjunto exclusivo e fechado de ideias. Acredita-se que apenas o pluralismo pode assegurar a qualidade da produção científica. Desde Sócrates aprende-se que o segredo da sabedoria está nos diálogos, em ouvir o outro, sobretudo os que pensam diferente de nós.

Fazer ciência hoje vai além do método e impõe uma dimensão ética a ser observada pelo pesquisador. Antes de tudo deve haver honestidade e transparência na produção científica. Aliás, os aspectos éticos ganharam especial relevância no século XXI em virtude do avanço do mercado em diferentes segmentos, inclusive nas ciências humanas².

Esta pesquisa foi desenvolvida na Universidade Estadual do Norte do Paraná, uma entidade pública e autônoma, por um pesquisador sem qualquer compromisso com o mercado, sob a orientação de um professor independente. O resultado da pesquisa é incapaz de gerar qualquer proveito econômico direto ou indireto ao pesquisador, ao seu orientador ou a qualquer outra pessoa que tenha participado ou influenciado sua produção.

Tomou-se o cuidado de referenciar as obras e autores utilizados, evitando-se a apropriação de qualquer pensamento, ideia ou conceito. Inclusive se optou pela transcrição direta em várias passagens para melhor compreensão da fonte utilizada. Entende-se

2 Segundo Ladislau Dowbor: "Além dos *think tanks* e do controle da mídia, o controle das próprias visões acadêmicas avançou radicalmente nas últimas décadas, por meio dos financiamentos corporativos diretos e, em particular, pelo controle das publicações científicas" (**A era do capital improdutivo**: Por que oito famílias têm mais riqueza do que a metade da população do mundo? São Paulo: Autonomia Literária, 2017, p. 122).

que a ciência é um trabalho coletivo e embora haja algo original e inédito nesta tese, o que inclusive justifica sua existência, não haveria como alcançar os seus resultados sem a história que a antecedeu.

Diante dos avanços da inteligência artificial, cabe esclarecer que ela foi limitadamente utilizada, servindo no auxílio de pesquisa e na revisão do texto. Foi utilizado o ChatGPT 4.0 para buscar obras e artigos além dos horizontes próximos, sobretudo no acervo internacional, e para escrutinar inconsistências materiais e formais no texto, sempre buscando uma redação mais clara, objetiva e coerente, que fosse compreensível ao estudante e não enfadonha ao especialista.

A ciência moderna é extremamente seletiva³. A escolha do paradigma, dos problemas, das hipóteses e dos métodos é característico tanto das ciências da natureza quanto das ciências humanas. O método⁴ é um ponto particularmente sensível. Descartes defendeu a existência de um único caminho para alcançar a verdade científica, "o" método⁵. Esta concepção unitária comporta sérias discussões nas ciências humanas em geral e em especial na ciência jurídica.

Na epistemologia europeia dos séculos XIX e XX houve um importante debate entre o monismo e o dualismo científico. Seria possível um único método para as ciências da natureza e as ciências humanas? De um lado, Augusto Comte (1798-1857)

3 "Ao concentrar a atenção numa faixa de problemas relativamente esotéricos, o paradigma força os cientistas a investigar alguma parcela da natureza com uma profundidade e de uma maneira tão detalhada que de outro modo seria inimaginável" (KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 45).

4 "O método é o conjunto das atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo — conhecimentos válidos e verdadeiros —, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista" (LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**, São Paulo: Atlas, 2011, p. 46).

5 "Descartes was one of many 17th century thinkers to be obsessed with the idea of a method, that is, with a procedure for arranging inquiry so as to attain knowledge" (ARIEW, Roger *et al.* **Historical Dictionary of Descartes and Cartesian Philosophy**. Maryland: Rowman & Littlefield, 2015, p. 232) — Em tradução livre: "Descartes foi um dos muitos pensadores do século XVII obcecados com a ideia de um método, isto é, com um procedimento para organizar a investigação de modo a alcançar o conhecimento".

defendendo o método “positivo”, com seu “Curso de Filosofia Positiva” (1842), do outro, Wilhelm Dilthey (1833-1911), com sua “Introdução às Ciências do Espírito” (1883), defendendo que as ciências da natureza explicam o mundo enquanto as ciências do espírito voltam-se à sua compreensão.

Contemporaneamente uma forma de superar esta dicotomia é a defesa do pluralismo metodológico, admitido por diferentes epistemólogos, como Gaston Bachelard⁶ e Paul Feyerabend⁷. Ou seja, não deve haver uma disputa entre métodos, como se um apenas devesse prevalecer, mas sim o reconhecimento da fragilidade e limitações de cada um deles.

Atualmente o catálogo de métodos é extenso: indutivo, dedutivo, hipotético-dedutivo, dialético, histórico, sistêmico, tipológico, funcionalista, estruturalista etc.⁸. Cada um deles tem suas características, funções e inconsistências.

Historicamente, a partir do século XIX há um predomínio do método dedutivo no direito em virtude da hegemonia do pensamento positivista-normativista. Adota-se uma noção fechada e completa do sistema jurídico, dentro de um raciocínio do “dever-ser”, pouco preocupado com o mundo da vida⁹. O objeto de estudo encontra-se restrito à realidade normativa.

6 V.g. **A epistemologia**. Lisboa: Edições 70, 2006; **Ensaio sobre o conhecimento aproximado**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2004; **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996; **A filosofia do não**. Lisboa: Editora Presença, 1991.

7 FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1977.

8 LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**, São Paulo: Atlas, 2011, p. 53-97.

9 “Determinado o Direito como norma (ou, mais exatamente, como um sistema de normas, como uma ordem normativa) e limitando a ciência jurídica ao conhecimento e descrição de normas jurídicas e às relações, por esta constituídas, entre fatos que as mesmas normas determinam, delimita-se o Direito em face da natureza e a ciência jurídica, como ciência normativa, em face de todas as outras ciências que visam o conhecimento, informado pela lei da causalidade, de processos reais” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 84).

Com o avançar do século XX, diante das críticas ao positivismo-normativista, alguns trabalhos passaram a referir um método hipotético-dedutivo, com base popperiana. No entanto, eles comumente se limitam à dimensão dedutiva e não realizam a conferência empírica pugnada por Karl Popper¹⁰. Atualmente a produção científica no direito ainda tem muitas obras valendo-se unicamente do método dedutivo, versando apenas sobre normas jurídicas, sobretudo no específico campo da ciência processual.

Ocorre que como o direito é um objeto cultural multifacetado, buscar sua compreensão através de um único método impede um resultado mais completo e adequado, ou seja, compromete um resultado minimamente científico. Compreende-se que o pluralismo metodológico é fundamental para o desenvolvimento do conhecimento jurídico.

A ciência contemporânea do direito precisa superar o monismo metodológico, enriquecendo sua produção com diferentes métodos, o que não significa abandonar o tradicional método dedutivo, mas tomá-lo em conjunto com outros, superando a discussão simplista entre "dever-ser" e "ser". A conjugação de uma visão normativista e outra realista, inclusive evidenciando as constantes contradições entre estes mundos do "dever-ser" e do "ser", é algo imprescindível atualmente.

Além deste pluralismo metodológico, outro meio de assegurar maior rigor à ciência jurídica é a ampliação de seu objeto de estudo, indo além do horizonte normativo. Ela caminha dentro de um novo pensamento que pode, de forma bem geral e abrangente, ser denominado de pós-positivista.

Uma importante inclusão a ser feita no objeto de estudo é a própria ciência do direito. Ou seja, uma construção reflexiva, na qual o objeto de estudo não se resume às normas e inclui a ciência em si. Conforme coloca Pierre Bourdieu:

10

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Editora Cultrix, 1974.

Uma ciência rigorosa do direito distingue-se daquilo a que se chama geralmente 'a ciência jurídica' pela razão de tomar esta última como objecto. Ao fazê-lo, ela evita, desde logo, a alternativa que domina o debate científico a respeito do direito, a do formalismo, que afirma a autonomia absoluta da forma jurídica em relação ao mundo social, e do instrumentalismo, que concebe o direito como um reflexo ou um utensílio ao serviço dos dominantes.¹¹

Comungar a visão normativa com a realista é muito importante. Na epistemologia é clássico o debate entre empirismo e racionalismo. Hoje se compreende que a ciência depende dos dois. Contemporaneamente Gaston Bachelard utiliza o conceito de racionalismo aplicado¹², que supera o racionalismo cartesiano, colocando a razão em junção com a experiência¹³. Ou seja, o conhecimento é formado a partir da razão, do pensamento, de uma construção teórica examinada no mundo fático¹⁴. Não há conhecimento científico sem esta dualidade, razão e experiência.

Esta noção bachelardiana, o racionalismo aplicado, unindo razão e experiência, é totalmente compatível com o desenvolvimento

11 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 209.

12 Para Boaventura de Sousa Santos o pensamento de Bachelard integra o movimento de desdogmatização da ciência no Século XX: "[...] a reflexão desdogmatizante inclui ainda nomes de historiadores e filósofos, quase todos com formação científica, entre os quais saliento Koyré, Bachelard, Kuhn e Feyerabend" (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1989, p. 32, p. 25).

13 "Em suma, a ciência instrui a razão. A razão tem de obedecer à ciência, à ciência mais evoluída, à ciência que está em evolução. A razão não tem o direito de sobrestimar uma experiência imediata; deve, pelo contrário, harmonizar-se com a experiência mais ricamente estruturada. O imediato deve, em todas as circunstâncias, ceder o passo ao construído" (BACHELARD, Gaston. **A epistemologia**. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 125).

14 "É pelas aplicações que o racionalismo conquista os seus valores objectivos. Consequentemente, para julgar o pensamento científico, não se trata já de nos apoiarmos num racionalismo formal, abstracto, universal. É necessário alcançar um racionalismo concreto, solidário de experiências sempre particulares e precisas. É igualmente necessário que este racionalismo seja suficientemente aberto para receber da experiência determinações novas" (BACHELARD, Gaston. **A epistemologia**. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 121).

do conhecimento jurídico. É, inclusive, uma boa alternativa para o embate entre os normativistas e as teorias sociológicas do Direito.

Enfim, a pesquisa adota um pluralismo metodológico, concebendo o objeto de estudo amplamente, para além das normas jurídicas, em uma concepção pós-positivista, valendo-se do racionalismo aplicado bachelardiano, tentando conciliar as visões normativas e sociológicas do direito, evitando-se um recorte meramente formal.

1.1.2 HISTORICIDADE

Um primeiro referencial teórico fundamental para o desenvolvimento da pesquisa foi a noção de historicidade, que está longe de ser seriamente aplicada na ciência jurídica hegemônica.

Contemporaneamente o direito é estudado a partir de um recorte presente, considerando os conteúdos atuais. O passado tem pouca relevância. As categorias, os institutos, os princípios, as regras, são preferencialmente estudados de forma abstrata e atemporal, sobretudo na ciência processual. O ingresso em diferentes carreiras jurídicas (v.g. advocacia, magistratura, defensoria, promotoria) não exige um rigoroso conhecimento histórico, com exceção da carreira de professor.

O conceito de historicidade está em diferentes obras e não é exclusividade de uma específica corrente de pensamento. Está em um filósofo pré-socrático como Heráclito¹⁵ (535 a.C - 475 a.C) e também na filosofia do século XX como em Theodor Adorno¹⁶ (1903-1969). Está na epistemologia de Gaston Bachelard¹⁷ (1884-1962) mas

15 COSTA, Alexandre. **Heráclito**: fragmentos contextualizados. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.

16 ADORNO, Theodor W. **Introdução à dialética**. São Paulo: Editora Unesp, 2022.

17 BACHELARD, Gaston. **A epistemologia**. Lisboa: Edições 70, 2006.

também em Thomas Kuhn¹⁸ (1922-1996). Inclusive para algumas teorias a historicidade é algo central, imprescindível, como no pensamento de Friedrich Hegel¹⁹ (1770-1831) e Karl Marx²⁰ (1818-1883).

No entanto, não se trata de algo unânime no pensamento ocidental, nem na ciência, nem na filosofia. De fato, a historicidade é um elemento presente no pensamento de autores de tradição dialética, mas combatida por pensadores analíticos. Inclusive a ciência jurídica positivista-normativista, que segue exatamente uma linha analítica, tem-lhe muita resistência.

A ciência moderna desenvolveu-se a partir da abstração da dimensão histórica, com leis universais e atemporais para explicar a realidade independentemente do contexto histórico. O exemplo mais emblemático disso é o pensamento de René Descartes²¹ (1596-1650). O conhecimento por excelência estaria na matemática e na lógica, aplicáveis em todo tempo e espaço²². Não importa o momento no qual o problema lógico ou matemático esteja sendo proposto, a resposta deve ser a mesma.

Esta racionalidade cartesiana aproxima-se da tradição de Platão (428/427 a.C - 348/347 a.C) e Aristóteles (384 a.C - 322 a.C), que também pensavam a partir da existência de elementos universais, atemporais, seja a ideia, seja a essência. Uma verdade hoje deve permanecer amanhã. Aliás, esta racionalidade imutável também

18 KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2007.

19 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Petrópolis: Vozes, 2014.

20 MARX, Karl, e ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2023.

21 DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Martins Fontes, 1996; DESCARTES, René. **Meditações metafísicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

22 Para René Descartes: "Pois, esteja eu acordado ou dormindo, dois e três juntos sempre formarão o número cinco e o quadrado nunca terá mais de quatro lados; e não me parece possível que verdades tão aparentes possam ser suspeitas de alguma falsidade ou incerteza" (DESCARTES, René. **Meditações metafísicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 35).

é compatível com a teologia cristã do medievo²³, que antecede a modernidade. Enfim, o conhecimento científico só poderia ser produzido abstraindo-se a dimensão histórica²⁴.

Esta a-historicidade está na origem da ciência moderna e avança nas ciências humanas nos séculos XIX e XX. Ainda hoje economistas operam com suas “leis universais”, com sua matemática pura, diminuindo ou mesmo negando a relevância do contexto histórico.

Como historicidade entende-se o atributo de que as coisas, sejam objetos concretos ou ideias, só podem ser compreendidas dentro de um contexto histórico. O conhecimento científico depende, portanto, da análise do objeto dentro do tempo, segundo uma realidade sempre dinâmica. Nas palavras de Theodor Adorno:

Este pensamento da mobilidade histórica fundamental conduz à ideia de que as essencialidades singulares devam realmente ser compreendidas não como rígidas, mas antes, segundo sua composição objetiva, sua determinidade objetiva, como se alterando na história.²⁵

Por exemplo, a compreensão do conceito de consumidor depende da contextualização histórica, da pergunta do “quando”, pois uma eventual “essência” de consumidor é mediada historicamente, não podendo ser considerada permanente em todo e qualquer tempo e em todo e qualquer lugar. Segundo Leandro Konder (1936-2014): “Para dar conta do movimento infinitamente rico pelo qual a realidade está sempre assumindo formas novas, os conceitos

23 Aqui se refere a São Tomás de Aquino (1225-1274), conforme MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de Filosofia - Lições Preliminares**. São Paulo: Mestre Jou, 1980, p. 128.

24 “Tendo em vista a situação metodológica referida, considero útil e frutífero encarar as leis naturais como enunciados sintéticos e estritamente universais (‘enunciados-todos’). Isso equivale a encará-los como enunciados não verificáveis, que podem ser apresentados sob a forma seguinte: ‘de todos os pontos do espaço e do tempo (ou em todas as regiões do espaço e do tempo) é verdadeiro que ...’ (POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1974, p. 66).

25 ADORNO, Theodor W. **Introdução à dialética**. São Paulo: Editora Unesp, 2022, p. 84.

com os quais o nosso conhecimento trabalha precisam aprender a ser 'fluídos'”²⁶.

Há, portanto, uma tensão na produção do conhecimento científico, sobretudo nas ciências humanas, conforme se leve ou não o elemento histórico em consideração e em que grau. Para Theodor Adorno, reconhecer a historicidade leva à:

[...] luta contra a coisificação do mundo, contra a convencionalização do mundo, em virtude da qual o que foi congelado, o enrijecido, o surgido historicamente, aparece como se fosse algo existente em si mesmo [*ein Ansichseiendes*] e que seria válido para nós por todos os tempos.²⁷

Admitir a historicidade não significa abandonar a noção de conceito, mas respeitar o seu estado fluidificado, de constante mutação. Também não significa abandonar a noção de verdade, mas reconhecer sua limitação²⁸. Também não significa admitir uma teleologia histórica. Refuta-se qualquer tipo de determinismo histórico ou a atribuição de um “sentido” à história. Afasta-se, portanto, a “naturalização” da história, como se tudo fosse resultado de um fenômeno determinístico, sem qualquer tipo de ingerência ou modificação humana. A história poderia ter sido diferente e, de fato, o futuro também pode tomar diferentes formas, havendo um espaço de liberdade para a ação.

Onde se encaixa a ciência jurídica nesta problemática da historicidade? Afinal, contemporaneamente prevalece o entendimento

26 KONDER, Leandro. **O que é dialética**. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 51.

27 ADORNO, Theodor W. **Introdução à dialética**. São Paulo: Editora Unesp, 2022, p. 87.

28 “A representação habitual da verdade é a de que ela estaria sempre naquilo que existe de maneira atemporal [das zeitlos Seiende], absolutamente idêntica a si. Essa verdade encontra-se, contudo, conforme o próprio ponto de vista tradicional, no tempo, ou seja, ela tem um índice temporal, é afetada de algum modo pelo tempo; e, precisamente em virtude do tempo, nós nunca nos encontramos na situação de alcançar a verdade plena e absoluta” (ADORNO, Theodor W. **Introdução à dialética**. São Paulo: Editora Unesp, 2022, p. 93)

de que o direito é um fenômeno cultural e, portanto, fruto de contingências históricas. Ao mesmo tempo, a ciência jurídica ensinada nas faculdades e o direito aplicado cotidianamente estão muitos mais próximos de um paradigma positivista, do que de um pós-positivismo.

No campo do direito não se desconhece o embate no século XIX entre a Escola Exegética e a Escola Histórica, muito relacionada à questão da codificação dos direitos nacionais. Naquele momento a Escola Histórica Alemã, capitaneada por Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)²⁹, assumiu uma posição conservadora, defendendo que o direito por excelência estaria na tradição do povo, opondo-se à influência revolucionária dos Códigos Napoleônicos. Ou seja, este tipo de historicismo produziu um efeito conservador. Aliás, não se pode esquecer que o apego histórico produziu os denominados hegelianos de direita (v.g. Philipp Konrad Marheineke 1789-1846; Karl Friedrich Göschel 1784-1861). Muitas vezes a visão histórica pode ser utilizada justamente para impedir a mudança e sedimentar opressões seculares. Sobretudo quando a história é naturalizada.

A ciência do direito ainda tem um perturbador descaso com a história. Em muitos trabalhos científicos (TCC, dissertações ou teses) a dimensão histórica sequer aparece ou aparece caricaturalmente. As obras adotam uma visão evolucionista da história, utilizando a famosa expressão “evolução histórica”, atribuindo um naturalismo a ela, com certa linearidade e sentido, um paradigma já ultrapassado na ciência histórica. Nas referências não há obras de história e muito menos de historiadores do direito. Isto provoca uma séria miopia histórica, comprometedora do resultado da ciência produzida.

29

Conforme R.C. van Caenegem: “A Escola Histórica teve como fundador F. C. von Savigny (†1861), com a obra *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), e teve sua própria revista, a *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, fundada em 1815. O nome (“Revista de Ciência Jurídica Histórica”) proclamava o programa: a ciência jurídica devia ser histórica, e a experiência histórica de um povo devia ser a verdadeira fonte de inspiração para sua prática jurídica”. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 198.

Este descaso com a história tem um viés ideológico. Isto porque o rigoroso estudo da história tem um forte potencial de revelar as dominações dos grupos humanos. Não necessariamente conduz a uma visão marxista ou decolonial do mundo, mas impulsiona uma forte reflexão a respeito da realidade, abrindo os olhos para diferentes futuros possíveis.

A ciência jurídica tradicional também omite o elemento temporal porque ele demonstra a instabilidade do universo jurídico e a possibilidade de mudança. Dentro de uma teoria tradicional comprometida com a confirmação e legitimação do *status quo*, as regras devem parecer estáveis, firmes e perenes.

No Brasil já se exige que mesmo nas disciplinas dogmáticas os conteúdos sejam “estudados sistematicamente e contextualizados segundo a sua evolução e aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil”³⁰, mas a ciência tradicional ainda resiste.

Como consequência da adoção da historicidade como premissa epistemológica, o “quando” é um elemento constante no desenvolvimento da tese. O trabalho evita conceitos universais e busca contextualizar historicamente a discussão, com um olhar para o passado mas também para o que pode vir a ser. Não se pretende estudar como enfrentar litigantes habituais em todo e qualquer Sistema de Justiça, em todo e qualquer tempo, mas sim na realidade brasileira deste século XXI.

Enfim, o conceito de historicidade revela-se essencial para a compreensão das realidades humanas, pois situa objetos e ideias dentro de um contexto temporal dinâmico e contingente. A tensão entre historicidade e a-historicidade permeia as ciências

30

BRASIL, Ministério da Educação. Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018 - “Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências” — DOU nº 242, Seção 1, página 122.

mostrando que nem todo conhecimento necessariamente se ancora na temporalidade histórica, como ilustrado pela lógica, a matemática e pela tradição cartesiana. No caso do Direito, a resistência à historicidade é particularmente problemática, pois compromete a capacidade de compreender o fenômeno jurídico como parte de um processo histórico mais amplo, levando a análises superficiais ou meramente formais.

1.1.3 COMPLEXIDADE

Outro referencial teórico fundamental para o desenvolvimento da pesquisa foi a noção de complexidade, que está longe de ser minimamente aplicada na ciência jurídica contemporânea.

Na história da epistemologia europeia vê-se entre os séculos XVI e XVIII o embate entre empirismo e racionalismo³¹. De um lado, Francis Bacon (1561-1626), com seu "*Novum Organum*" (1620), um dos responsáveis pelo desenvolvimento do método científico moderno com a reabilitação do raciocínio indutivo, do outro, René Descartes (1596-1650), com seu "*Discours de la méthode pour bien conduire sa raison, et chercher la vérité dans les sciences*" (1637), e o fortalecimento do método dedutivo. Immanuel Kant (1724-1804) a partir da obra "*Crítica da Razão Pura*" (1781) propõe uma terceira via, um conhecimento que precisa tanto da experiência quanto

31

"À tese do racionalismo, segundo a qual a verdadeira fonte do conhecimento é o pensamento, a razão, o empirismo (de *empeiria*, experiência) contrapõe a antítese, dizendo que a única fonte do conhecimento humano é a experiência. Segundo o empirismo, a razão não possui nenhum patrimônio apriorístico" (HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 54).

da razão³². No entanto, todos eles adotam o princípio da simplicidade ou da simplificação, fundamental na ciência moderna³³.

A realidade é complexa e os seres humanos não são capazes de compreendê-la neste estado. Então ela é dividida pela ciência, decomposta em elementos mais simples. É a partir dos “objetos mais simples” que o conhecimento é produzido³⁴. É possível compreender objetos complexos, mas isto depende antes de uma análise por partes.

Há ainda uma conotação semântica para a simplicidade, de modo que “juízos empíricos podem ser feitos e testados sem pressupor a totalidade”³⁵, e uma conotação metodológica, para que a teoria possa ser submetida a testes empíricos³⁶. Conforme coloca Karl Popper, a simplicidade caminha junto com a falseabilidade³⁷, e este é o critério para a ciência.

Ocorre que, embora esta simplificação tenha permitido todo o avanço científico contemporâneo, e não se possa ignorar sua contribuição histórica para a humanidade, ela produz um reducionismo

32 “O fundador deste apriorismo é Kant. Toda sua filosofia foi governada pela tendência a mediar entre o racionalismo de Leibniz e Wolff e o empirismo de Locke e Hume. E ele o fez afirmando que o material do conhecimento provém da experiência, enquanto a forma provém do pensamento. Com o material, tem-se em vista as sensações. Elas são completamente desprovidas de determinação e de ordem, apresentam-se como um puro caos. Nosso pensamento produz ordem nesse caos na medida em que conecta os conteúdos sensíveis uns aos outros e faz com que eles se relacionem” (HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 63).

33 “[...] o paradigma simplificador é um paradigma que põe ordem no universo, expulsa dele a desordem. A ordem se reduz a uma lei, a um princípio. A simplicidade vê o uno, ou o múltiplo, mas não consegue ver que o uno pode ser ao mesmo tempo múltiplo. Ou o princípio da simplicidade separa o que está ligado (disjunção), ou unifica o que é diverso (redução)” (MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 2005, p. 59).

34 “[...] conduzir por ordem meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos; e supondo certa ordem mesmo entre aqueles que não se precedem naturalmente uns aos outros” (DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 23).

35 LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 129.

36 LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 133.

37 POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1974, p. 153.

da realidade, comprometedor do próprio conhecimento em si. Embora toda teoria seja uma simplificação da realidade, o simplismo é um problema para a ciência, pois impede a compreensão dos fenômenos complexos, que estão em toda a parte, e que não podem ser simplesmente fragmentados, conforme o cartesianismo.

No direito, teorias como jusnaturalismo e juspositivismo caem em um nocivo simplismo prejudicial à ciência jurídica. Inclusive muitos dos problemas em debate hoje são potencializados por esta visão reducionista, por exemplo, a discussão entre universalismo e multiculturalismo no âmbito dos direitos humanos, ou entre soberania e órgãos supranacionais no direito internacional, ou o ativismo judicial no campo do Poder Judiciário.

Aliás, embora as teorias pós-positivistas busquem superar o normativismo, não dão um passo largo o suficiente para a complexidade do fenômeno jurídico. Ou se reaproxima o Direito da Retórica (v.g. Chaïm Perelman — 1912-1984) ou então da Ética (v.g. Ronald Dworkin — 1931-2013) ou da Economia (v.g. Richard Posner — 1939 -), mas negligenciando as demais vertentes e métodos. Ou seja, mesmo quando se pensa em inovar, se repete a tradição cartesiana de simplificação do mundo.

O princípio da simplicidade foi combatido já no século XIX por diferentes correntes, dentre elas a dialética hegeliana. Há aquela emblemática frase de Hegel: “O verdadeiro é o todo”³⁸. Theodor Adorno ensina que:

Colocando de maneira bem direta, e para tentar mais uma vez fazer esse difícil conceito adquirir um pouco mais de sentido ‘o todo’ em Hegel significa que a verdade não consiste em definir, de maneira isolada, um conceito qualquer e, a partir daí, nesse isolamento, passar a tratá-lo como se fosse um mero setor, mas consiste antes em considerar tal conceito na relação com a totalidade na qual se insere.³⁹

38 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 33.

39 ADORNO, Theodor W. **Introdução à dialética**. São Paulo: Editora Unesp, 2022, p. 112.

A dialética hegeliana opera com o conceito de totalidade⁴⁰ e se distancia do paradigma cartesiano. Sem uma visão de conjunto não é possível alcançar a verdade. Não há produção de conhecimento. Há um aspecto importante nesta noção, de que o todo não é apenas a soma das partes que o constituem⁴¹. Por isso, a divisão do objeto e seu estudo isolado impede a compreensão da realidade. É como se ao fragmentar o objeto, seus elementos perdessem importantes características, que só se apresentam em conjunto.

Para Hegel, então, a divisão própria da razão cartesiana não permite alcançar a verdade. No entanto, ele não trabalhou com o conceito de complexidade. Este passou a ser desenvolvido apenas no século XX, ganhando forte impulso a partir das ciências da natureza após as descobertas da mecânica quântica.

No século XX, mesmo no campo das ciências da natureza, vê-se uma oposição ao modelo cartesiano. Por exemplo, Bachelard pugna por uma epistemologia não-cartesiana e opõe-se fortemente ao reducionismo próprio da ciência tradicional⁴². Aliás, o próprio Edgar Morin reconhece que a noção de complexidade está

40 *"Hegel believes that all of reality is a system in which individuals exist in organic relation to one another; in which each is what it is by virtue of its relation to the others. Hence, the 'truth' of something is ultimately its place within the whole"* (MAGEE, Glenn Alexander. **The Hegel Dictionary**. Londres: Continuum International Publishing Group, 2010, p. 268) — Em tradução livre: "Hegel acredita que toda a realidade é um sistema no qual os indivíduos existem em uma relação orgânica uns com os outros; no qual cada um é o que é em virtude de sua relação com os demais. Assim, a 'verdade' de algo é, em última instância, o seu lugar dentro do todo".

41 KONDER, Leandro. **O que é dialética**. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 37.

42 "Na realidade, não há fenômenos simples; o fenômeno é uma trama de relações. Não há natureza simples, substância simples; a substância é uma textura de atributos. Não há idéia simples, porque uma idéia simples, como viu muito bem Dupréel, deve ser inserida, para ser compreendida, num sistema complexo de pensamentos e de experiências. A aplicação é complicação. As idéias simples são hipóteses de trabalho, conceitos de trabalho, que deverão ser revistos para receberem seu devido valor epistemológico. As idéias simples não são a base definitiva do conhecimento; aparecerão por conseguinte num outro aspecto quando as colocarem numa perspectiva de simplificação a partir das idéias completas" (BACHELARD, Gaston. **O novo espírito científico**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978, p. 164)

presente em outros pensadores, e inclusive menciona expressamente Gaston Bachelard⁴³.

Hoje há uma teoria da complexidade que rompe com a ciência tradicional⁴⁴. Um de seus maiores defensores é o professor Edgar Morin (1921-), e uma obra de referência é o seu "O método", em 6 volumes, sendo o primeiro deles de 1977. Mas existem outros: Norbert Wiener (1894-1964), Fritjof Capra (1939-), Ilya Prigogine (1917-2003), Humberto Maturana (1928-2021), etc.

O que seria esta complexidade? Segundo Edgar Morin: "[...] o que é complexo diz respeito, por um lado, ao mundo empírico, à incerteza, à incapacidade de ter certeza de tudo, de formular uma lei, de conceber uma ordem absoluta. Por outro lado diz respeito a alguma coisa de lógico, isto é, à incapacidade de evitar contradições"⁴⁵.

Embora existam pontos de convergência entre a dialética e a complexidade, elas são noções distintas. Por exemplo, Hegel admite a contradição na realidade, mas postula sua eliminação com o processo histórico. O "progresso" está no pensamento hegeliano e há uma "ordem" muito presente em seu raciocínio. Há contradição, mas isto está dentro de um todo ordenado. O caos não integra a matriz teórica de Hegel, nem de Marx e muito menos de Adorno. Daí a insuficiência da dialética. Por isso, apesar da importância de seus conceitos e princípios, ela não é suficiente para a ciência do século XXI. É necessário avançar para a complexidade.

A complexidade adota uma visão holística, uma preocupação com o todo, aceita as contradições da realidade, bem como a ideia de que os objetos são interdependentes. O conceito de complexidade introduz a noção de caos, de desordem. A realidade tem

43 MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 175.

44 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 182.

45 MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 2005, p. 68.

algo aleatório, de não causal. O conhecimento científico, à luz de um paradigma da complexidade, exige o pensamento conjunto da ordem e da desordem⁴⁶.

Este caos está também no direito. Este é um ponto sensível, sobretudo para leitores formados dentro das bases tradicionais da ciência jurídica. Admitir um grão de aleatoriedade é totalmente impensável no mundo jurídico. Mas esta noção será melhor desenvolvida no decorrer do trabalho e, ao final, espera-se que fique compreensível.

Enquanto o pensamento cartesiano alicerça-se na lógica tradicional, o pensamento complexo precisa de lógicas não-clássicas para seu desenvolvimento. Isto impacta consideravelmente a construção do raciocínio, seja pelo afastamento de binarismos, seja pelo reconhecimento das contradições da realidade. Afinal, "o pensamento se movimenta essencialmente em contradições"⁴⁷.

A ciência tradicional, alicerçada no racionalismo cartesiano, organiza o pensamento através da lógica tradicional. Assume, assim, tanto o princípio da identidade quanto o da não contradição. A proposição " $A=\sim A$ " é falsa assim como " $A=A$ " é verdadeiro⁴⁸. Como já se viu, a lógica tradicional não trabalha com a noção de temporalidade. No entanto, quando se coloca este elemento na base do pensamento, verifica-se que a identidade deve ser repensada, pois os objetos estão em constante transformação. Para Adorno: "[...] cada objeto guarda dentro de si realmente uma infinidade de aspectos, de maneira que nem seria necessário que algo essencialmente novo se acrescentasse, já que a coisa mesma [*Sache*] sempre apresenta elementos novos a cada instante"⁴⁹.

46 MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 203.

47 ADORNO, Theodor W. **Introdução à dialética**. São Paulo: Editora Unesp, 2022, p. 190.

48 COPI, Irving Marmer. **Introdução à lógica**. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 256.

49 ADORNO, Theodor W. **Introdução à dialética**. São Paulo: Editora Unesp, 2022, p. 406.

Na dialética hegeliana a contradição está presente⁵⁰. A complexidade também trabalha com a noção de contradição, mas diferentemente de Hegel, que vislumbra a síntese no final do processo, com o desaparecimento da contradição original, a contradição em si não some da realidade. Ela está lá o tempo todo. Não se trata de uma contradição externa, mas interna do próprio conceito⁵¹. Neste ponto, a complexidade aproxima-se mais da dialética adorniana, que é aberta e não supõe a “resolução” da contradição existente.

A lógica tradicional também adota o princípio do terceiro excluído. Ou seja, ou algo é, ou não é. Não existe outra saída. Este binarismo é bem presente na lógica booleana com a qual operam todos os computadores contemporâneos. No entanto, mesmo na ciência computacional o desenvolvimento das inteligências artificiais potencializa-se pela adoção de lógicas não-clássicas, que permitem um sistema complexo mais compatível com a linguagem do mundo.

A lógica tradicional com seu binarismo é insuficiente para lidar com um mundo em transformação e repleto de contradições. A redução da linguagem e da realidade a operadores de verdadeiro e falso impede o avanço da ciência em vários campos, dentre eles, o direito.

Mesmo a lógica deôntica, que adota os operadores obrigação, permissão e proibição, definindo o que deve ser feito, o que pode ser feito e o que não pode ser feito, não dá conta da complexidade do universo jurídico. É este o ponto. Lógicas tradicionais, isoladas, são incapazes de alicerçar um raciocínio complexo que pretende lidar com a complexidade do mundo e da linguagem.

50 Segundo Theodor Adorno: “[...] o mundo com o qual lidamos e o mundo com o qual a humanidade teve até hoje que lidar é um mundo em si repleto de contradições [*widerspruchsvoll*] [...]” (ADORNO, Theodor W. Introdução à dialética. São Paulo: Editora Unesp, 2022, p. 241).

51 ADORNO, Theodor W. **Introdução à dialética**. São Paulo: Editora Unesp, 2022, p. 126.

Logo, como consequência da adoção do conceito de complexidade, este trabalho vale-se de duas lógicas não-clássicas, desenvolvidas apenas no século XX⁵², a lógica fuzzy, também conhecida como difusa ou nebulosa, e a lógica paraconsistente.

A lógica difusa é polivalente, abandonando o princípio clássico da bivalência, de que uma sentença só pode ser verdadeira ou falsa⁵³. Supera-se o binarismo verdadeiro-falso e introduz-se gradações valorativas, admitido, por exemplo, qualquer valor entre 0 e 1⁵⁴.

Vamos a um exemplo trivial em um problema simples. Você gosta de banana? A lógica tradicional trabalha com os operadores binários, sim ou não. Pode ser que você responda que sim. Ou então não. Mas pode ser que você ame banana, que ela seja a sua fruta preferida, ou então que a odeie fortemente. Introduzindo uma escala para a resposta de 0 a 10 dá-se maior liberdade de escolha e permite-se uma melhor compreensão da realidade.

Na ciência jurídica acostumamo-nos a trabalhar com a lógica tradicional, bivalente. Uma lei é ou não constitucional. Não reconhecemos as gradações no campo teórico, embora elas existam na realidade. Em um julgamento no Supremo Tribunal Federal em que todos os Ministros, de forma unânime, reconhecem a inconstitucionalidade de uma lei, e em outro julgamento no qual temos um apertado 5 a 6, a lógica tradicional atribui o mesmo valor aos dois resultados. Mas isto empobrece a compreensão da realidade, pois para as dimensões

52 MORTARI, Cesar A. **Introdução à lógica**. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

53 "Um sim ou um não como resposta é na maioria das vezes, incompleta. Na verdade, entre a certeza de ser e a certeza de não ser, existem infinitos graus de incerteza" (SILVA, Luciana Maria da, *et al.* Estado da arte dos fundamentos e ideias da Lógica Fuzzy aplicada a ciências e tecnologia. **Revista Brasileira de Geomática**, Curitiba, v. 7, n. 3, p. 149-169, jul/set. 2019).

54 ZADEH, Lotfi A. Fuzzy Sets. **Information and Control**, vol 8, 1965; PRIEST, Graham. **Logic - a very short introduction**. Nova Iorque: Oxford University Press Inc, 2006; DUBOIS, Didier; PRADE, Henri. **Fuzzy sets and systems - theory and applications**. Londres: Academic Press Limited, 1980.

retórica e estratégica do direito, negligenciada pelo pensamento normativo, os resultados são absolutamente distintos. Daí porque a lógica nebulosa é mais rica e permite lidar melhor com os problemas do mundo jurídico.

A lógica paraconsistente controla o princípio da não contradição⁵⁵. Ou seja, dentro de certos contextos e respeitados alguns parâmetros admite-se uma sentença como verdadeira e falsa ao mesmo tempo. Eis um exemplo trivial. Imagine o vão da porta que separa seu quarto do corredor. Imagine que você está exatamente neste vão. Se eu perguntar, você está dentro do quarto? Você talvez resista a responder sim, porque afinal você não está dentro do quarto, mas tampouco se sentirá confortável a responder um não, já que não está ainda no corredor. A lógica nebulosa não ajuda a resolver o problema. Mesmo colocando uma escala, introduzindo uma gradação, o problema persiste, pois esta realidade do “vão” da porta traz uma dificuldade adicional para a resposta.

Um lógico tradicional resolveria este problema adequando o conceito de “dentro do quarto”, com algo do tipo, para todos os fins e efeitos compreende-se que a noção de “quarto” inclui o vão embaixo da porta que o separa do corredor. Através de uma convenção estaria resolvido o problema. Mas veja que o lógico tradicional não enfrentou o problema tal como posto, ele saiu por uma tangente, modificando a convenção da linguagem para criar uma resposta válida. E se não houvesse concordância com esta noção de quarto que inclui o vão da porta? Nem sempre o consenso é obtido nas dinâmicas do mundo. O certo seria enfrentar o problema tal como posto, ou seja, compreendendo que existem situações na realidade nas quais a contradição está presente. O vão da porta é o exato ponto no qual se está e não se está no quarto.

55

[...] podemos perceber que a lógica paraconsistente não segue o paradigma das lógicas tradicionais, para as quais Contradição = Trivialização. Nas lógicas inconsistentes, como mostramos, é possível existir uma contradição sem que o argumento seja trivializado” (VARELA, Diego A. Lógica paraconsistente: lógicas da inconsistência formal e dialeteísmo. **Fundamento**, V. 1, n. 1, Set-Dez 2010).

Esta é uma realidade absolutamente comum no mundo do direito. Contradições fazem parte do dia a dia de cada advogado, juiz, promotor ou defensor público. Ora, o que é um julgamento por maioria? O que é o “estado inconstitucional das coisas”? Enfim, a contradição faz parte do direito. No entanto, no campo teórico tem-se dificuldade em lidar com ela. Distorce-se a teoria para que ela se amolde a um racionalismo cartesiano, negando totalmente o mundo dos fatos. Uma das saídas é trabalhar com a lógica paraconsistente⁵⁶. Admitir que as contradições fazem parte da realidade e que o raciocínio precisa considerá-las seriamente. Não como algo passageiro, dentro de um processo de transformação, mas como algo constante, um componente da realidade⁵⁷.

Enfim, lógicas não-clássicas contribuem ao desenvolvimento de um raciocínio complexo e precisam ser consideradas na construção do conhecimento jurídico do século XXI.

Ainda discorrendo sobre a complexidade, ela impõe a interdisciplinaridade. Este é um ponto sensível para o pensamento jurídico tradicional, pois a resistência a outros saberes é muito grande. O viés normativo empobrece o conhecimento do profissional do direito e, o pior, impede que os problemas teóricos existentes sejam satisfatoriamente trabalhados. Em muitos aspectos a ciência jurídica tradicional encontra-se totalmente ultrapassada em relação a outras ciências. Não só no que tange à produção de conhecimento em si, à pesquisa, mas ao próprio arcabouço teórico. Em pleno século XXI

56 “A lógica deôntica paraconsistente permite que tenhamos uma compreensão melhor da natureza de uma antinomia jurídica e o papel da negação de uma norma. É importante frisar que não é nosso objetivo, com a lógica deôntica paraconsistente, propor uma forma de solução para as antinomias de um sistema jurídico. Não seria este o papel de dada lógica. A sua adoção permite que determinemos com maior precisão em que consiste a contradição entre duas normas, com a enorme vantagem de que não a excluímos *a priori* como verdadeira e sem valor lógico, ao contrário do que pensava Kelsen” (SEBERNA, Cesar Antonio. **Direito, lógica e paraconsistência**: conflitos entre normas, contradições e paradoxos nos sistema jurídicos. Curitiba: Juruá, 2016, p. 37).

57 PRIEST, Graham. **An introduction to non-classical logic**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2001.

muitos professores de direito ignoram as contribuições da psicologia, da sociologia, da filosofia, etc, e repetem conceitos ultrapassados.

A ciência jurídica está muito longe de assumir o paradigma da complexidade, pois ele implica, não só em ir além da norma, introduzindo pontualmente elementos de outras disciplinas, mas efetivamente pensar os problemas jurídicos em todas as suas dimensões, dentro da interdisciplinaridade.

Como consequência da adoção da complexidade como premissa epistemológica, evita-se o simplismo, acolhendo uma visão holística, integradora de ordem e caos, valendo-se de lógicas não-clássicas, afastando-se o binarismo e admitindo as contradições da realidade e do pensamento, buscando diretamente a interdisciplinaridade. Isto torna mais difícil fazer ciência jurídica, mas é o caminho que se entende adequado neste século XXI.

1.1.4 TEORIA CRÍTICA

O último referencial teórico fundamental para o desenvolvimento da pesquisa foi a teoria crítica, cuja concepção adotada neste trabalho deve ser bem exposta para evitar indevidas rotulações.

É comum vincular a expressão “teoria crítica”⁵⁸ diretamente à Escola de Frankfurt, a pensadores como Max Horkheimer (1895-1973), Theodor Adorno (1903-1969) e Herbert Marcuse (1898-1979). Há uma interessante história⁵⁹ dos pesquisadores atrelados ao Instituto de Pesquisa Social na Alemanha, que a partir da obra de Karl Marx (1818-1883) enfrentaram questões sensíveis ao capitalismo do século XX.

58 “Essa expressão [teoria crítica], tal como é conhecida hoje, surgiu pela primeira vez como conceito em um texto de Max Horkheimer (1895-1973) de nome ‘Teoria Tradicional e Teoria Crítica’, de 1937” (NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 12).

59 Vide JAY, Martin. **La imaginación dialectica - Historia de La Escuela de Frankfurt Y El Instituto de Investigación Social (1923-1950)**. Madrid: Taurus, 1986.

Marx, sem sombra de dúvida, é a principal matriz teórica da Escola de Frankfurt e é uma importante referência dentro do pensamento crítico contemporâneo. Mas é bom lembrar que o trabalho de Marx não era a única referência da Escola de Frankfurt, também Hegel⁶⁰ e Freud eram muito importantes⁶¹. Também não se pode reduzir o estudo de Marx no século XX à Escola de Frankfurt⁶². Aliás, como já se salientou neste trabalho, qualquer visão reducionista é prejudicial e nada científica.

Voltando à Marx, ele aponta teoricamente as contradições do capitalismo, modelo econômico consolidado no século XIX⁶³. Nele o mercado organiza toda a vida social, de modo a privilegiar uma classe e explorar outra. Conforme explica Marcos Nobre:

Além de sua função de troca, o mercado funciona também como um mecanismo de aprofundamento das desigualdades, pois, segundo as análises de Marx do funcionamento da economia capitalista, a distribuição de bens segundo a divisão em classes tende a produzir um polo de intensa acumulação de riqueza e um outro polo de crescente pobreza.⁶⁴

A teoria científica tradicional desconsidera esta realidade econômico-social em suas análises e, então, contribui para

60 A importância de Hegel é direta na obra de HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. São Paulo: Editora 34, 2003.

61 "[...] a Escola de Frankfurt reporta-se a três modelos teóricos básicos: hegelianismo, marxismo e freudismo" (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 1128).

62 V.g. Antonio Gramsci (1891-1937), Georg Lukács (1885-1971), Louis Althusser (1918-1990), dentre outros.

63 O historiador Erik J. Hobsbawm nomeia ilustrativamente o período de 1848 a 1875 como "A Era do Capital" (HOBBSAWN, Erik J. **A era do capital (1848-1857)**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2012).

64 NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 28.

a perpetuação do *status quo*⁶⁵. Ora, como a ciência deve trabalhar com a realidade, a teoria deve ser construída a partir da exploração existente, considerando a desigualdade que se espalha e o capital que se fortalece.

Não se trata apenas de descrever esta realidade, mas sim de pensar meios de transformá-la. O intelectual tem a missão de mudar o mundo, levando-o para a utopia desejada. Por isso, a noção de emancipação⁶⁶ é central para os frankfurtianos. A necessária tomada de consciência é um ponto principal, pois sem isso não há horizonte para a mudança social.

Apesar desta importante referência histórica, este trabalho não está preso a qualquer enquadramento frankfurtiano ou mesmo marxista. São referências sim, dentro de um pensamento crítico, mas não o limitam.

Aliás, considerando a nossa posição no Sul, é preciso ir além, e ver mesmo as insuficiências do marxismo, seja ortodoxo seja frankfurtiano. Conforme coloca Boaventura de Sousa Santos: “O materialismo histórico converteu o capitalismo em um fator de progresso, em uma fase de progresso da humanidade, e isso nos trouxe problemas pelo fato de essa ideia ter deixado de fora uma questão que, para nós, é fundamental: a questão colonial”⁶⁷.

65 “A tendência harmonizadora de tal pensamento neutro, de fazer por meio de suas formas categoriais com que contradições desapareçam, favorece justamente a apologia daquilo que existe, pois as contradições sociais dominantes e factuais não são realmente assimiladas por esse pensamento” (ADORNO, Theodor W. **Introdução à dialética**. São Paulo: Editora Unesp, 2022, p. 440).

66 “[...] é a própria perspectiva da emancipação que torna possível a teoria, pois é ela que abre pela primeira vez o caminho para a efetiva compreensão das relações sociais. [...] é a orientação para a emancipação o que permite compreender a sociedade em seu conjunto, que permite pela primeira vez a constituição de uma teoria em sentido enfático. A orientação para a emancipação é o primeiro princípio fundamental da Teoria Crítica” (NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 32).

67 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 51.

A teoria crítica hoje vai muito além de Frankfurt e de Marx⁶⁸. Esta obra utiliza conceitos, noções, ideias de diversos pensadores, como Ellen Meiksins Wood, Duncan Kennedy, Frantz Fanon, Boaventura de Souza Santos, Roberto Lyra Filho, Leandro Konder, e outros. Preferível, portanto, o conceito desenvolvido por Antonio Carlos Wolkmer, mais aberto:

[...] pode-se conceituar teoria crítica como o instrumento pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mistificados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora.⁶⁹

Inclusive, o leitor notará que o desenvolvimento da pesquisa não é monocromático. Já foram mencionados Descartes, Karl Popper, Chaïm Perelman e outros aparecerão no texto, mesmo quando não alinhados a uma visão crítica. Por exemplo, a teoria dos jogos será trazida neste estudo embora seja majoritariamente desenvolvida por professores liberais. Isto não enfraquece a consistência teórica do estudo, já que a complexidade é o paradigma adotado.

A teoria crítica está em todo este trabalho. A escolha do tema e o estudo realizado, embora dentro dos parâmetros da ciência, com o pluralismo metodológico já mencionado, tem um propósito claro, tirar das sombras alguns elementos que contribuem

68 "É por isso que retomar a expressão original 'Teoria Crítica' significa, entre outras coisas, demarcar um campo teórico que valoriza e estimula a pluralidade de modelos críticos em seu interior. Nesse sentido, a Escola de Frankfurt diz respeito a um determinado momento e a uma determinada constelação da Teoria Crítica. A Escola de Frankfurt como denominação político-intelectual já cumpriu — e com louvor — seu papel histórico. Cabe hoje levar adiante o projeto crítico sob novas formas" (NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 21).

69 WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

para a manutenção do *status quo*, permitindo o empoderamento de consumidores⁷⁰.

Ainda, seguindo uma tradição crítica, pretende-se superar a dicotomia teoria e prática⁷¹, fazendo com que o conteúdo aqui produzido sirva indistintamente para a compreensão da realidade e também para sua transformação.

A opção por uma teoria crítica traz uma dificuldade adicional ao trabalho. Diferentemente de outras ciências e saberes, o Direito ainda é muito resistente a teorias críticas. Embora, no Brasil tenhamos uma tradição já consolidada (v.g. Roberto Lyra Filho, Luiz Edson Fachin, Marcelo Neves, etc), ela não se infiltra nas disciplinas dogmáticas, destacadamente no campo processual civil.

Enfim, a historicidade, a complexidade e a teoria crítica são as bases de todo este trabalho.

1.2 PROBLEMATIZAÇÃO: A EFETIVIDADE DOS DIREITOS E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Superada a discussão sobre as premissas epistemológicas, tendo ficado evidenciadas as características da pesquisa

70 Afinal: "Não há saber neutro, ainda quando tenha satisfeito as exigências da epistemologia mais rigorosa; mesmo que, ao falar, nos ocultemos sob a manta invisível da *theoria*; e mesmo que discursemos não a nossa fala, mas o logos; ainda assim seremos nós a dizer. E nada é dito gratuitamente" (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **"O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo"**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 26).

71 "Temos de nos acostumar mesmo com o fato de que a unidade entre teoria e prática, tal como foi pensada ao longo de toda tradição dialética — já em Fichte, mas certamente em Hegel e em Marx —, é efetivamente uma unidade de um modo tal que não surge apenas no final, mas consiste, antes, na contínua interação entre ambas, como mencionei acima" (ADORNO, Theodor W. **Introdução à dialética**. São Paulo: Editora Unesp, 2022, p. 135).

desenvolvida nesta tese, antes de adentrar o tema principal, sobretudo pela visão holística adotada, faz-se necessário um desenvolvimento sobre a problematização dentro de uma perspectiva macro, considerando duas grandes questões, a efetivação dos direitos e a proteção do consumidor. Não há como, dentro de uma perspectiva histórica, complexa e crítica, ignorar a dimensão geral no qual se insere o enfrentamento do litigante habitual no Brasil.

1.2.1 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS: OLHANDO PARA DENTRO E PARA FORA DO DIREITO

A falta de efetividade de direitos não é igual em todo e qualquer lugar do globo, muito menos é igual em todo e qualquer período histórico. Nem para todo e qualquer tipo de pessoa. E nem muito menos para todo e qualquer tipo de direito. Qualquer tentativa de homogeneizar este problema provoca uma simplificação da realidade nociva para sua compreensão. Ainda assim, em pleno século XXI, o discurso simplista está espalhado nos livros, nas aulas e nas concepções dos profissionais do direito.

A efetivação de direitos é, portanto, um problema complexo, com várias camadas e elementos interconectados. Aliás, a depender da perspectiva, nem mesmo pode ser considerado um “problema”, pois a falta de efetividade de certos direitos é desejável para manter tudo como está, o que é conveniente para alguns grupos da sociedade.

Uma primeira aproximação do problema, considerando sua complexidade, e sobretudo, a interdisciplinaridade, é evidenciar que a efetividade de direitos não é algo que depende apenas e tão-somente do direito em si. A ciência jurídica equivoca-se ao subestimar ou mesmo negar os agentes externos que trabalham diariamente a favor ou contra a efetivação de direitos, dentro

de um universo amplo que inclui a cultura, a política, a economia, a religião e etc. Supor que a produção de um texto normativo seja suficiente para a mudança social é algo insustentável cientificamente.

Este é um erro romântico que cada estudante, professor e profissional do direito habitualmente comete. Somos treinados a ver o direito como um elemento mágico, capaz de modificar a realidade da noite para o dia. Então se promulga uma Constituição em 1988 e, pronto, toda a sociedade brasileira torna-se democrática. Promulga-se um Código de Defesa do Consumidor e o consumidor está protegido. Mas esta concepção é uma ficção e a história assim o demonstra cabalmente.

Uma segunda aproximação revela uma contradição interna na ciência jurídica. Mesmo dentro de uma teoria normativa não se ignora a diferença entre o reconhecimento formal de um direito e sua aplicação social. Os normativistas não são ingênuos e admitem a dicotomia entre o mundo do dever-ser e o mundo do ser. Tratam, então, do problema da "eficácia"⁷² amplamente considerada. Mas logo o situam fora da ciência jurídica, como algo que compete a outros ramos do conhecimento, desconectando-o de algo "tipicamente jurídico"⁷³.

A eficácia está fora da ciência jurídica tradicional, sendo objeto da sociologia jurídica. A contraposição entre ser e dever-ser, dentro de uma matriz kantiana, que está, por exemplo, em Kelsen

72 "O problema da eficácia nos leva ao terreno da aplicação das normas jurídicas, que é o terreno dos comportamentos efetivos dos homens que vivem em sociedade, dos seus interesses contrastantes, das ações e reações frente à autoridade, dando lugar às investigações em torno da vida do direito, na sua origem, no seu desenvolvimento, na sua modificação, investigações estas que normalmente são conexas a indagações de caráter histórico e sociológico. Daí nasce aquele aspecto da filosofia do direito que conflui para a sociologia jurídica" (BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 2ª Edição. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 51).

73 "A investigação para averiguar a eficácia ou a ineficácia de uma norma é de caráter histórico-sociológico, se volta para o estudo do comportamento dos membros de um determinado grupo social e se diferencia, seja da investigação tipicamente filosófica em torno da justiça, seja da tipicamente jurídica em torno da validade" (BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 2ª Edição. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 48).

e em Bobbio — lembre-se que Bobbio é um importante representante do positivismo jurídico no Século XX⁷⁴ —, impacta significativamente a concepção do direito contemporâneo.

Ocorre que localizar estas questões apenas na sociologia jurídica as afasta das disciplinas dogmáticas que compõem a maior parte do currículo de graduação em direito. Assim, após 5 anos de formação, este afastamento consegue alienar a maior parte dos estudantes.

Por isso o problema da efetividade dos direitos acaba sendo marginal na ciência jurídica. Isto não é um acidente, é algo estruturalmente construído. Mesmo quando a questão da “eficácia” entra em pauta, ela se prende a aspectos formais, relacionados à condição de produção de efeitos.

Marcelo Neves bem expõe esta realidade teórica. Ele diferencia dois tipos de eficácia, uma no sentido técnico-jurídico e outra em um sentido sociológico⁷⁵, também diferenciando a noção de efetividade⁷⁶. Ao realizar estas distinções, evita-se que a noção desapareça enquanto categoria dentro da construção teórico-jurídica.

74 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico - lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

75 “Distingue-se tradicionalmente a eficácia no sentido técnico-jurídico da eficácia em sentido ‘sociológico’. A primeira refere-se à possibilidade jurídica de aplicação da norma, ou melhor, à sua aplicabilidade, exigibilidade ou executividade. A pergunta que se põe é, nesse caso, se a norma preencheu as condições intra-sistêmicas para produzir os seus efeitos jurídicos específicos. No sentido ‘empírico’, ‘real’ ou ‘sociológico’ — acolhido, no entanto, na ‘Teoria Pura do Direito’ —, a eficácia diz respeito à conformidade das condutas à norma. A pergunta que se coloca é, então, se a norma foi realmente ‘observada’, ‘aplicada’, ‘executada’ (imposta) ou ‘usada’” (NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 42).

76 “Da eficácia, compreendida como mera conformidade dos comportamentos ao conteúdo (alternativo) da norma, tem-se procurado distinguir a efetividade, sugerindo-se uma referência aos fins do legislador ou da lei. Formulando em outras palavras, pode-se afirmar que a eficácia diz respeito à realização do ‘programa condicional’, ou seja, à concreção do vínculo ‘se-então’ abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal, enquanto a efetividade se refere à implementação do ‘programa finalístico’ que orientou a atividade legislativa, isto é, à concretização do vínculo ‘meio-fim’ que decorre abstratamente do texto legal” (NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 46).

Por exemplo, uma lei que está em seu período de *vacatio legis* já existe e é vigente, mas não produz seus efeitos. Falta eficácia naquele sentido técnico-jurídico. Agora se a sociedade está observando ou não esta lei, aí já se trata da eficácia sociológica. Por fim, a efetividade diz respeito à implementação desta lei concretamente. Por exemplo, sem um órgão de fiscalização ou destinação de orçamento público, dificulta-se ou até mesmo se impossibilita esta implementação.

Dentro do problema da efetividade é necessário ir além do universo normativo formal e compreender elementos culturais, políticos, econômicos e sociais diretamente relacionados com o direito em discussão.

Por isso não se pode esquecer que importantes avanços na efetivação de direitos, sobretudo de minorias, são fruto de lutas fora das instituições. Os movimentos sociais são fundamentais para a efetivação de direitos⁷⁷.

Assim, e este é um ponto muito importante, não é cientificamente viável concluir pela efetividade de um direito apenas observando a letra da lei. Há vários outros elementos a serem considerados.

Por exemplo, analise-se o direito à propriedade privada. Talvez fossemos levados a pensá-lo como um direito com uma hiperefetividade, já que existe todo um aparato estatal desenvolvido para sua defesa. No Brasil, assim como em outros países, há um sistema cartorário para proteger a propriedade de bens imóveis. Os Estados despendem parte significativo de seu orçamento para a segurança

77

Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos: "Não pode ser somente uma luta institucional, tem de ser uma luta institucional e uma luta direta. Além disso, em alguns contextos tem de ser cada vez mais direta, porque com a criminalização da contestação está se reduzindo a possibilidade de uma luta institucional, e se esta se reduz temos de abrir espaços para a possibilidade de uma luta direta, ilegal e pacífica. O que estou sugerindo é que temos de criar uma dialética entre legalidade e ilegalidade, que de fato é a prática das classes dominantes desde sempre: usam a legalidade e a ilegalidade quando lhes convém" (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 97).

pública⁷⁸. Mas quando se observa a titularidade deste direito, existem posicionamentos contraditórios. Quando centenas de casas da periferia são invadidas pela polícia sem qualquer mandado a tal hiperrefetividade não parece presente. Vê-se, portanto, que a discussão sobre a efetividade não se reduz a parâmetros binários de sim ou não e que, inclusive, pode haver diferentes graus para o mesmo direito a depender, dentre outros fatores, da classe social de seu titular, revelando mais uma contradição própria da realidade jurídica.

Então para entender a efetividade de um direito, deve-se sempre perguntar, qual direito? Quando? De quem? Perguntas frequentemente respondidas de forma “neutra” pela ciência jurídica, como se não houvesse diferença. Mas ela existe, e não evidenciá-la contribui exatamente para a manutenção do *status quo*.

A função do teórico e do professor de direito não deve ser ocultar, amenizar ou mesmo justificar as escancaradas contradições do sistema jurídico, mas justamente expô-las de forma clara e cristalina, trazendo as monstruosidades jurídicas para a luz, pouco importando quem as tenha produzido, se o parlamento, se os magistrados ou se a própria ciência jurídica.

Assim, embora esta pesquisa esteja concentrada no enfrentamento do litigante habitual dentro do seio institucional, do Sistema de Justiça, isto não o torna o principal espaço de luta. Os movimentos no campo da cultura, da política, da economia, da religião, também são imprescindíveis neste enfrentamento, mas não são objeto desta tese.

78

Para ilustrar, a Lei Orçamentária Anual de 2025 do Estado do Paraná (Lei Estadual nº 22.267/2024) prevê um valor total de R\$ 78,7 bilhões, sendo R\$ 6,4 bilhões para a segurança pública, R\$ 7,4 bilhões para o Judiciário, e R\$ 3,3 bilhões para o Ministério Público. Ou seja, 21,72% do orçamento estadual vai para o aparato mais repressivo do estado. Disponível em: <http://www.assembleia.pr.leg.br/comunicacao/noticias/loa-2025-e-aprovada-na-comissao-de-orcamento-da-assembleia-legislativa#:~:text=A%20reuni%C3%A3o%20apreciou%20o%20parecer,que%20o%20or%C3%A7amento%20de%202024>.

1.2.2 UM RARO MOMENTO HISTÓRICO: A “ERA DOS DIREITOS”

Historicamente só é possível desenvolver o problema da efetividade de direitos porque se vive um momento singular no qual o sistema jurídico tem condições mínimas de produzir alguma emancipação social. Ou seja, não é apenas, como sempre o foi, um instrumento de dominação e subjugação de seres humanos, mantido pela violência e pela força em prol de poucos.

A história do *homo sapiens* com seus mais de 200 mil anos⁷⁹ é marcada por grupos que dominam e outros que são dominados. Em diferentes culturas, em diferentes lugares. Para compreender como é possível a efetivação de direitos das pessoas oprimidas, tem-se que examinar uma invenção recente, a democracia moderna, e um período denominado por Norberto Bobbio de “Era dos Direitos”.

A obra “*L’età dei diritti*” (“A Era dos Direitos”) do europeu Norberto Bobbio (1909-2004), publicada em 1990⁸⁰, após a queda do muro de Berlim, é um bom ponto de partida. Ele defende, a partir de uma perspectiva histórica, que os direitos não nascem todos de uma só vez e nem de uma vez por todas. Eles começaram a nascer com profusão a partir do século XVIII, a partir das chamadas revoluções liberais.

Historicamente a tecnologia do direito foi utilizada para garantir obediência e efetivar o poder dos governantes⁸¹. Isto começa a mudar a partir da guerra civil na Inglaterra (1642-1649),

79 HARARI, Yuval Noah. **Sapiens - uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&Pm, 2018.

80 BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

81 “O ponto de vista tradicional tinha por efeito a atribuição aos indivíduos não de direitos, mas sobretudo de obrigações, a começar pela obrigação da obediência às leis, isto é, às ordens do soberano. Os códigos morais e jurídicos foram, ao longo dos séculos, desde os Dez mandamentos até as Doze Tábuas, conjuntos de regras imperativas que estabelecem obrigações para os indivíduos, não direitos” (BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 114).

a independência norte-americana em 1776 e a revolução francesa de 1789. Ainda assim, como já bem demonstrado pelas obras contemporâneas, estes movimentos foram excludentes em muitos e diferentes aspectos.

Por isso, sem desconsiderar o processo histórico como um todo, prefere-se concentrar nas transformações do século XX e todas as suas particularidades, que moldaram o mundo como o concebemos hoje.

Ainda que se atribua às revoluções liberais o começo de um novo mundo, no qual o indivíduo tem seus direitos reconhecidos, as mudanças que vemos e sentimos em nossa volta são muito mais fruto dos resultados do século XX. O historiador Eric J. Hobsbawm refere-se ao século XX como a “Era dos Extremos”⁸². É deste período histórico várias revoluções de cunho socialista — Revolução Mexicana (1910-1920), Revolução Russa (1917), a Revolução Alemã (1918-1919), Revolução Chinesa (1949), Revolução Cubana (1959), Revolução Etíope (1974), Revolução dos Cravos (1974), Revolução Sandinista (1979), que mudaram definitivamente o direito contemporâneo. Também é deste período a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e a derrocada do colonialismo político.

No século XX tivemos o ápice do autoritarismo na América Latina com as ditaduras militares que perduraram por décadas. Mas também tivemos figuras como Che Guevara, Mahatma Gandhi, Nelson Mandela, Lula e muitos outros.

Foi um século com muita dor, morte e sofrimento. Segundo Eric J. Hobsbawm:

Locais, regionais ou globais, as guerras do século XX iriam dar-se numa escala muito mais vasta do que qualquer coisa experimentada antes. Das 74 guerras internacionais

82

HOBBSAWM, Eric J. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

travadas entre 1816 e 1965 que especialistas americanos, amantes deste tipo de coisa, classificaram pelo número de vítimas, as quatro primeiras ocorreram no século XX: as duas guerras mundiais, a guerra do Japão contra a China em 1937-9, e a Guerra da Coreia.⁸³

A devastação ocorrida no século XX foi assustadora e mudou os rumos da humanidade. A Segunda Guerra Mundial, os horrores de Auschwitz, de Hiroshima e Nagasaki, escancararam a crueldade humana, explicitando a barbárie do Estado e da sociedade que o sustentava⁸⁴.

No campo econômico houve um raro momento de redução da desigualdade de riqueza⁸⁵, com uma inflexão no capitalismo. Aquele capitalismo liberal marcante do século XIX, capitaneado pela Inglaterra, que construiu as bases que mantêm cativos boa parte da população mundial — vejam que Hobsbawm nomeia “A era do capital” o período que vai de 1848 a 1875⁸⁶ — sofreu importantes abalos no século XX. O Estado social, o *Welfare State*, nasce no século XX. Um Estado bem diferente daquele do século anterior, que vai prestar serviços gratuitos para a população, inclusive a mais carente.

83 HOBBSAWM, Eric J. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 32.

84 “O monstro da guerra total do século XX não nasceu já do seu tamanho. Contudo, de 1914 em diante, as guerras foram inquestionavelmente guerras de massa. Mesmo na Primeira Guerra Mundial, a Grã-Bretanha mobilizou 12,5% de seus homens para as Forças Armadas, a Alemanha 15,4% e a França quase 17%. Na Segunda Guerra Mundial, a porcentagem de força humana total que foi para as Forças Armadas esteve muito geralmente nas vizinhanças de 20%” (HOBBSAWM, Eric J. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 51).

85 “A grande redução da desigualdade de riqueza após os choques dos anos 1914-1945 é a parte mais fácil de explicar [...] os patrimônios sofreram uma série de choques extremamente violentos depois das guerras e das políticas por elas desencadeadas, conduzindo a um desmoronamento da relação capital/renda” (PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 359).

86 HOBBSAWM, Eric J. **A era do capital**: 1948-1875. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

Olhando para o direito, que momento extraordinário foi o século XX. Depois de muita luta, no ocidente, as mulheres conseguiram o direito de participação política, de estudar, de trabalhar, enfim, formalmente passaram a ser equiparadas aos homens. Uma certa miopia histórica, impede que algumas pessoas entendam a grandiosidade desta ruptura. Outras pessoas invisíveis na estrutura formal do direito emergem, como as crianças, as pessoas com deficiência, os negros, os indígenas, as pessoas LGBTQIA+, etc. Quando na história da humanidade uma criança foi tratada formalmente como um sujeito de direito?

Toda a construção e consolidação dos organismos internacionais também é algo singular no século XX. Os sistemas de proteção dos direitos humanos, global, mas também os regionais, dão mostra disso. Algo também absolutamente inédito na história da humanidade.

É no século XX que o Direito do Trabalho consolida-se cientificamente, assim como o Direito do Consumidor e o Direito Ambiental. Surgem novos direitos, com diferentes graus de efetividade.

Como já dito, estas mudanças não são criadas a partir do direito, mas sim fora dele. O direito é um fenômeno cultural como qualquer outro e não está imune às forças sociais, econômicas, políticas etc.

Pode-se, então, valendo-se da expressão de Norberto Bobbio, afirmar que o século XX foi uma "Era dos Direitos". Ou seja, um momento em que normativamente vê-se uma profusão de direitos sendo reconhecida para diferentes grupos de pessoas, até então invisíveis no universo jurídico.

Esta realidade não se amolda a uma ortodoxa visão marxista, pautada em um Estado típico do século XIX. O Legislativo, Executivo e Judiciário compõem o Estado e estão a serviço do poder econômico. O Estado e o direito são os inimigos. Esta é uma visão reducionista, difícil de ser sustentada sobretudo após a Segunda Guerra

Mundial, com a criação de órgãos internacionais e após o retorno da democracia formal à América Latina a partir da década de 80. Houve uma expansão de direitos voltados a grupos menos favorecidos. Ao menos no que tange ao seu formal reconhecimento. No caso do Brasil, protege-se a criança e o adolescente (Lei 8.069/90), o consumidor (Lei 8.078/90), o idoso (Lei 10.741/2003), a mulher (Lei 11.340/2006), etc. Este mesmo avanço é observado em outros países da América Latina.

Ou seja, o Estado trabalha em favor das classes mais favorecidas, na manutenção de um *status quo*, na continuidade da opressão capitalista, mas não somente. Há uma tensão dialética, uma contradição interna, dentro do próprio Estado, e isto justifica que a luta se dê dentro dos espaços institucionais e, inclusive, dentro do Poder Judiciário. Mesmo que os elementos fora do Direito sejam os mais relevantes para a efetivação de direitos, é possível a obtenção de avanços por dentro do próprio Estado, algo impensável em outros períodos históricos.

O Estado pode e trabalha como um agente de efetivação de direitos. Não de todos eles, e muito menos para todas as pessoas. Mas há essa tensão dentro do Estado contemporâneo, que não existia no século XIX e muito menos no começo do século XX. Trata-se de algo muito específico do nosso tempo.

Em outros termos, conquanto não se ignore a histórica e predominante posição do Estado, extremamente opressor, sobretudo no âmbito da América Latina — é farta a literatura acerca da exploração oriunda do colonialismo e do capitalismo⁸⁷ — não há como negar o avanço nos direitos de minorias nos últimos 40 anos, ao menos pelo aspecto formal. Por isso, a luta pode e deve ser travada também dentro do próprio Estado, tanto pelo reconhecimento de novos direitos, quanto pela efetivação dos existentes.

Enfim, teorizar sobre o enfrentamento do litigante habitual no Sistema de Justiça é possível porque neste momento histórico vive-se a raríssima “Era dos Direitos”, totalmente excepcional na história da humanidade. Diferentemente de seu passado histórico, o direito hoje pode proporcionar emancipação e transformação social, em pequeno ou grande escala, a depender de vários outros elementos. Um deles é a força da democracia.

1.2.3 DEMOCRACIA E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS: A ARENA INSTITUCIONAL

Sendo a democracia um fator relevante à efetivação de direitos, também uma construção histórica singular na contemporaneidade, sua compreensão torna-se importante para este estudo. Aliás, é difícil que algum estudo sério na área jurídica possa ignorar a democracia em sua construção.

Quando se observa o texto da constituição brasileira vigente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, encontra-se logo no seu primeiro artigo, no título sobre “Princípios Fundamentais”, a referência a um “Estado Democrático de Direito”. Nos exatos termos do texto: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...]”⁸⁸.

O simplismo oculta toda a complexidade contemporânea acerca da democracia. Não é incomum professores e obras de direito tratarem a matéria como se os demais saberes já tivessem resolvido todos os problemas ligados à democracia. E muitas vezes o campo

teórico limita-a ao modelo liberal-representativo⁸⁹. Além disso, é comum tratar a democracia apenas no âmbito estatal, como se não houvesse outras esferas de poder que pudessem ser contempladas.

Realizando a ponte entre ciência política, filosofia política e direito, Fernando de Brito Alves apresenta algumas das correntes e doutrinas acerca da democracia, tratando tanto das substancialistas quanto procedimentalistas⁹⁰. Segundo o referido autor: "A tentativa de apresentar um conceito *prima facie* de democracia pode reduzir a complexidade do fenômeno as suas 'referências normais', esvaziando seu sentido e conteúdo polissêmicos e suas possibilidades pragmáticas"⁹¹.

Por isso se deve compreender a pluralidade de concepções possíveis para a democracia. E o mais relevante, que cada comunidade tem as suas peculiaridades e desafios. Qual democracia queremos para o Brasil e quais são os desafios para sua implantação? A democracia liberal de cunho representativo é suficiente? Será que a democracia não deve ir além de sua esfera estritamente política?

89 Com uma visão pessimista, Boaventura de Sousa Santos pontua: "[...] dentre todos os modelos de democracia que havia apenas um permaneceu: a democracia liberal, representativa. As outras formas de democracia desapareceram, não se fala mais delas. Assim, pois, a primeira ideia que quero lhes comunicar é que, assim como temos biodiversidade e a vamos perdendo, creio que nos últimos vinte anos também perdemos 'demodiversidade': perdemos a diversidade de formas democráticas alternativas em que o jogo, a competição entre elas de alguma maneira dava força à teoria democrática" (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 87).

90 ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular**: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

91 ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular**: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013, p. 51.

Aliás, a democracia é algo deveras frágil. Foram vários os episódios de ataque à democracia na história recente brasileira⁹² e inclusive há sérias preocupações acerca da democracia nos próprios EUA⁹³.

No mundo existem alguns indicadores que buscam mensurar a democracia (Freedom House, V-Dem, Latinobarometro). Um deles é o *Democracy Index* da *Economist Intelligence Unit*, existente desde 2006. Embora muitas sejam as críticas quanto aos seus critérios e parâmetros⁹⁴, ele é um indicativo para análise. Adota quatro classificações: "*Full democracies*" ("Democracias Plenas"); "*Flawed democracies*" ("Democracias falhas"), "*Hybrid regimes*" ("Regimes híbridos"), e "*Authoritarian regimes*" ("Regimes autoritários")⁹⁵. De acordo com este índice, em 2023, apenas 7,8% da população mundial (estimada em 8,2 bilhões), em apenas 24 países, estava em um regime de democracia plena.

Dois países com populações significativas, China (aproximadamente 1,41 bilhões) e Índia (aproximadamente 1,46 bilhões), não foram classificados como democracias plenas, o que impacta o resultado. A China foi classificada como um regime autoritário e a Índia como uma democracia falha. Eis o cenário mundial de acordo com o *Democracy Index*:

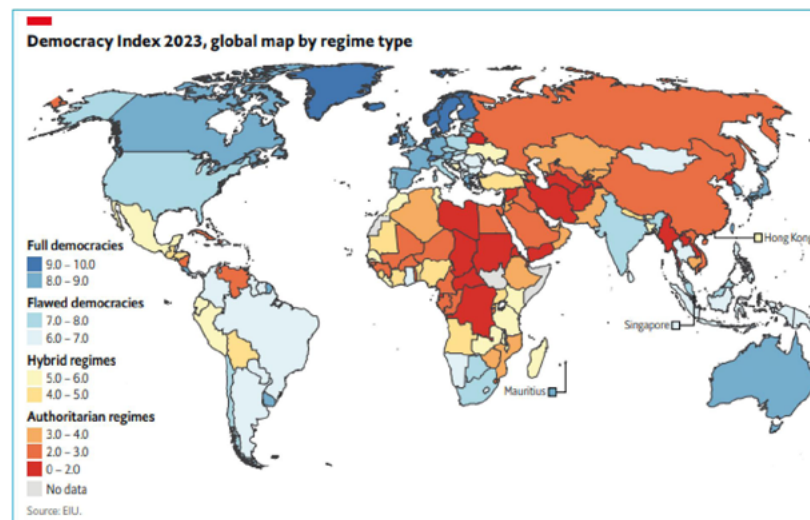
92 Pensa-se aqui tanto no golpe parlamentar que levou à destituição de Dilma Rousseff, com a leitura de ALMEIDA, Rodrigo de. À sombra do poder: bastidores da crise que derrubou Dilma Rousseff. São Paulo: Leya, 2016; e SOUZA, Jessé. A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro: Leya, 2016, quanto na operação Lava Jato que afetou a eleição presidencial de 2018, e na tentativa de golpe de Estado do governo Bolsonaro, conforme BRASIL, Polícia Federal. Relatório nº 4546344/2024. Disponível em <https://static.poder360.com.br/2024/11/relatorio-PF-golpe-de-estado-2024-parte-1.pdf>. Acesso em 13 de janeiro de 2025.

93 LEVITSKY, Steven, e ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

94 O *Democracy Index* adota como categorias: "*electoral process and pluralism, functioning of government, political participation, political culture, and civil liberties*" ("processo eleitoral e pluralismo, funcionamento do governo, participação política, cultura política e liberdades civis").

95 ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. **Democracy Index 2023**: Age of conflict. Londres: The Economist Intelligence Unit Limited, 2023.

Figura 1 - Mapa global do Democracy Index - 2023



Economist Intelligence Unit. Democracy Index 2023: Age of conflict. London: The Economist Intelligence Unit Limited, 2023, p. 5

Fonte: ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. Democracy Index 2023: Age of conflict. Londres: The Economist Intelligence Unit Limited (2023).

Embora o referido índice adote categorias como liberdades civis e cultura política, ainda está centrado em uma noção tradicional de democracia, mais voltada ao aspecto político.

Ocorre que a democracia hoje precisa ser concebida muito além de uma mera forma de governo⁹⁶. Não pode ser considerada apenas como um governo do povo, da vontade da maioria⁹⁷. Em

96 "O uso do termo Democracia [...] adquiriu hoje uma dimensão que ultrapassa o significado específico de 'forma de governo' ('governo do povo, pelo povo e para o povo') para indicar um modo de ser e de pensar" (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 277).

97 "A vontade da maioria não é necessariamente democrática, podendo ser também tirânica [...] A soberania das leis, própria da democracia, funda-se no 'povo', na 'nação', sem, contudo, dissolver-se na pura aritmética momentânea de uma maioria [...] A democracia caracteriza-se, assim, por esta dupla determinação: governo da maioria e governo das leis" (ROSENFELD, Denis L. **O que é de-mocracia**. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 40).

pleno século XXI, a democracia precisa ser compreendida além de sua dimensão política. Aprende-se com Michel Foucault (1926-1984) que o poder deve ser visto em todas as suas dimensões e desdobramentos⁹⁸. É importante, portanto, que não apenas o Estado seja democrático, mas também as escolas, as famílias, as igrejas, a sociedade, as ciências, de modo que haja realmente uma dispersão do poder. Conforme coloca Boaventura de Sousa Santos:

Mas o importante é que, se estamos fazendo uma teoria política nova, uma democracia radical de alta intensidade, sabemos que isso será somente por meio da democratização de todos os espaços. Então minha definição de democracia é: substituir relações de poder por relações de autoridade compartilhada.⁹⁹

Neste cenário de expansão do pensamento democrático insere-se também a dimensão econômica¹⁰⁰. Defende-se, por isso, uma democracia econômica¹⁰¹. Aliás, não há como obter uma democracia política sem que haja democracia econômica. Enquanto houver concentração de renda, neste capitalismo tardio das megacorporações, com empresas com faturamento superior ao PIB de vários Estados, não há espaço para uma democracia material. Conforme coloca Ellen Meiksins Wood (1942-2016):

98 "[...] o poder — desde que não seja considerado de muito longe — não é algo que possa dividir entre aqueles que o possuem e o detêm exclusivamente e aqueles que não possuem e lhe são submetidos. O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede" (FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 183).

99 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 62.

100 "Uma democracia sem redistribuição social não tem nenhum problema com o capitalismo; ao contrário, é o outro lado do capitalismo, é a forma mais legítima de um Estado fraco. Essa é a razão pela qual o Banco Mundial e o FMI propõem e impõem essa forma de democracia" (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 87).

101 "A democracia propriamente econômica se manifesta na qualidade da inserção no processo produtivo, no acesso equilibrado aos resultados do esforço, e no acesso à informação que assegure o direito às opções." (DOWBOR, Ladislau. **Democracia econômica: alternativas de gestão social**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2012, p. 116).

Já sugeri em várias partes deste livro que o mercado capitalista é um espaço político, assim como econômico, um terreno não apenas de liberdade e escolha, mas também de dominação e coação. Quero agora sugerir que a democracia precisa ser repensada não apenas como categoria política, mas também como categoria econômica. Não estou sugerindo apenas uma 'democracia econômica' entendida como maior igualdade na distribuição. Estou sugerindo democracia como um regulador econômico, o mecanismo acionador da economia.¹⁰²

Enfim, se outras categorias fossem tomadas em consideração para investigação do grau democrático do mundo, talvez se concluísse pelo seu caráter ilusório. Conforme coloca Boaventura de Sousa Santos, vivemos uma democracia de baixa intensidade¹⁰³.

Esta não é uma tese de ciência política e muito menos de direito constitucional, mas é importante dedicar-se à questão da democracia porque a efetivação de direitos relaciona-se diretamente com ela na sociedade em análise. Em ambientes poucos ou não democráticos, a luta por dentro das instituições perde relevância. Diante de regimes autoritários, embora ainda seja possível a luta institucional, é fora das instituições que se pode obter algum avanço. Ou seja, a democracia é a condição necessária para a efetivação de direitos, principalmente dos menos favorecidos. Pode-se teorizar sobre o enfrentamento do litigante habitual no Sistema de Justiça porque há um mínimo de democracia no Brasil, ainda que de cunho fortemente formal.

Vitórias institucionais são possíveis, inclusive perante o Poder Judiciário, porque há espaço democrático para uma luta dentro do Judiciário. Se o sistema fosse absolutamente autoritário, discorrer sobre saídas jurídicas em prol do mais fraco seria não só

102 WOOD, Ellen Meiksins. **Democracia contra capitalismo**: a renovação do materialismo histórico. São Paulo: Editora Boitempo, 2006, p. 242.

103 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 90.

inútil, mas uma lastimável ficção, sem qualquer justificativa científica. Nada impede que lutas institucionais sejam travadas em ambientes autoritários, mas neles o direito está posto para preservação do próprio sistema apenas, de forma fechada e muitas vezes extremamente coeso. O que remete a saídas políticas, sociais, culturais ou econômicas como meios mais fortes para efetivação de direitos.

Logo, e este é um ponto muito relevante, o enfrentamento do litigante habitual guarda relação direta com a extensão democrática da arena na qual o enfrentamento ocorre. Quanto mais democrática a arena, maiores as chances do litigante eventual. Como esta extensão não é constante e estável, variando no tempo e no espaço, e como não há uma homogeneidade no Sistema de Justiça, isto revela a complexidade da questão.

1.2.4 AS TENSÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Dentro da arena democrática, no âmbito institucional, é reservado ao Sistema de Justiça¹⁰⁴ solucionar os conflitos sobre ameaças ou lesões a direitos. Tradicionalmente o foco sempre tem sido o Poder Judiciário, como o grande protagonista deste sistema. Mas, o Judiciário é apenas um pedaço dele. No caso do Brasil, deve-se considerar também a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Ministério Público, a Advocacia, a Defensoria Pública, os Cartórios e também as Câmaras de Arbitragem¹⁰⁵.

104 "Sistema de Justiça" é mais amplo do que 'jurisdição' e refere-se ao sistema composto de todos os órgãos que atuam em torno da promoção da justiça, judiciais ou extrajudiciais" (SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 28).

105 Embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não contenha qualquer dispositivo expresse versando sobre a arbitragem, o Supremo Tribunal Federal em dezembro de 2001 decidiu por maioria pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem nº 9.307/1996, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **SE-AgR 5206-7**. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF: STF).

O Sistema de Justiça não é uniforme. A magistratura, por exemplo, tem suas diferenças e disputas internas, assim como o Ministério Público, a Advocacia, etc. Segundo Pierre Bourdieu:

A significação prática da lei não se determina realmente senão na confrontação entre diferentes corpos animados de interesses específicos divergentes (magistrados, advogados, notários, etc.), eles próprios divididos em grupos diferentes animados de interesses divergentes, e até mesmo opostos, em função sobretudo da sua posição na hierarquia interna do corpo, que corresponde sempre de maneira bastante estrita à posição da sua clientela na hierarquia social.¹⁰⁶

É muito comum tentar simplificar todo o sistema, tratando-o de forma estereotipada. Isto é um gigantesco equívoco. Aliás, no próprio indivíduo há contradições significativas. Um juiz em começo de carreira, ou um advogado em começo de carreira, adotam condutas diferentes ou até mesmo opostas àsquelas tomadas quando mais experientes¹⁰⁷.

Inclusive na própria estrutura do Judiciário há diferenças geracionais significativas, existindo diferença de idade dos julgadores de primeiro grau com aqueles que compõem os Tribunais Superiores, por exemplo.

Em nosso país a magistratura é organizada em carreira, exercida por pessoal tecnicamente qualificado, sendo o concurso público de provas e títulos o seu principal e mais importante meio de ingresso. Existem ainda outras formas de ingresso e ascensão, como a eleição de listas nos Tribunais e o quinto constitucional, mas estas não são a regra. Assim, o Judiciário reflete não a base da população, mas um grupo bem seleto, que reúne condições para ser aprovado nestes concursos públicos, o que exige tempo e dinheiro.

106 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 217.

107 Enquanto a ciência jurídica ignora totalmente as discrepâncias geracionais, os outros campos das ciências sociais têm avançado em seu estudo.

Mesmo que a maior parte dos juízes seja oriunda de uma classe média alta¹⁰⁸, existem frações dentro desta classe média que precisam ser consideradas. Segundo o pensamento de Jessé Souza existem quatro frações da classe média: profascista, liberal, expressivista e crítica¹⁰⁹. Isto não significa que estejam proporcionalmente distribuídas. Para Jessé Souza:

Quanto às frações dominantes, responsáveis pela ampla maioria de 65%, a análise das entrevistas me levou a separá-las em profascista e liberal. Essa é a classe média tradicional do conhecimento técnico, ou seja, daquele tipo de conhecimento que serve diretamente às necessidades do capital e de sua reprodução e tem menor contribuição para uma transformação da própria personalidade.¹¹⁰

Ao discorrer sobre a marca ideológica dos juízes, José Reinaldo de Lima Lopes esclarece: “Há objetivamente a pertença dos magistrados à classe dominante e sua adesão à ordem estabelecida. Mesmo que provenientes de estratos sociais médios ou inferiores, a adesão à magistratura torna-se potencialmente uma adesão à hegemonia da classe dominante, pela sua adesão fundamental à ordem”¹¹¹.

A simplificação não permite a exata compreensão da realidade. Diariamente juízes e ministros proferem decisões diametralmente opostas em diferentes assuntos. Embora não se ignore o enquadramento ideológico, há espaço para divergências, nos quais pode avançar a luta pelos direitos dos mais fracos.

108 BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNU). **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros - 2018**. Brasília: CNU, 2018.

109 SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019, p. 184.

110 SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019, p. 187.

111 LOPES, José Reinaldo de Lima. **Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário**. In: FARIA, José Eduardo (Coord.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 85.

Há uma visão reducionista que vê no Judiciário um mero aparato do Estado para manutenção dos privilégios de uma classe. Ela não condiz com a complexidade da realidade, na qual este mesmo Judiciário concede direitos para grupos até então muito oprimidos (v.g. a possibilidade de casamento de pessoas com mesmo sexo, a implementação das audiências de custódia etc.). Isto não significa adotar uma visão reducionista por outro viés, como se o Judiciário fosse o salvador da pátria. Ambos os extremos são falsos, e não se sustentam cientificamente. Tampouco se pode aceitar a cômoda e sempre conveniente posição intermediária. O famoso “depende”. Existem tendências e situações prevalentes e nunca se deve tratar problemas de cunho sociais de forma binominal, de tudo ou nada.

Logo, há uma complexidade que precisa ser considerada em toda e qualquer análise científica sobre o Sistema de Justiça. Inclusive, muitas vezes é o próprio Sistema de Justiça que impede a efetivação de direitos. Há inúmeros casos e episódios nos quais ele jogou contra esta efetivação, sobretudo quando diante de grupos vulneráveis. Ainda hoje, como será visto oportunamente, o Sistema de Justiça pode frear a efetivação de direitos de forma bem forte e emblemática.

No final do século XX, com a reabertura política e o advento da Constituição Federal de 1988 no Brasil, são abertas as portas do Poder Judiciário aos cidadãos brasileiros. Trata-se de relevante mudança, pois a população passou a procurar os juízes para a solução de seus conflitos, até os mais corriqueiros, o que não ocorria no século XIX e no início do século XX. Obviamente, nenhuma instituição secular se transformaria em um passe de mágica, da noite para o dia.

O Judiciário é um dos órgãos mais autoritários de nossa república, colocando-se até mesmo acima da lei em algumas oportunidades. Mas se acredita que hoje seja menos autoritário do que na década de 80, por exemplo. Segundo José Reinaldo de Lima Lopes:

[...] a máquina judiciária ainda padece de dois problemas: é centralizada e concentrada. Centralizada porque a carreira da magistratura é estadual e não municipal ou distrital: assim, a progressão na carreira é sempre progressão para o centro, as grandes cidades e capitais [...] Centralizada porque apesar de o Judiciário ser basicamente estadual a legislação é basicamente federal [...] o sistema é concentrado: o próprio regime de recursos concentra as decisões nos órgãos superiores da máquina [...] a concentração e a centralização da Justiça têm um impacto no curso dos processos, tornando-os mais longos e mais caros [...] sendo o sistema concentrado, centralizado e não dispondo de meios financeiros para sua ampliação, a Justiça é cara e distante para os cidadãos.¹¹²

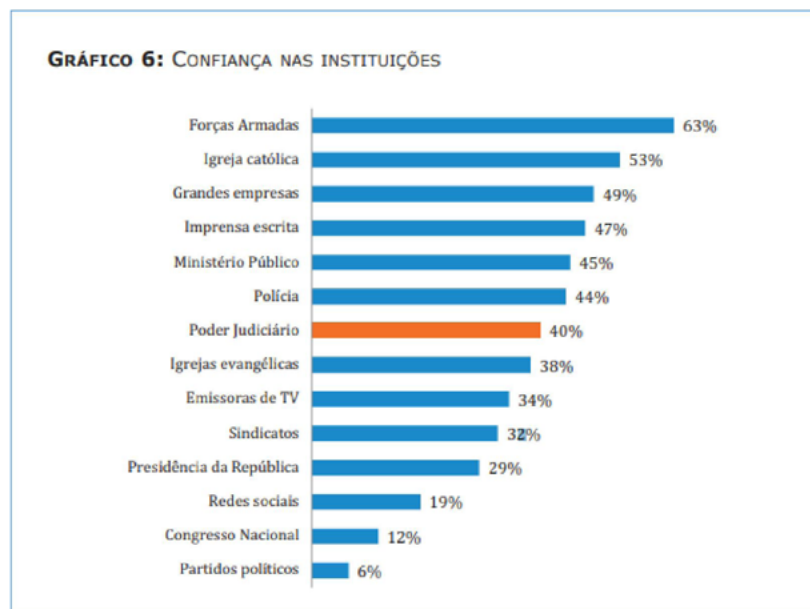
De fato, a estrutura judicial brasileira é extremamente verticalizada. As políticas judiciárias são estabelecidas pelas cúpulas, não havendo espaço para a voz de magistrados de primeiro grau, de advogados, de servidores, enfim, de todos os envolvidos na prestação jurisdicional.

Para a sociedade brasileira, o Judiciário não tem um alto grau de confiança. De acordo com o Índice de Confiança na Justiça Brasileira, mantido pela FGV¹¹³, ele é menos confiável do que as “Grandes Empresas” e perde também para outros integrantes do Sistema de Justiça (Ministério Público e Polícia). Em destaque:

112 LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Coord.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 73/74 *in passim*.

113 RAMOS, Luciana de Oliveira; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SAMPAIO, Joelson de Oliveira. **Relatório ICJBrasil 2021**. São Paulo: FGV Direito SP.

Gráfico 1 - Confiança nas Instituições



RAMOS, Luciana de Oliveira; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SAMPAIO, Joelson de Oliveira. Relatório ICJBrasil 2021
São Paulo: FGV Direito SP, p. 11

Fonte: RAMOS, Luciana de Oliveira; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SAMPAIO, Joelson de Oliveira. Relatório ICJBrasil 2021. São Paulo: FGV Direito SP (2021).

Assim, ao estudar o enfrentamento de litigantes habituais no Sistema de Justiça deve-se evitar estereotipar a instituição ou mesmo concebê-la de forma uniforme, compreendendo as ambivalências que lhes são próprias, sem subestimar o poder para realizar significativa modificação na vida das pessoas. No capítulo 3 desta tese aprofunda-se a discussão sobre o Sistema de Justiça.

1.2.5 A GLOBALIZAÇÃO E O CAPITALISMO TARDIO: CONTENDO A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Por fim, dentro do problema da efetividade de direitos não há como ignorar a perspectiva da globalização e de um capitalismo tardio, sobretudo considerando a posição do Brasil no teatro global. Há uma forte relação entre capitalismo e globalização¹¹⁴ e seus impactos são sentidos diariamente.

A efetivação de direitos na contemporaneidade é afetada diretamente por eventos que ocorrem fora do território nacional. Fatores externos, ligados à manobras de outros Estados e acima de tudo manobras de grandes conglomerados econômicos, empresas que têm um faturamento superior ao PIB de muitos países. Com efeito, uma economia transnacional marca o globo no século XX¹¹⁵.

Isto não quer dizer que os Estados-nação tenham perdido sua importância na dinâmica global. Eles ainda são a base que sustentam as megacorporações. Neste sentido: “É claro que o capitalismo continua a ter bases nacionais, mas estas já não são determinantes.

114 “[...] o capitalismo global é o que é não somente por ser global, mas, acima de tudo, por ser capitalista. Os problemas que associamos à globalização — a injustiça social, o abismo crescente entre ricos e pobres, os ‘déficits democráticos’, a degradação ecológica, e assim por diante — não existem simplesmente porque a economia é ‘global’, ou porque as empresas globais são incomparavelmente cruéis, nem mesmo por serem excepcionalmente poderosas. Esses problemas existem porque o capitalismo, seja ele nacional ou global, é movido por certos imperativos sistêmicos: o imperativo da concorrência, da maximização dos lucros e da acumulação, que inevitavelmente exigem a colocação do valor de troca na frente do valor de uso e do lucro na frente das pessoas” (WOOD, Ellen Meiksins. **O império do capital**. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 24).

115 “Quando a economia transnacional estabeleceu seu domínio sobre o mundo, solapou uma grande instituição, até 1945 praticamente universal: o Estado-nação territorial, pois um Estado assim já não poderia controlar mais que uma parte cada vez menor de seus assuntos. Organizações cujo campo de ação era efetivamente limitado pelas fronteiras de seu território, como sindicatos, parlamentos e sistemas públicos de rádio e televisão nacionais, saíram portanto perdendo, enquanto organizações não limitadas desse jeito, como empresas transnacionais, o mercado de moeda internacional e os meios de comunicação da era do satélite, saíram ganhando” (HOBBSBAWM, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 413).

A dinâmica do capital, sob todas as suas formas, rompe ou ultrapassa fronteiras geográficas, regimes políticos, culturas e civilizações¹¹⁶. Aliás, concorda-se com Jessé Souza: "Não existe nenhum exemplo histórico de desenvolvimento de um mercado capitalista dinâmico sem que o Estado tenha sido o apoio e esteio principal"¹¹⁷.

O planeta Terra é composto por uma multiplicidade de sociedades e populações, e historicamente algumas delas organizaram-se e conseguiram manter uma exploração sobre as demais. Não existe uma única e uniforme globalização¹¹⁸. Vive-se, dentro de uma perspectiva do Sul, um modelo de globalização neocolonial. Segundo Eduardo Cambi, Letícia de Andrade Porto e Melina Girardi Fachin:

No modelo de globalização neocolonial, as fronteiras nacionais são abertas ao capital, inclusive ao puramente especulativo, não ao trabalho. Os Estados mais ricos protegem suas fronteiras e controlam os fluxos migratórios, reprimindo, com o uso da força, os migrantes tidos como ilegais.¹¹⁹

Portanto, a globalização em um modelo neocolonial acaba sujeitando países da periferia à vontade dos países centrais¹²⁰. Embora a expressão "globalização" apareça na mídia e mesmo em trabalhos acadêmicos como algo "neutro", sem qualquer carga valorativa ou política, na verdade ela contém uma ideologia muito

116 IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 58.

117 SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019, p. 211.

118 SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2025.

119 CAMBI, Eduardo, PORTO, Letícia de Andrade Porto, FACHIN, Melina Girardi. **Constituição e direitos humanos: tutela dos grupos vulneráveis**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 335.

120 "Nas linhas essenciais do mundo atual é indispensável ver o novo da globalidade, mas também o velho, e no velho se encontra o colonialismo da idade moderna, um colonialismo global que hoje é também neoliberal e pós-moderno. A reconversão é em grande parte uma recolonização" (CASANOVA, Pablo González. Globalidade, neoliberalismo e democracia. In: GENTILI, Pablo (Org.) **Globalização excludente: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000, p. 50).

forte. Segundo Miriam Limoeiro-Cardoso: “A acepção dominante de ‘globalização’ é, pois, uma ideologia. Expressa posições e interesses de forças econômicas extremamente poderosas e vem comandando intensa luta ideológica — luta essa que passa pela mídia e pela universidade — para tornar-se dominante mundo afora”¹²¹

Dentro desta acepção “neutra”, a globalização seria o “Termo que designa a integração cada vez maior dos mercados de *commodities* e financeiros, dos meios de comunicação e dos transportes em escala global”¹²².

Ora, esta noção não dá conta do principal fenômeno da globalização, que é justamente o enfraquecimento dos Estados-nação¹²³. Não se trata, portanto, apenas de mudanças nos meios de comunicação e dos transportes, mas de mudança na distribuição do poder. Conforme Octavio Ianni:

Já é possível reconhecer que o significado do Estado-nação tem sido alterado drasticamente, quando examinado à luz da globalização do capitalismo intensificada desde o término da Segunda Guerra Mundial e acelerada com o fim da Guerra Fria. Algumas das características ‘clássicas’ do Estado-nação parecem modificadas, ou radicalmente transformadas.¹²⁴

O poder é exercido por fora do Estado contra o próprio Estado. Conforme Boaventura de Sousa Santos, no século XX, viu-se

121 LIMOEIRO-CARDOSO, Miriam. Ideologia da globalização e (des) caminhos da ciência social. In: GENTILI, Pablo (Org.). **Globalização excludente**: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 98.

122 SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do Século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 371.

123 “Com a integração dos mercados, a globalização econômica tornou os fluxos de capitais mais difíceis de serem controlados. Levou a política a ser substituída pelo mercado como instância máxima de regulação social, deixando as decisões governamentais vulneráveis a opções feitas em outros lugares sobre as quais têm escasso poder de influência e pressão” (FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estudos Avançados**, São Paulo, vol. 18, nº 51, maio/agosto de 2004, p. 103-125 p. 113).

124 IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 59.

“[...] a emergência de um constitucionalismo global das empresas multinacionais que prevalece sobre as leis nacionais e as viola frequentemente, mas tem prioridade sobre elas como antes a lei constitucional tinha prioridade sobre as leis ordinárias”¹²⁵.

Esta globalização atinge os Estados-nação e atinge também o Sistema de Justiça existente. Isto porque a globalização extrapola o econômico e avança na cultura, na sociedade e no mundo jurídico. Em outros termos: “Globalizam-se as instituições, os princípios jurídicos-políticos, os padrões sócio-culturais e os ideais que constituem as condições e os produtos civilizatórios do capitalismo”¹²⁶. Então a ideologia da globalização se espalha por todos os lados¹²⁷, inclusive no âmbito do Sistema de Justiça.

O que é o capitalismo? O debate é grande. Não se aventurará por este caminho. Para fins deste estudo, eis um noção meramente formal:

Sistema econômico e social predominante na maioria dos países industrializados ou em fase de industrialização. Neles, a economia baseia-se na separação entre trabalhadores juridicamente livres, que dispõem apenas da força de trabalho e a vendem em troca de salário, e capitalistas, os quais são proprietários dos meios de produção e contratam os trabalhadores para produzir mercadorias (bens dirigidos para o mercado) visando à obtenção de lucro.¹²⁸

125 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 90.

126 IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 58.

127 Se uma ideologia se espalha por uma sociedade e consegue impregnar quase todos os espaços, ela passa a comandar os processos sociais e a se exercer como um efetivo poder de direção” (LIMOEIRO-CARDOSO, Miriam. *Ideologia da globalização e (des) caminhos da ciência social*. In: GENTILI, Pablo (Org.). **Globalização excludente**: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 124).

128 SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do Século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 116.

Conforme coloca objetivamente Immanuel Wallerstein: “Qual o problema principal dos capitalistas num sistema capitalista? A resposta é clara: individualmente, otimizar seus benefícios, e, coletivamente, assegurar a acumulação contínua e incessante de capital”¹²⁹. A maximização dos lucros e a acumulação são dois imperativos sistêmicos do capitalismo. Uma empresa que não siga esta dinâmica não prosperará e tende a desaparecer¹³⁰.

Entre os capitalistas não há uniformidade. Atualmente tem prevalecido a força do capital financeiro, embora o capital da tecnologia tente ultrapassá-lo. No caso dos EUA, país que tanto simboliza o capitalismo contemporâneo, vê-se a tensão entre o centro tradicional de *Wall Street* e o Vale do Silício. Inclusive, as maiores corporações globais hoje são do mercado da tecnologia, Apple, Microsoft, Alphabet (Google), Amazon e Meta.

De qualquer forma, as instituições financeiras têm prevalecido no globo e controlado este momento do capitalismo. Sobre o capital financeiro:

A rigor, o capital financeiro parece adquirir mais força do que em qualquer época anterior, quando ainda se encontrava enraizado em centros decisórios nacionais, mais ou menos subordinados ao Estado-nação. Além da mundialização acelerada e generalizada das forças produtivas, dos processos econômicos, da nova divisão internacional do trabalho, formam-se redes e circuitos informatizados, por meio dos quais as transnacionais e os bancos movem o capital por todos os centros do mundo.¹³¹

129 WALLERSTEIN, Immanuel. A reestruturação capitalista e o sistema-mundo. In: GENTILI, Pablo. **Globalização Excludente**: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000, p. 228.

130 Nas palavras de WOOD, Ellen Meiksins: “Nem mesmo a empresa mais benigna ou ‘responsável’ consegue fugir destas compulsões, e deve seguir as leis do mercado para sobreviver — o que inevitavelmente significa colocar o lucro acima de todas as outras considerações, com todas as suas consequências perdulárias e destrutivas” (**O império do capital**. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 24).

131 IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 69.

Vive-se uma fase na qual o oligopólio é a regra e não mais a exceção. Está-se diante de um capitalismo tardio¹³². Conforme coloca Ladislau Dowbor:

Ao longo de anos de fusões e aquisições, qualquer pessoa informada já podia entender a transição do capitalismo concorrencial para um sistema de oligopólios nas diversas aldeias produtivas. Com o controle dos grupos financeiros sobre o conjunto, frequentemente milhares de empresas produtivas, a visão se desloca.¹³³

Então, neste cenário, além das forças internas que obstaculizam e opõem-se à efetivação dos direitos dos mais fracos, da grande massa da população, apresentam-se também forças globais. Mesmo quando um candidato popular consegue chegar ao poder não tem a força necessária para implementar as reformas necessárias à emancipação prometida, pois é pressionado por fatores externos.

Tem-se recursos e tecnologia para uma sociedade muito mais igual e com muito menos pobreza. Mas os avanços são refletidos em lucros para poucos. O aumento da produtividade e os mecanismos tecnológicos deveriam melhorar a vida da humanidade, mas, ao contrário, servem apenas para potencializar a acumulação do capital¹³⁴.

132 "Conceito desenvolvido pelo economista belga Ernest Mandel em seu livro 'O capitalismo tardio' (1972), e que caracterizaria a atual fase do capitalismo monopolista, desencadeada a partir de uma terceira revolução tecnológica (1940-1945), com a crescente introdução da automação da produção, a internacionalização e centralização do capital em conglomerados multinacionais, a rápida depreciação e o encurtamento do tempo de rotação do capital fixo e a busca do superlucro como principal estímulo de acumulação" (SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do Século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 117).

133 DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo**: por que oito famílias têm mais riqueza do que a metade da população do mundo? São Paulo: Autonomia Literária, 2017, p. 77.

134 "As novas tecnologias e as novas formas de organização do trabalho têm permitido aumento substancial da produtividade. O resultado imediato tem sido a acelerada e crescente dispensa de mão-de-obra [...] Neste caso, a redução do trabalho necessário não libera tempo para a vida. Libera para a exclusão e a miséria um contingente enorme e cada vez maior de trabalhadores. Ou seja, sob o domínio do capital, o aumento de produtividade não reverte para 'a sociedade', reverte exclusivamente para o capital" (LIMOIRO-CARDOSO, Miriam. Ideologia da globalização e (des) caminhos da ciência social. In: GENTILI, Pablo (Org.). **Globalização excludente**: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 114).

De qualquer forma, o poder econômico é hoje uma grande barreira à efetivação de direitos. Nunca fez tanto sentido a seguinte passagem de Norberto Bobbio: “A luta pelos direitos teve como primeiro adversário o poder religioso; depois o poder político; e, por fim, o poder econômico”¹³⁵. Há quem profetize uma derrocada do capitalismo e a mudança para outro sistema¹³⁶, mas nunca o mercado foi tão poderoso e esteve tão embrenhado no cotidiano das pessoas. Assim, vive-se em uma fase bem peculiar do capitalismo e a globalização não pode passar despercebida de nenhum trabalho científico contemporâneo.

Por isso, embora o tema central da tese seja o enfrentamento do litigante habitual no Sistema de Justiça do Brasil, não se pode ignorar a inserção do país nesta realidade global e capitalista.

1.2.6 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Desenvolvida a questão da efetivação de direitos, passa-se ao desenvolvimento da questão da proteção do consumidor dentro deste capítulo sobre a problematização.

Começa-se com uma dissociação. A dissociação entre ser humano e consumidor. A onipresença do mercado em nossas vidas é tamanha que tendemos a naturalizar a nossa condição de consumidores. Mas se trata de uma construção humana, relacionada

135 BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 229.

136 Em conferência em 1995, Immanuel Wallerstein colocou: “[...] o período que temos pela frente, os próximos 30-40 anos, será o momento da desintegração do sistema histórico capitalista. Não será um momento agradável de se viver. Mas um período negro, cheio de inseguranças pessoais, incertezas quanto ao futuro e ódios violentos. Ao mesmo tempo, será um período de transição maciça para alguma outra coisa, um sistema (ou sistemas) novo” (WALLERSTEIN, Immanuel. A reestruturação capitalista e o sistema-mundo. /n: GENTILI, Pablo (Org.). **Globalização excludente: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial**. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 249).

a aspectos sociais, culturais e econômicos. Já existiu um mundo sem consumidores. Aliás, na maior parte de sua história a espécie humana viveu frugalmente, com poucos objetos e recursos. As pessoas das cavernas comiam alimentos, bebiam água, confeccionavam arcos-e-flecha, mas não consumiam estes objetos, como entendemos o sentido de “consumir” hoje¹³⁷. A noção contemporânea de consumo liga-se ao modelo econômico capitalista e suas específicas características.

Por isso, quando se atribui um sentido amplo ao verbo “consumir” ou ao substantivo “consumidor” corre-se o risco de graves anacronismos. Por exemplo, há quem veja no Código de Hammurabi¹³⁸ normas relacionadas ao direito do consumidor. Este discurso é difundido em aulas e textos de diferentes autores¹³⁹. Mas é algo cientificamente insustentável. Compõe a lista de constrangimentos que os juristas se submetem pela recusa à interdisciplinaridade e pelo desrespeito aos demais campos do saber.

Como afirmado, na maior parte da história humana não existiram consumidores. Eles são uma invenção com pouco mais de 200 anos, caso se repete sua origem já no século XIX, ou de menos de 100 anos, caso se considere as particularidades do século XX. O *homo sapiens* não é naturalmente um consumidor. Isto é resultado

137 “É preciso estabelecer claramente que não são os objetos e os produtos materiais que são objeto de consumo: estes são apenas objeto da necessidade e da satisfação. Em todos os tempos comprou-se, possuiu-se, usufruiu-se, gastou-se — e, contudo, não se ‘consumiu’. As festas ‘primitivas’, a prodigalidade do senhor feudal, o luxo do burguês do século XIX não pertencem ao consumo” (BAUDRILLARD, Jean. **O sistema de objetos**. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 207).

138 “O monumento jurídico mais importante da antiguidade antes de Roma é o Código de Hammurabi, rei da Babilônia (provavelmente 1726-1686). O texto provavelmente redigido por volta de 1694, antes de Cristo, está gravado numa estela descoberta em Susa em 1901 e actualmente conservada em Paris no Museu do Louvre” (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1994, p. 61).

139 FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 22; MARIMPIETRI, Flávia. O histórico da defesa do consumidor no Brasil e na Argentina. **Direito UNIFACS-Debate Virtual**, n. 171, 2014.

de uma construção histórica, que tem lugar, tempo e fatores determináveis. A noção de consumidor vem acompanhada de muitas outras, como a de mercado, fornecedor, produto, capitalismo, sociedade de consumo e consumismo, por exemplo.

No campo da teoria do direito, então, o direito do consumidor é algo ainda mais recente¹⁴⁰, englobando apenas algumas décadas.

O consumidor nasceu no começo do século XIX, na Inglaterra, dentro de um contexto histórico específico, hoje denominado como Revolução Industrial¹⁴¹. Inclusive há quem vislumbre neste momento o início da contemporânea sociedade de consumo¹⁴². Particularmente, entende-se inapropriado este pensamento, pois, seguindo Jean Baudrillard (1929-2007)¹⁴³, a comunicação em massa é um elemento estruturante da sociedade de consumo e ela só se desenvolveu a partir do século XX. A indústria cultural e a massificação do consumo só se tornou possível após alguma distribuição de direitos e renda, por isso é no século XX que a sociedade de consumo melhor se situa. Teoricamente, portanto, não há uma correspondência histórica entre as noções de consumidor e sociedade de consumo.

Não se pretende aqui analisar todos os fatores que contribuíram para a Revolução Industrial. Apenas chamar atenção ao capitalismo que a impulsiona. A Inglaterra é uma grande potência

140 SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor**: um estudo sobre as origens das leis principiologicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009, p. 9.

141 "A Revolução Industrial provocou dezenas de reviravoltas importantes na sociedade humana. Adaptar-se ao tempo industrial é apenas uma delas. Outros exemplos notáveis incluem a urbanização, o desaparecimento da classe camponesa, a ascensão do proletariado industrial, o empoderamento do indivíduo comum, a democratização, a cultura jovem e a desintegração do patriarcado" (HARARI, Yuval Noah. **Sapiens - uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&PM, 2018, p. 475)

142 MCKENDRICK, Neil; BREWER, John; PLUMB, John Harold. **The Birth of a Consumer Society: the Commercialization of Eighteenth Century England**. Bloomington, Indiana University Press, 1982, p. 9.

143 "O que caracteriza a sociedade de consumo é a universalidade do 'fait divers' na comunicação de massa [...] As comunicações de massa não nos fornecem a realidade, mas a vertigem da realidade" (BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 24).

do Norte Global nos Séculos XVIII e XIX, que já tinha passado por um capitalismo agrário¹⁴⁴. Está-se diante do Império Britânico que dominou boa parte do globo e foi a grande potência do século XIX¹⁴⁵. Seu poder se estendia pela América (Canadá, Caribe), pela África (Egito, África do Sul), Ásia (Índia, Hong Kong) e Oceania (Austrália, Nova Zelândia).

O colonialismo faz parte desta história britânica de forma marcante¹⁴⁶. Ou seja, a Revolução Industrial foi possível graças à exploração de outros povos¹⁴⁷. Muitas vezes este elemento é omitido ou atenuado pela teoria tradicional. Mas em uma tese crítica, isto não pode passar despercebido.

A Revolução Industrial e o seu desenvolvimento têm relação direta com o modelo econômico capitalista. Também esta relação é atenuada mesmo em textos acadêmicos. Oculta-se o capitalismo, evita-se falar sobre ele. Então, por exemplo, Thomas Alva Edison (1847-1931) é lembrado como o inventor da lâmpada incandescente,

144 WOOD, Ellen Meiksins. **O império do capital**. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 65.

145 "A historiografia das relações internacionais associa o século XIX à supremacia britânica, muitas vezes denominando o período entre a derrota de Napoleão e a Primeira Guerra Mundial como *Pax Britannica*. Este termo, quando empregado, vincula-se a um olhar excessivamente europeu sobre aqueles cem anos, entendendo-os como de predomínio da paz no continente, mas ignorando as profundas violências exercidas em todo o planeta" (PASSETTI, Gabriel. Os Britânicos e seu Império: debates e novos campos da historiografia do período vitoriano. **História (São Paulo)** v. 35, e77, 2016).

146 "[...] é impossível negar a importância das colônias no altamente lucrativo comércio externo da Grã-Bretanha, e o papel essencial desempenhado pelos escravos na produção de suas mercadorias altamente lucrativas, o fumo e o açúcar. Também não se pode negar que a industrialização na sede do Império, baseada na produção de têxteis de algodão, dependia do algodão colonial produzido em grande parte por escravos nas Índias Ocidentais" (WOOD, Ellen Meiksins. **O império do capital**. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 86).

147 "Essa opulência europeia é literalmente escandalosa, pois foi construída sobre as costas dos escravos, nutriu-se dos sangues dos escravos, provém em linha direta do solo e do subsolo do desse mundo subdesenvolvido. O bem-estar e o progresso da Europa foram edificados com o suor e os cadáveres dos negros, dos árabes, dos índios e dos amarelos" (FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Zahar, 2022, p. 92).

mas não como o grande empresário fundador da General Electric (GE)¹⁴⁸, ou seja, como um típico capitalista do Século XIX.

A Revolução Industrial é um raro momento histórico em que a produção em escala de bens diminuiu o seu custo¹⁴⁹. Uma produção em escala possível graças aos avanços tecnológicos, mas também à mão-de-obra barata. As máquinas não funcionavam sozinhas e precisavam de trabalhadores. Não se pode ignorar ou subestimar o fator humano atrelado ao lado da produção¹⁵⁰. Assim, a Revolução Industrial é possibilitada pela exploração dos povos colonizados, mas também pela exploração dos próprios britânicos.

Toda esta produção deve ter um destino: os consumidores. Há, portanto, uma íntima conexão entre capitalismo, trabalhadores e consumidores.

Com a redução do custo dos produtos, possível graças às máquinas, mas também à exploração da mão-de-obra humana, ampliou-se a base da demanda, havendo um aumento da capacidade de aquisição de bens por uma parte significativa da população inglesa.

148 A General Eletric é um gigantesco conglomerado empresarial, com sede nos EUA. Em 2021 tinha patrimônio estimado de 199 bilhões de dólares e faturamento anual de 74 bilhões de dólares.

149 "Nos países do centro, a Revolução Industrial terá efeitos fundamentais. Com a progressão da divisão do trabalho e da mecanização, a produtividade do trabalho dá um salto imenso, reduzindo radicalmente, pela primeira vez na história, o custo unitário dos produtos manufaturados" (DOWBOR, Ladislau. **Formação do terceiro mundo**. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 32).

150 "[...] a economia industrial britânica baseou-se extensamente, e muitas vezes fundamentalmente, na mão-de-obra manual qualificada, com ou sem a ajuda de máquinas equipadas de motor [...] na medida em que esta mão-de-obra não constituía tropeço para a realização de lucros satisfatórios, os atos custos para substituí-la, ou que acompanhava sua substituição, não pareciam justificar pela perspectivas de lucros obtidas sem ela" (HOBSBAWM, Eric J. **Pessoas extraordinárias: resistência, rebelião e jazz**. São Paulo: Paz e Terra, 1998, p. 115).

Há quem veja este fenômeno atingindo todas as classes sociais, indistintamente, dos ricos aos pobres¹⁵¹. Mas admitir que todos os ingleses tornaram-se “consumidores” no século XIX de forma indiscriminada reflete um exagero histórico. Houve um processo para que a vida dos pobres sofresse alguma alteração. Os ricos tornaram-se os primeiros consumidores juntamente com a classe média.

Os novos produtos, mais caros, chegaram às mãos da classe rica da sociedade. Mudaram-se os padrões de consumo desta classe e então as demais imitaram estes padrões¹⁵². É aquilo que na economia se denomina efeito demonstração¹⁵³. Um efeito que permanece até hoje. A pessoa com baixa renda deseja os bens consumidos pelas classes mais altas. Como não tem recursos, pois sua remuneração é sempre muito aquém do trabalho realizado, acaba se valendo do crédito. O pagamento de juros extorsivos deixa-na cada vez mais endividada, e dentro deste processo, o que lhe resta ao final é a própria exclusão da sociedade de consumo.

151 *"In imitation of the rich the middle ranks spent more frenziedly than ever before, and in imitation of them the rest of society joined in as best they might — and that best was unprecedented in the importance of its impact on aggregate demand. Spurred on by social emulation and a class competition, men and women surrendered eagerly to the pursuit of novelty, the hypnotic effects of fashion, and the enticements of persuasive commercial propaganda. As a result many objects, once the prized possessions of the rich, reached further than ever before down the social scale"* (MCKENDRICK, Neil; BREWER, John; PLUMB, John Harold. **The Birth of a Consumer Society: the Commercialization of Eighteenth Century England**. Bloomington, Indiana University Press, 1982, p. 11).

152 "O campo do consumo é, pelo contrário, um campo social estruturado em que os bens e as próprias necessidades, como também os diversos indícios de cultura, transitam de um grupo modelo e de uma elite directora para as outras categorias sociais, em conformidade com o seu ritmo de promoção relativa. Não existe a massa de consumidores e nenhuma necessidade emerge espontaneamente do consumidor de base: só terá de aparecer no *standard package* das necessidades se já tiver passado pelo *select package*" (BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 61).

153 "O efeito demonstração também caracteriza uma situação na qual os elementos de um estrato social procuram copiar padrões de comportamento de estratos superiores, tentando demonstrar um status que não possuem. O efeito demonstração é intensamente utilizado na publicidade, sugerindo que bastaria o simples consumo de determinados produtos para ascender na escala social" (SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do Século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 176).

O fenômeno do superendividamento¹⁵⁴ é grave e precisa ser seriamente considerado pela academia.

O consumo varia conforme as diferentes classes sociais, conforme bem demonstrado na clássica obra “Teoria da classe ociosa” do economista Thorstein Bunde Veblen (1857-1929) de 1899¹⁵⁵. O fenômeno observado no final do século XIX, continua presente em nossas vidas até hoje, potencializado pelas atuais estratégias de *marketing*.

Concomitante a esta mudança econômico-social há uma relevante mudança no âmbito intelectual. No campo do pensamento político vê-se no século XIX a consolidação do liberalismo. Ele já havia servido de arcabouço teórico às revoluções liberais dos Séculos XVII e XVIII, com destaque à Revolução Francesa, conforme obras de John Locke (1632-1704) ou James Harrington (1611-1677). Neste período, nos países do Norte, prevalecia o paradigma político do liberalismo, com o fortalecimento do mercado e forte desconfiança em relação ao Estado¹⁵⁶.

154 “Em nossa amostra, a maior parte dos indivíduos superendividados tem renda mensal entre um e dois salários mínimos, seguida da faixa de dois a três salários” (PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Perfil do superendividado brasileiro: uma pesquisa empírica. **Revista do Direito do Consumidor**, ano 24, número 101, setembro-outubro/2015, p. 460).

155 “Veblen tratou de consumo conspícuo frisando distintos estratos, ou seja, o consumo só pode ser considerado conspícuo porque se considera classes diferentes: o que determinada classe tem condições de consumir não é o mesmo que uma outra classe pode obter. Assim, uma classe superior pode consumir em excesso, em detrimento de outra inferior que deseja o consumo da superior. A forma de diferenciação numa sociedade se dá, portanto, também pela ótica do consumo de bens” (FERREIRA, Natânia Silva. Uma historiografia do consumo e da cultura material. **XV Congresso Brasileiro de História Econômica & 16ª Conferência Internacional de História de Empresas**, Osasco, 2023).

156 Segundo António Manuel Hespanha: “Esta desconfiança em relação ao Estado, que caracteriza o liberalismo de todos os matizes (desde o originário norte-americano até ao neoliberalismo dos nossos dias), crê, afinal, que a sociedade era, ela mesma, a origem e melhor garante de todos os direitos e que não necessita da mediação estadual, nem para os declarar, nem para os garantir, nem para lhes criar condições de gozo e exercício [...]” (HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2019, p. 385).

No campo do pensamento econômico, na Inglaterra do final do século XVIII surge a ciência econômica moderna. Um de seus marcos simbólicos é a obra “A Riqueza das Nações” (1776) de Adam Smith (1723-1790). Nasce aqui a escola clássica da economia¹⁵⁷, com seu viés liberal e individualista.

Nestes primórdios, a teoria econômica opera com o princípio da soberania do consumidor¹⁵⁸. Partia-se da perspectiva de que em um mercado competitivo, com várias empresas disputando o consumidor, este teria uma vantagem, e toda a economia giraria em torno de suas necessidades¹⁵⁹.

Dentro da teoria microeconômica, a demanda relaciona-se diretamente com o consumidor, suas preferências, seu poder de compra, suas expectativas etc. Em uma perspectiva individualista, que vê uma liberdade ilimitada no ato de consumo, dentro também de um paradigma racionalista, que vê uma decisão racional em cada ato de consumo, o consumidor faz suas escolhas racionalmente de modo absolutamente livre.

Nesta concepção, a empresa não tem qualquer vantagem em relação ao consumidor. Pelo contrário, é refém de suas vontades. Na economia clássica acredita-se na preponderância do consumidor,

157 “Linha de pensamento econômico que vai da publicação do livro *A Riqueza das Nações*, de Adam Smith, em 1776, aos *Princípios de Economia Política*, de John Stuart Mill, de 1848, e é marcada pela obra de David Ricardo, *Princípios da Economia Política e Tributação*, de 1817” (SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do Século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 299).

158 “Segundo o princípio da soberania, sendo o consumidor a peça-chave do mercado, ele é também o elemento orientador do que é preciso produzir, limitando-se o produtor a seguir seus desejos e necessidades. A soberania seria exercida à medida que existisse concorrência entre os produtores, por meio do poder de decisão dos consumidores em relação à compra dos bens”. (SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do Século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 176).

159 Conforme pontua Fábio Konder Comparato: “A idéia de uma sistemática proteção do consumidor, nas relações de mercado, é sem dúvida estranha à teoria econômica clássica [...] não cabe pois falar em proteção ao consumidor, pois entende-se que é este, afinal de contas, quem dita as leis do mercado” (COMPARATO, Fabio Konder. **A proteção do consumidor**: importante capítulo do direito econômico. RCGE, Porto Alegre, 6(14): 81-105, 1976).

pois “[...] sendo o consumidor a peça-chave do mercado, ele é também o elemento orientador do que é preciso produzir, limitando-se o produtor a seguir seus desejos e necessidades”¹⁶⁰.

A base política liberal que alimenta a teoria econômica clássica também alcança o pensamento jurídico¹⁶¹. Tem-se a formação da teoria moderna do direito privado, centrada na autonomia da vontade e na igualdade estritamente formal. O instrumento normativo de referência é o Código Civil Francês de 1804¹⁶².

O consumidor surge, portanto, dentro deste contexto histórico, no Norte Global, na maior potência imperial, a Inglaterra, diante de um pensamento liberal, uma teoria econômica clássica, e uma teoria de direito privado, que tem como pressuposto escolhas racionais e livres dos cidadãos. Teorias que tomam o consumidor como soberano na sociedade, ditando as próprias leis de mercado, sem desvantagem alguma em relação aos fornecedores.

Com o avançar do século XIX o poder britânico ficou cada vez maior. Explorando suas colônias, o Império britânico avança. Mas no âmbito doméstico, o sistema foi incomodado por uma perigosa classe: os trabalhadores.

160 SANDRONI, Paulo. Dicionário de economia do Século XXI. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 177.

161 Conforme ensina Antônio Manuel Hespanha: “[...] a igualdade e liberdade passam a estar, de várias formas, na base dos princípios fundamentais do direito privado, nomeadamente do princípio da liberdade contratual que atribui às partes de um contrato a plena liberdade de estabelecer, por mútuo acordo, os conteúdos deste. Como se pressupõe que as partes do contrato são iguais e que nenhuma delas pode, por isso, impor a sua vontade à outra, a liberdade contratual corresponde ao reconhecimento de que o contrato não é senão a expressão das respectivas vontades livres e incondicionadas das partes” (HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2019, p. 342).

162 “É verdade que muitas desigualdades e tributos (especialmente feudais) tinha sido abolidos, mas o Code de 1804 introduzia outras. Por exemplo, a discriminação contra a mulher, sobretudo casadas, o que pode ser visto em particular nas restrições à participação ds mulheres nos conselhos de família ou a servirem de testemunhas, na sujeição da esposa à utoridade do marido e na obrigação de concordar com ele, assim como no princípio de reservar para o marido o direito de administrar a propriedade de sua esposa. Havia também discriminação contra o direito dos trabalhadores, como mostra, por exemplo, o sistema de registro de operários (*livrets d’ouvriers*)” (CAENEGEM, Raul C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 13).

Uma visão fragmentada não permite enxergar a complexidade dos processos históricos. O direito do consumidor surge após o enfraquecimento daquele pensamento político liberal, da economia clássica e da teoria moderna do direito privado. Um dos agentes desta transformação foi justamente a classe trabalhadora. Sua luta e reivindicações, hoje convenientemente obscurecidas pela teoria tradicional, desencadearam importantes mudanças no mundo. É na classe dos trabalhadores que se encontra o germe das mudanças sociais.

A organização dos sindicatos, movimentos como o luddismo¹⁶³ e o cartismo, e demais movimentos dos trabalhadores, de diferentes segmentos, provocaram relevantes impactos na sociedade.

Tratou-se de uma resposta diante da grande exploração que marcou o século XIX. De fato, em comparação aos padrões atuais, a realidade do trabalhador neste período era extremamente desumana. Não se poupavam sequer as crianças¹⁶⁴. Segundo Eric J. Hobsbawm:

Se um fator dominava a vida dos trabalhadores do século XIX, esse fator era a insegurança. Eles não sabiam no princípio da semana quanto levariam para casa na sexta-feira. Não sabiam quanto tempo duraria o emprego atual ou, se viessem a perdê-lo, quando voltariam a encontrar outro e em que condições. Não sabiam que acidentes ou doenças os afetariam, e, embora não ignorasse que algum dia no meio da vida — talvez quarenta anos para os trabalhadores não especializados, talvez cinquenta para

163 "Os 12 mil soldados empregados contra os ludditas excederam grandemente em número o exército que Wellington levou para a Península em 1808" (HOBSBAWM, Eric J. **Pessoas extraordinárias: resistência, rebelião e jazz**. São Paulo: Paz e Terra, 1998, p. 15-29).

164 "Um americano, ao descrever uma fiação de lã em Yorkshire, em 1815, observou que aproximadamente 50 meninos e meninas estavam trabalhando, chegando às 6 horas e saindo às 19 horas. No inverno, chegavam no escuro e saíam no escuro. A criança mais velha não tinha mais de 10 anos de idade. Todos estavam lambuzados de poeira e óleo vindos da lã crua que manipulavam. A nova fábrica, ao contrário dos trabalhos rurais, tais como cuidar dos gansos e ordenhar as vacas, era um tirano incansável que exigia atenção das crianças o dia inteiro, mesmo quando estavam a ponto de adormecer de exaustão" (BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do mundo**. São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2008, p. 260).

os especializados — iriam tornar-se incapazes para o trabalho físico pleno e adulto, não sabiam o que aconteceria entre esse momento e a morte.¹⁶⁵

No âmbito teórico, o socialismo avança em terras inglesas¹⁶⁶. Aliás, diferentes movimentos socialistas espalharam-se por todo o território europeu¹⁶⁷. A questão social explode em diferentes segmentos da sociedade e aparece inclusive dentro da Igreja Católica¹⁶⁸. Um dos mais relevantes é o socialismo científico de Karl Marx (1818-1883) e Friedrich Engels (1820-1895), com ideias bem expostas no “Manifesto do Partido Comunista”¹⁶⁹ de 1848.

Aliás, Marx produziu impactos na economia clássica de seu tempo ao desenvolver a noção de mais-valia¹⁷⁰, demonstrando cientificamente, diante do valor-trabalho, como o lucro dos capitalistas decorria diretamente da exploração dos trabalhadores¹⁷¹.

165 HOBBSAWM, Eric J. **A era do capital - 1848-1875**. Paz e Terra: São Paulo, 2012, p. 334.

166 “A década de 1880 é conhecida por todos os historiadores do movimento operário como a década do chamado renascimento do socialismo na Grã-Bretanha” (HOBBSAWM, Eric J. **Pessoas extraordinárias: resistência, rebelião e jazz**. São Paulo: Paz e Terra, 1998, p. 98).

167 [...] três novas tendências emergiam na política das tensões confusas da nova Era de Depressão econômica, que em quase todos os lugares veio a ser uma era de agitação social e descontentamento. A primeira tendência, e quase que aparentemente nova, era a emergência de partidos e movimentos de classe operária, geralmente com uma orientação socialista (isto é, cada vez mais marxista), dos quais o Partido Social-Democrata Alemão era o pioneiro e o exemplo mais expressivo” (HOBBSAWM, Eric J. **A era do capital - 1848-1875**. Paz e Terra: São Paulo, 2012, p. 458).

168 V.g. a Encíclica *Rerum Novarum* (1891), do Papa Leão XIII, e o desenvolvimento da Doutrina Social da Igreja.

169 MARX, Karl, e ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Martin Claret: São Paulo, 2004 [1848].

170 “Conceito fundamental da economia política marxista, que consiste no valor do trabalho não pago ao trabalhador, isto é, na exploração exercida pelos capitalistas sobre seus assalariados” (SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do Século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 503).

171 “A descoberta da compra e venda da capacidade de trabalho como essência das ‘relações industriais’ ocultas no fenômeno da ‘circulação de mercadorias’, insistiu Marx, foi tão chocante quanto revolucionária: um primeiro passo rumo à restauração da substância humana na realidade cada vez mais desumanizada da exploração capitalista” (BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 22).

Neste cenário, no qual o liberalismo e a economia clássica sofrem significativos choques, a teoria jurídica do direito privado sofre a primeira ruptura a partir das leis trabalhistas. O trabalhador não é livre para negociar com seu empregador. Não há igualdade alguma entre eles, mas verdadeira subordinação e sujeição do trabalhador que, por isso mesmo, encontra-se em situação de desvantagem. Hoje compreende-se como uma posição de vulnerabilidade.

A liberdade e igualdade que alicerçam o pensamento hegemônico e afastam a intervenção ou qualquer regulação estatal, se revelam como ilusões, de todo insustentáveis. As lutas sociais são travadas, muito sangue e lágrimas serão vertidos durante o século XIX¹⁷² e também no século XX para que seja reconhecida a vulnerabilidade do trabalhador no mercado de trabalho.

Historicamente, embora existam outras contribuições importantes, é a classe trabalhadora que causa severos abalos no capitalismo existente. E com base nela os juristas desenvolvem a noção de vulnerabilidade. Por isso, dentro de uma visão ampla não há como desvincular o direito do trabalho do direito do consumidor. Há sérias convergências entre eles¹⁷³. Nas palavras de Marcelo Gomes Sodré:

Durante todo o século XIX e parte do século XX os conflitos sociais foram entre trabalhadores e patrões: a luta primeiro foi pelo acesso à terra e depois pelo domínio dos meios de produção. A partir de meados do século XX, foi agregado outro tipo de conflito, resultante do outro vértice

172 "Na Europa da segunda metade do século 19, as exigências por igualdade econômica tornaram-se fortes em determinados anos. Foram mais fortes nas cidades porque nelas era mais fácil organizar movimentos de protesto não oficiais do que nos vilarejos [...] As exigências de reformas econômicas foram estimuladas pelo aumento do desemprego nos anos difíceis e pelo fato de que estar desempregado numa cidade grande era muito pior do que no interior, onde, pelo menos, podia-se conseguir lenha e onde os parentes podiam ser visitados à procura de comida e abrigo" (BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do mundo**. São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2008, p. 277).

173 "Da relação trabalho-capital nasceu o direito do trabalho. Da relação produção-consumo está nascendo o direito do consumidor" (SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor**: um estudo sobre as origens das leis principiologicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009, p. 12).

da sociedade moderna: a luta pelo acesso ao consumo de bens seguros e a garantia da informação plena a respeito dos produtos e serviços colocados no mercado.¹⁷⁴

Aliás, assim como o trabalhador encontra-se alienado, também o consumidor¹⁷⁵. Ambos encontram-se reféns do mercado. Ambos dependem de organização para conseguir alguma melhoria momentânea e provisória. No entanto, apesar desta convergência histórica, os movimentos trabalhistas e consumeristas têm agido separadamente. A articulação dos diferentes movimentos poderia hoje trazer fortes resultados sociais¹⁷⁶.

Retornando à análise da intelectualidade do período, ainda não se mencionou o significativo abalo sofrido pelo pensamento liberal. Algo que teve a capacidade de romper com o próprio paradigma racionalista e o cartesianismo. Refere-se aqui à psicologia. Seu surgimento e desenvolvimento enquanto ciência moderna.

A teoria econômica clássica e a própria teoria jurídica tradicional sustentam-se na racionalidade cartesiana. Mas a psicologia demonstra sua fragilidade ao evidenciar a relação entre a razão e as emoções, e como estas têm sido subestimadas pelo pensamento ocidental.

174 SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor**: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009, p. 10.

175 "O indivíduo resta inculcado por comportamentos normalizados que perpetuam a autoconservação do sistema capitalista, sua condição de consumidor é entendida, na leitura frankfurtiana, como naturalizada e racional. O sujeito, polo da tensão sujeito/mercado de consumo, é integralmente 'civilizado', capturado e reduzido a elemento do processo técnico da reprodução social. Desdobra-se um sujeito eliminado de sua consciência, inserido numa razão funcionalista da aparelhagem econômica" (ACOSTA JUNIOR, Jorge Aberto de Macedo. Para uma sociologia jurídica crítica do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 26, vol. 113, setembro-outubro/2017, p. 251-269).

176 "Se os movimentos vão se manter separados — feministas de um lado, operários, indígenas e ecologistas de outro, direitos humanos aqui, sociedades de bairro ali —, sem articulação, não iremos longe. Há um excesso de teorias de separação e muito poucas teorias de união, por uma tradição nefasta, a meu ver, na política de esquerda: a crença de que politizar uma questão é polarizar uma diferença" (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 99).

Para evitar o estereótipo, é bom registrar que os economistas clássicos não desconheciam os impactos das emoções na realidade econômica¹⁷⁷. Também a filosofia é repleta de considerações sobre aspectos emocionais dos seres humanos. Ainda assim, a autonomia da psicologia é algo que impacta consideravelmente a intelectualidade do ocidente no final do século XIX.

Pode-se destacar dois pensadores de linhas bem distintas: Wilhelm Wundt (1832-1920), dedicado à psicologia experimental, e Sigmund Freud (1856-1939) dentro da psicanálise. Ambos, cada um com suas características, abalaram o paradigma racionalista moderno. O controle racional, a tomada de decisões com um padrão “lógico e matemático” mostraram-se exagerados.

Primeiro há algo dentro das pessoas que elas não controlam e que impacta subliminarmente suas decisões. A descoberta do inconsciente¹⁷⁸ é algo revolucionário. Depois, há algo fora das pessoas, que também não é por elas controlado e que as condicionam significativamente. No Século XX, surge o behaviorismo, com o trabalho de John B. Watson (1878-1958) e B.F. Skinner (1904-1990). Inconsciente e ambiente, qual é o espaço para a escolha livre e racional?

Como já demonstrado, o princípio da soberania do consumidor alicerça-se na teoria da escolha racional. Mas a psicologia demonstra que o consumidor não age apenas racionalmente. Ele

177 Conforme coloca Richard Thaler: “Dos escritos de Smith sobre o que agora consideraríamos economia comportamental, a maior parte aparece em seu livro anterior, Teoria dos sentimentos morais, publicado em 1759. É nele que Smith discorre sobre autocontrole [...] A característica crucial da concepção de Smith sobre nossas paixões é que elas são míopes, ou seja, só enxergam o que está perto” (THALER, Richard. **Misbehaving - a construção da economia comportamental**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019, p. 102).

178 “O inconsciente exprime ‘o conjunto dos conteúdos não presentes no campo atual da consciência. É constituído por conteúdos reprimidos, que não têm acesso aos sistemas pré-consciente/consciente, pela ação de censuras internas. Esses conteúdos podem ter sido conscientes, em algum momento, e terem sido reprimidos, isto é, ‘foram’ para o inconsciente, ou podem ser genuinamente inconscientes” (BOCK, Ana Mercês Bahia. **Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia**. São Paulo: SaraivaUnij, 2023, p. 40).

age por impulso, sofre condicionamentos do ambiente e sofre influências de seu inconsciente. Ou seja, a razão não está tão no controle assim. O pressuposto da racionalidade perfeita na base da teoria econômica clássica revela-se como uma ficção, algo insustentável no campo empírico.

Simbolicamente, se a teoria econômica de Marx deu fôlego, energia e justificativas para todos os movimentos trabalhistas, a psicologia fez o mesmo pelos movimentos consumeristas.

A própria economia incorporará a psicologia em suas bases, naquilo que se denomina economia comportamental. Mas ela só surge com certa autonomia a partir de 1970¹⁷⁹. Conforme colocam Antônio Carlos Efig e João Paulo Atilio Godri: "A construção da racionalidade limitada nas ciências econômicas é a base para o surgimento da também já nominada Economia Comportamental ou *Behavioral Economics*. Herbert Simon, laureado com o Prêmio Nobel de Economia em 1978, foi o pioneiro em rejeitar a ideia de um agente econômico perfeitamente racional"¹⁸⁰.

Sabe-se que ainda hoje há uma resistência muito grande à economia comportamental porque seus modelos são mais difíceis do que os tradicionais¹⁸¹, mas seus resultados são impressionantes.

179 THALER, Richard H. **Misbehaving - a construção da economia comportamental**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

180 EFING, Antônio Carlos; GODRI, João Paulo Atilio Godri. Behavioral economics e defesa do consumidor: uma aproximação pertinente? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 52, p. 308-324, ago. 2023.

181 "One reason economics did not start out this way is that behavioral models are harder than traditional models. Building models of rational, unemotional agents is easier than building models of quasi-rational emotional humans" (THALER, Richard. From homo economicus to homo sapiens. **Journal of Economic Perspectives**, vol. 14, n. 1. Pittsburgh: AEA Publications, winter, 2000).

Antes mesmo da economia comportamental, não se pode esquecer da “revolução keynesiana”¹⁸² do século XX. A intervenção do Estado passa a ser vista como algo necessário à preservação do próprio capitalismo. O pensamento de John Maynard Keynes (1883-1946) é fundamental para entender a guinada na economia que permitirá o surgimento do direito do consumidor.

Depois da Segunda Guerra Mundial, nos países do Norte houve quase três décadas de crescimento econômico. Um período de “Ouro”, no qual há uma profunda transformação social¹⁸³. Foi um período também de grande intervencionismo estatal, no qual o *Welfare State* (Estado Social) se consolidou em diferentes países. Aliás, um dos grandes baluartes do liberalismo, Milton Friedman (1912-2006), escreveu em 1962, na sua obra *“Capitalism and Freedom”* o seguinte:

O fundamento paternalista da atividade governamental é, sob muitos aspectos, o mais problemático para o liberal, pois envolve a aceitação de um princípio — o de que uns decidirão por outros — que ele considera questionável na maioria dos casos e que, corretamente, encara como característica de seus principais adversários intelectuais, os proponentes do coletivismo, em uma ou outra de suas várias formas, como comunismo, socialismo ou estado do bem-estar social. É inútil, porém, fingir que os problemas são mais simples do que de fato são. Não há como evitar a necessidade de algum grau de paternalismo.¹⁸⁴

182 “Após 1945, a teoria econômica keynesiana converteu-se em ortodoxia, tanto para os economistas quanto para a maioria dos políticos. O keynesianismo lançou raízes principalmente nos Estados Unidos, temerosos de que o regresso dos veteranos de guerra pudesse provocar nova depressão” (SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do Século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 454).

183 “A uma Era de Catástrofe, que se estendeu de 1914 até depois da Segunda Guerra Mundial, seguiram-se cerca de 25 ou trinta anos de extraordinário crescimento econômico e transformação social, anos que provavelmente mudaram de maneira mais profunda a sociedade humana que qualquer outro período de brevidade comparável. Retrospectivamente, podemos ver esse período como uma espécie de Era de Ouro, e assim ele foi visto quase imediatamente depois que acabou, no início da década de 1970” (HOBBSAWM, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 15).

184 FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 36.

Não se quer aqui remover Friedman de seu espectro político, mas demonstrar que na década de 60 mesmo os economistas liberais reconheciam a necessidade de algum grau de intervenção estatal, o tal “paternalismo”.

Durante o século XX, dentro deste contexto de regulação da economia e de maior intervenção estatal, desenvolveu-se um diferente ramo jurídico, o Direito Econômico, que primeiramente se concentrou no aperfeiçoamento do mercado, combatendo práticas abusivas e a concentração econômica. Trata-se do chamado direito concorrencial¹⁸⁵, que nasceu primeiro. Muitos consideram a Lei Sherman dos Estados Unidos da América, de 1890, como uma de suas origens normativas.

Teoricamente desde o século XIX Karl Marx já havia demonstrado a tendência monopolista do capitalismo. O Direito Concorrencial seria uma saída jurídica para lidar com este problema, que afeta um dos principais elementos do capitalismo, a livre-concorrência¹⁸⁶.

Mas não se deve avançar no campo teórico enquanto não foram expostas as mudanças sociais do período. Para que o direito do consumidor surgisse, os consumidores precisavam se organizar. E assim aconteceu.

185 “A rigor, os direitos da concorrência e do consumidor são ramos muito próximos, se os considerarmos como respostas do direito a uma série de transformações e fenômenos econômicos dos últimos sessenta anos [...] cresce entre nós a tese sobre a absoluta necessidade de interação entre o direito do consumidor e o direito da concorrência, o que pode ser promovido pela consideração do interesse da proteção do consumidor pelas decisões adotadas pelos órgãos vinculados à defesa da livre-concorrência” (MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 89). É importante esclarecer que a expressão “curso” não reflete a obra de mais de 1000 páginas, com farta referência bibliográfica, e considerável aprofundamento em diferentes assuntos. A meu ver trata-se de verdadeiro “tratado de direito do consumidor”.

186 “De acordo com a doutrina liberal, propugnada por Adam Smith e pelos economistas neoclássicos, a livre-concorrência entre capitalistas constitui a situação ideal para a distribuição mais eficaz dos bens entre as empresas e os consumidores. Com o surgimento de monopólios e oligopólios, a livre-concorrência desaparece, substituída pela concorrência controlada e imperfeita” (SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do Século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 167).

É comum, e isto aparece em muitas obras, enfatizar como marco do direito do consumidor o discurso do presidente norte-americano John F. Kennedy de 15 de março de 1962¹⁸⁷. Aliás, no Brasil é comemorado o dia do consumidor nesta data justamente por causa deste discurso. Nele foram mencionados quatro direitos dos consumidores: o direito à segurança, o direito à informação, o direito de escolher, e o direito de ser ouvido. Trata-se de uma enunciação politicamente significativa, sem sombra de dúvida. Proferida na época da Guerra Fria, na qual EUA e União Soviética disputavam a hegemonia global, em uma tensão entre o modelo econômico capitalista e o socialista.

Aliás, sobre a relação de um regime socialista com o direito do consumidor, é interessante registrar que apenas quando a China começa a se abrir para o mercado, dentro daquilo que se denominou socialismo de mercado no final do século XX, é que surge a tutela consumerista na República Popular da China¹⁸⁸. A primeira lei data de 1993, e outra surgiu em 2014¹⁸⁹. Isto reforça que as noções de consumo, consumidor e sociedade de consumo têm íntima relação com o mercado.

Voltando aos EUA, JFK não ficou apenas no discurso político. Em sua administração houve o incremento no controle estatal. Por exemplo, a indústria do tabaco sofreu forte abalo sobretudo pelo relatório oficial “Fumo e Saúde: Relatório do Comitê de Consultoria para o Chefe da Saúde Pública”, que demonstrou a taxa excessiva de mortalidade dos fumantes, não só por câncer de pulmão¹⁹⁰.

187 SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor**: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009; MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019;

188 DAN, Wei. Proteção do consumidor na China. **Revista do Direito do Consumidor**, ano 19, número 74, abr/jun/2010, p. 326-344.

189 DAN, Wei. Breves notas sobre a aplicação da nova lei do consumidor na China: novos direitos e novas responsabilidades. **Revista do Direito do Consumidor**, ano 25, número 103, f. 129-142.

190 AKERLOF, George; SHILLER, Robert J. **Pescando com tolos: a economia da manipulação e fraude**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p. 109.

De qualquer forma, a ênfase dada ao discurso de Kennedy oculta ou subestima fatores sociais relevantes. Naquela oportunidade já havia um movimento consumerista espalhando-se pela nação norte-americana. É sempre no social que a mudança começa. No caso dos EUA, deve-se registrar o advento da "*Consumers Union*", que existe até hoje, fundada em 1936. Também cabe referir o papel de Ralph Nader (1934-) na luta consumerista, inclusive com sua impactante obra de 1965 "*Unsafe at Any Speed*"¹⁹¹ e a fundação do *Public Citizen* em 1971.

Na Inglaterra, o movimento consumerista ganhou força a partir de 1945 com o "*National Council of Women (NCW)*"¹⁹². Tratava-se de uma organização feminina ampla que englobava mulheres da classe média, politicamente conservadoras. Posteriormente adveio a "*Consumers' Association*" em 1956 na Inglaterra¹⁹³. Na Itália, o "*Movimento Consumatori*" de 1953. Saliente-se, também, a fundação em 1960 da *International Organization of Consumers Unions (IOCU)*, atualmente *Consumers International*, em Haia, na Holanda¹⁹⁴. Esta última tem dois grandes objetivos: auxiliar e fortalecer organizações de consumidores espalhadas pelo mundo e lutar por políticas internacionais importantes para os consumidores¹⁹⁵.

191 BROBECK, Stephen. **Encyclopedia of the Consumer Movement**. Santa Barbara (EUA): ABC-CLIO, 1997, p. 591.

192 HILTON, Matthew. **Consumerism in Twentieth-Century Britain - The Search for a Historical Movement**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2003, p. 167.

193 BROBECK, Stephen. **Encyclopedia of the Consumer Movement**. Santa Barbara (EUA): ABC-CLIO, 1997, p. 575.

194 "[...] organizações do primeiro mundo, que tinham como atividade básica o desenvolvimento de programas de testes de produtos e serviços, decidiram realizar em Haia, Holanda, de 30 de março a 1º de abril de 1960, a Primeira Conferência Internacional a respeito de Testes de Produtos. Como resultado desta conferência foi criada, no dia 1º de abril de 1960, a entidade civil 'International Organization of Consumers Union — IOCU', atual 'Consumers International — CI' (SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor**: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009, p. 24).

195 SMITH, Anthony. The state of world consumer protection. In: RAMSAY Iain (Org.). **Consumer law in the global economy**: national and international dimensions. Vermont (USA): Ashgate Publishing Company, 1997, p. 15.

Enfim, o movimento consumerista começa nos países do Norte Global (EUA e Europa), desenvolve-se politicamente e então culmina na produção de normas específicas. Mas não avança facilmente nos países do Sul Global. Só ganha impulso após a atuação da Organização das Nações Unidas.

No âmbito Internacional, na década de 1980, a Organização das Nações Unidas editou a Resolução nº 39/248¹⁹⁶, em 9 de abril de 1985, sobre "*Consumer protection*", na qual reconheceu o princípio da vulnerabilidade do consumidor em escala global. Conforme explica Marcelo Gomes Sodré:

Algo que é pouco notado é que as diretrizes das Nações Unidas foram dirigidas especialmente aos países do terceiro mundo. Quando foi aprovada a Resolução 39/248 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 9 de abril de 1985, a defesa do consumidor ainda era um tema tipicamente de primeiro mundo e a diretriz tinha como objetivo central desenvolver o movimento nos países de terceiro mundo.¹⁹⁷

Anote-se que antes mesmo da diretriz da ONU, o México já tinha sua lei de proteção ao consumidor, de 1975 (Lei Federal de Proteção ao Consumidor), mas isto era excepcional dentro dos países latinos.

O reconhecimento jurídico da vulnerabilidade do consumidor, consagrado na legislação de diferentes países, decorre dos resultados de outros ramos do saber, como a sociologia, psicologia e a própria economia. É importante ressaltar no campo

196 "A origem do referido texto normativo foi a Resolução n. 1979/74 do Conselho Econômico e Social da ONU, que solicitou ao Secretário Geral da ONU a elaboração de relatório a fim de propor padrões adequados de consumo a serem seguidos pelas nações integrantes da ONU, considerando especialmente os problemas e as necessidades dos países em desenvolvimento"(SANTANA, Héctor Valverde. Proteção internacional do consumidor: necessidade de harmonização da legislação. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 11, n. 1, 2014, p. 53-64, f. 56).

197 SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor**: um estudo sobre as origens das leis principiologicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009, p. 91.

da intelectualidade, obras como *"The Affluent Society"*, de John Kenneth Galbraith (1958), *"La Société de Consommation"* de Jean Baudrillard (1970) e *"La Distinction: Critique sociale du jugement"*, de Pierre Bourdieu (1979), que serviram para explicitar a realidade de alienação e fragilidade dos consumidores.

No final do século XX estava teoricamente consolidado, a partir de diferentes ciências, que o consumidor não era soberano na economia, não tomava decisões racionais e livres, e encontrava-se alienado. Os consumidores não estavam com o poder, que se encontrava nas mãos das empresas. Segundo Jean Baudrillard: "Chegamos ao ponto em que o consumo invade toda a vida, em que todas as actividades se encadeiam do mesmo modo combinatório, em que o canal das satisfações se encontra previamente traçado, hora a hora, em que o envolvimento é total, inteiramente climatizado, organizado, culturalizado"¹⁹⁸.

Aliás, a ciência era utilizada para potencializar a exploração do consumidor. O marketing passou a ser ofertado como disciplina nos cursos de Economia e de Administração. Depois veio o design, a engenharia de alimentos, a neurociência¹⁹⁹, etc. Embora importantes para a construção do conhecimento humano, seus resultados muitas vezes foram e ainda são utilizados para prejudicar os consumidores. Inclusive o marketing se uniu à neurociência, originando o chamado neuromarketing²⁰⁰, que agrava ainda mais a situação de fragilidade dos consumidores. Mediante artifícios subliminares e gatilhos ocultos o sujeito é levado a consumir aquilo que o fornecedor quer

198 BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 19.

199 EFING, Antonio Carlos; GUARAGNI, Giovanni Vidal. Neurociência e direito: implicações na (des) proteção do consumidor brasileiro. **Civilistica**, a.9, n. 3, 2020.

200 ZORATTO, Mariele; EFING, Antônio Carlos. Impactos do neuromarketing na vulnerabilidade do consumidor. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 23, n. 46, p. 344-362.

que ele consuma. Infelizmente, o engodo e a trapaça não é uma externalidade do mercado, mas algo que lhe é intrínseco²⁰¹.

Em síntese, para o direito do consumidor nascer foi preciso movimentos sociais, reconhecimento de políticos, avanços na ciência com contribuições significativas na teoria econômica, na psicologia e na sociologia.

1.2.7 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

Não se pode ignorar, aliás, deve-se ter real conta dos nocivos impactos do regime de exceção do Brasil de 1964 a 1985, que impediu o próprio desenvolvimento da teoria jurídica. Foram duas décadas que até hoje retardam o nosso país. Ainda assim, foi exatamente durante o período da ditadura militar que nasceu o movimento consumerista por aqui. Trata-se de algo curioso, já que nesta época movimentos sociais eram criminalizados. Talvez o fato de o direito do consumidor não atacar as raízes do capitalismo, apresentando-se justamente para melhorar a economia de mercado, explique, ou ao menos indique, porque durante a repressão floresceu esta causa.

Aliás, grandes apoiadores do regime militar eram abertamente favoráveis à causa consumerista. Menciona-se aqui especificamente o Deputado Nina Ribeiro, então líder da Aliança Renovadora Nacional (ARENA), ou seja, líder do partido da situação. Ele propôs projeto de lei para criar um Conselho de Defesa do Consumidor em 1970 e não teve sucesso. Nos Diários do Congresso Nacional encontram-se seus

201

"Acreditamos que essa imensa lacuna informa que os economistas (inclusive os das finanças) ignoram ou subestimam sistematicamente o papel da fraude e da trapaça no trabalho dos mercados. Já descobrimos um motivo pelo qual são tão ignorados: a compreensão dos economistas sobre os mercados os excluem sistematicamente. A patologia, como nosso amigo deixou claro, é vista principalmente como devido a 'externalidades'. Mas isso falha em ver que os mercados competitivos geram fraude e trapaça por sua própria natureza, como resultado dos mesmos motivos de lucro que nos deram prosperidade" (AKERLOF, George; SHILLER, Robert J. **Pescando com tolos**: a economia da manipulação e fraude. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p. 169).

discursos favoráveis a criação de normas para regulamentar a sociedade de consumo²⁰². Na época, mesmo sendo o líder do partido da situação não conseguiu prosperar suas pretensões, esbarradas por um discurso nacionalista, de que o fortalecimento do consumidor poderia dificultar a indústria nacional. Também foi o fundador da Associação Nacional de Defesa do Consumidor (Andec) de 1976.

É curioso notar que alguns defensores da pauta consumerista eram políticos conservadores que tinham uma posição anti-liberal. Aliás, até hoje quando se examina a atividade legislativa de nosso Congresso Nacional encontram-se projetos oriundos de partidos de direita buscando a ampliação de certos direitos dos consumidores²⁰³. E isto não é uma característica brasileira. Não se quer aqui realizar qualquer ode aos conservadores, mas apenas externar este interessante aspecto. Além de ativistas progressistas, também alguns conservadores identificam-se com a pauta consumerista.

Enfim, na década de 1970 pode-se registrar vários eventos históricos relevantes para a propagação da causa consumerista no Brasil. Houve a fundação em Porto Alegre de uma das primeiras associações de consumidores, a Associação de Proteção ao Consumidor (APC), em 1975. Em São Paulo fundou-se, conforme a Lei Estadual nº 1903/1978, o primeiro PROCON do Brasil²⁰⁴. Houve a CPI do Senado Federal que apurou a “má qualidade e durabilidade de mercadorias”, expondo seu relatório na Resolução nº 50/1977.

202 Um deles está no Diário do Congresso Nacional, Ano XXVII, número 16, de 27 de abril de 1972, às folhas 510.

203 Cita-se como exemplo o Projeto de Lei 805/2024 de autoria do Senador Ciro Nogueira, do Partido Progressista do Piauí, que busca coibir a “obsolescência programada”. A própria Lei do Superendividamento (Lei 14.181/2021), oriundo do Projeto Lei 3515/2015 teve como autor o Senador José Sarney, do PMDB do Amapá.

204 MARIMPIETRI, Flávia. O histórico da defesa do consumidor no Brasil e na Argentina. **Direito UNIFACS-Debate Virtual**, n. 171, 2014.

Também se deve mencionar uma das primeiras obras jurídicas nacionais sobre o tema, publicada em 1977, “Proteção ao Consumidor” de José Maria Othon Sidou²⁰⁵.

Algumas obras jurídicas indicam como primórdio normativo do direito do consumidor no Brasil a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, que previa uma intervenção estatal para a distribuição de produtos, mas é apenas na década de 70 que o discurso pró-consumidor ganha formação.

Lembre-se que a sociedade brasileira de 1970 não era igual a sociedade norte-americana ou a dos países europeus. Como já explicado, o advento do “consumidor” relaciona-se com a Revolução Industrial. No caso do Brasil, tem-se uma industrialização tardia, com autores identificando apenas no governo Getúlio Vargas (1930-1945) o seu início. E embora em 1970 a maior parte dos brasileiros já residisse em cidades, havia uma população rural de 44,08%²⁰⁶. A pressão social para a criação do direito do consumidor não existia na mesma proporção daquilo que se viu nos países do Norte Global. Os movimentos consumeristas brasileiros, e os intelectuais interessados nesta pauta, acabaram contando com forte influência internacional. Melhor dizendo, influência do Norte Global (EUA e Europa).

Neste período as relações entre consumidores (ainda não reconhecidos juridicamente) e fornecedores eram disciplinadas pelo

205 A referida obra trazia inclusive um “Esboço de Lei de Proteção ao Consumidor” com 50 artigos. Em uma de suas conclusões lê-se: “Quanto mais se amplia a sociedade de consumo, mais desprotegido se encontra o consumidor. Daí a necessidade de leis próprias, objetivamente, no sentido de protegê-lo e, subjetivamente, no intuito de conscientizá-lo. É deste modo o fenômeno econômico em sua distorção, de índole moderna porque não conhecido anteriormente, que impõe, inclusive, não só a recriação, porém a revisão de princípios jurídicos relacionados com o direito das obrigações no campo negocial” (SIDOU, José Maria Othon. **Proteção ao consumidor**: quadro jurídico universal, responsabilidade do produtor no direito convencional, cláusulas contratuais abusivas, problemática brasileira, esboço de lei. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 189).

206 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Censo Demográfico: 1970. Rio de Janeiro: IBGE, 1970. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo.html?id=769&view=detalhes>

Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916), organizado pelo jurista Clóvis Beviláqua (1859-1944), com um forte viés liberal. Prevalencia o que estava no contrato, valendo o princípio da *pacta sunt servanda*. Aplicava-se a responsabilidade subjetiva, com necessidade de comprovação de culpa. Os vícios redibitórios eram previstos para defeitos ocultos com prazo “prescricional” de 15 dias contados da tradição da coisa. Não se previa dano moral algum.

Ora, se hoje com o Código de Defesa do Consumidor já é difícil ver os direitos dos consumidores respeitados, naquele momento sequer existiam “direitos dos consumidores”. Existiam direitos obrigacionais apenas, dentro da tradicional teoria do direito privado.

O descompasso entre a realidade social e o universo normativo foi aumentando gradativamente, mas antes de modificar o direito material, juristas entendiam que o problema estava na dimensão processual. Inspirados nas pesquisas sobre acesso à Justiça²⁰⁷, empenharam-se em modificar o processo para facilitar a tutela do consumidor.

Por isso, antes mesmo da criação do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor pelo Decreto 91.469/85, que seria o órgão dentro do executivo para estabelecer a política pública de proteção dos consumidores, o cenário normativo ganhou a Lei 7.244/1984, instituindo os Juizados Especiais de Pequenas Causas, e a Lei 7.347/1985, disciplinando a Ação Civil Pública. Inclusive, esta relação da proteção consumerista com a tutela transindividual é muito marcante, tanto que o Código de Defesa do Consumidor desenvolveu esta matéria, sistematizando-a normativamente.

Enfim, o fato é que mesmo antes da Constituição Federal de 1988, esforços já eram feitos para modificar radicalmente a situação de desproteção dos consumidores brasileiros, sobretudo

207

V.g. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

diante das regras do Código Civil de 1916. Como já exposto, no mundo (ou melhor, no Norte Global), a economia, a psicologia e a sociologia já haviam demonstrado a vulnerabilidade do consumidor, e esta já havia sido reconhecida juridicamente pela Resolução 39/248 de 1985 da ONU.

Muitos desconhecem que antes mesmo do artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, impor a elaboração do código de defesa do consumidor no prazo de 120 dias, já havia uma comissão de juristas nomeada pelo Conselho Nacional de Defesa do Consumidor trabalhando na apresentação de um anteprojeto de código²⁰⁸.

Isto deve ficar claro: a proteção constitucional dada ao consumidor não foi um acidente ou uma grata coincidência, mas resultado da atuação de muitas pessoas, de movimentos sociais, juristas e políticos. É sempre a luta que provoca as mudanças.

Então, no Brasil, graças à Constituição Federal de 1988, a proteção do consumidor ganhou *status* constitucional. No texto constitucional original já constavam, como ainda constam, o artigo 5º, inciso XXXII, dispondo que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, bem como o artigo 170, inciso V, estabelecendo a “defesa do consumidor” como um princípio geral da atividade econômica. Além disso, o artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor.

Esta proteção constitucional não é uma realidade que alcança todos os países em desenvolvimento e muito menos aqueles da América Latina. Para Marcelo Gomes Sodré:

208

“A comissão foi composta pelos seguintes juristas: Ada Pellegrini Grinover (coordenadora), Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe e Zelmo Denari” (GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 1).

Ao se fazer um balanço das Constituições da América Latina, é possível afirmar que a grande maioria não trata especificamente dos direitos dos consumidores de forma sistemática, e mesmo algumas que assim o fazem, não apresentam disposições sistêmicas que permitam falar em um direito constitucional dos consumidores.²⁰⁹

Lembre-se que figurando como direito fundamental, a defesa do consumidor não pode ser suprimida por Emenda Constitucional (artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal). O *status* de direito fundamental também confere uma especial proteção pela aplicação do princípio da proibição do retrocesso²¹⁰, ou seja, além de não poder ser suprimida, ela não pode ser diminuída. E também enquanto direito fundamental, a defesa do consumidor alcança o direito privado como um todo²¹¹.

Na sequência, aquele anteprojeto da comissão do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor serviu de base para diferentes projetos de lei (nº 1.149/88 de Geraldo Alckmin; nº 1330/88 de Raquel Cândido; nº 1.449/88 de José Yunes; nº 1.955/89 de Michel Temer; nº 97/89 de Jutahy Magalhães, nº 01/89 de Ronan Tito)²¹² e após várias discussões, em 12 de setembro de 1990, foi publicada a Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor que revolucionou o direito brasileiro. Criou-se não só um novo código, mas todo um novo ramo da ciência do direito.

209 SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor**: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009, p. 193.

210 "Convém referir que, no Brasil, a defesa dos direitos dos consumidores possui origem na Constituição Federal, estando inscrita entre os princípios da ordem econômica e, em especial, nas garantias fundamentais, indicando que necessita ser mantida com a proteção do princípio da proibição de retrocesso social" (PRUX, Oscar Ivan. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 22, número 89, setembro-outubro/2013, p. 99).

211 "Os direitos fundamentais devem ser aplicados a leis de direito privado como direito imediatamente vigente" (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 129).

212 GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 3.

Existe um momento antes e um depois da Lei 8.078/90. A publicação do Código de Defesa do Consumidor não é o fim da história de luta, mas apenas um de seus importantes momentos. Nestes mais de 35 anos de vigência existiram altos e baixos, e eles serão abordados no decorrer desta tese, quando necessário.

Ao analisar o direito do consumidor no Brasil não se pode subestimar uma relevantíssima característica de nossa sociedade, a sua grande e vergonhosa desigualdade social. Há diferentes consumidores²¹³ e há inclusive os excluídos do mercado de consumo. De fato, na sociedade brasileira muitas pessoas sequer têm a possibilidade de participar do mercado de consumo, então se desenvolve teoricamente um direito de acesso ao consumo²¹⁴.

Mas mesmo quando se consegue consumir, existem diferentes tipos de consumo. Conforme coloca José Reinaldo de Lima Lopes:

Há, pois, nas sociedades de classes, e especialmente pobres como o Brasil, duas espécies de consumidores: os privilegiados e os desfavorecidos (ou hipossuficientes, como diz nosso CDC no art. 6º, VIII). Os primeiros têm acesso mais fácil a créditos e bens, embora sujeitos a práticas restritivas e ilícitas também [...] Os segundos, os consumidores desfavorecidos, são os pobres — estimulados ao consumo, seja supérfluo, seja necessário. O consumo necessário destas classes subalternas atinge

213 "Consumers are not all alike, either within a given country or in different countries. There are rich and poor consumers; there are informed consumers and others totally ignorant of new technologies; there are activist and passive consumers; there are consumers who have access to justice and others who never realize they can bring their claims to court" (BENJAMIN, Antônio Herman. Consumer protection in less-developed countries: the Latin American experience. In: RAMSAY Iain (Org.). **Consumer law in the global economy: national and international dimensions**. Vermont (USA): *Ashgate Publishing Company*, 1997. Em tradução livre: "Os consumidores não são todos iguais, nem dentro de um mesmo país nem entre países diferentes. Há consumidores ricos e pobres; há consumidores informados e outros totalmente ignorantes quanto às novas tecnologias; há consumidores ativos e passivos; há consumidores que têm acesso à justiça e outros que jamais percebem que podem levar suas reivindicações ao Judiciário".

214 DORINI, João Paulo de Campos. Direito de acesso ao consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 19, número 75, jul-set/2010, p. 43-79.

coisas banais na vida urbana, como, por exemplo, eletrodomésticos dos mais simples. Mas os mais simples dos eletrodomésticos são-lhes inacessíveis, se não lhes for concedido crédito.²¹⁵

Tradicionalmente os livros não realizam esta distinção. Então se cria a falsa percepção de uma massa uniforme e homogênea de consumidores. E o direito do consumidor passa a ser interpretado e aplicado à luz de uma racionalidade burguesa, partindo-se de um consumidor padrão que não corresponde ao perfil da maioria dos brasileiros, mas sim a uma classe específica, a classe média. Na realidade, os consumidores mais pobres recebem um tratamento diferenciado do mercado²¹⁶ e são submetidos a práticas abusivas em maior proporção. Logo, embora todos os consumidores sejam vulneráveis, os pobres encontram-se em uma situação agravada, e o sistema protetivo consumerista deve ser aplicado e interpretado a partir desta realidade.

Enfim, o sistema normativo de proteção ao consumidor brasileiro gira em torno do Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.078/90, com seus 119 artigos. Embora existam outras leis federais importantes (v.g. Lei 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), bem como certas leis estaduais, e não se possa ignorar também a produção normativa das agências regulatórias, o Código de Defesa do Consumidor é nuclear.

215 LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento: uma problemática geral. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 33, número 129, jan/mar-1996.

216 "Low-income consumers suffer another disadvantage in the marketplace: as they have relatively little to spend, they are often treated as being of little interest to mainstream traders" (HOWELLS, Geraint. Seeking social justice for poor consumers in credit markets. In: RAMSAY Iain (Org.). **Consumer law in the global economy**: national and international dimensions. Vermont (USA): Ashgate Publishing Company, 1997, p. 258). Em tradução livre: "Consumidores de baixa renda sofrem outra desvantagem no mercado: como têm relativamente pouco para gastar, são frequentemente tratados como tendo pouco interesse para os comerciantes tradicionais".

Considerado um microssistema²¹⁷, tem princípios e normas de índole civil, administrativo, penal e processual. Inclusive, tem normas processuais referentes à tutela coletiva. Esta multiplicidade de diferentes tipos normativos evidencia uma estrutura avançada para o seu tempo, bem como a opção por normas de conteúdo aberto e de cunho principiológico.

Efetivamente se trata de uma lei principiológica²¹⁸. Esta característica permite que mesmo após décadas de sua promulgação e diante de toda a modificação frenética do mercado, o Código de Defesa do Consumidor sirva de fundamento para a proteção do consumidor.

É uma lei protetiva nucleada na vulnerabilidade do consumidor²¹⁹. Não foi desenvolvida simplesmente para regular a relação entre consumidores e fornecedores, mas sim para proteger aqueles²²⁰. Ou seja, tem um vetor certo: a defesa do consumidor. Não a defesa do contrato, não a defesa da economia, não a defesa

217 "A expressão microssistema ganhou importância a partir da conhecida obra de Natalino Irti, na Itália, intitulada *L'eta della decodificazione*, cujo argumento principal sustentava que a multiplicação de leis especiais teria feito com que o Código Civil perdesse condições de colocar-se como centro do sistema de direito privado" (MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 89).

218 "E por que isto é importante? Por uma simples razão: enquanto lei principiológica, o Código de Defesa do Consumidor terá aplicação horizontal, para usar a expressão de Guido Alpa, nas mais diversas relações jurídicas que envolvam fornecedores e consumidores. Mesmo que essa relações tenham leis próprias e sejam da mesma estatura da lei de defesa do consumidor" (SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor**: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009, p. 66).

219 "O princípio orientador, que ao mesmo tempo justifica e orienta a defesa do consumidor, é o da sua vulnerabilidade, que se apresenta como presunção legal: todo consumidor é vulnerável, e por isso é destinatário de proteção jurídica especial do Código" (MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 54).

220 "Em direito privado, muitas vezes para proteger é realmente necessário distinguir, reconhecendo a existência da fraqueza ou de uma vulnerabilidade estrutural ou funcional, é necessário diferenciar e assegurar direitos especiais ao vulnerável: mister tratar de forma especial o mais fraco" (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 115).

da empresa, mas a defesa do consumidor. Não se quer com isto dizer que a defesa do consumidor não contribua para o fortalecimento do mercado, mas apenas evidenciar que o vetor não é o mercado, mas sim o consumidor.

Para sua construção, a Lei 8.078/90 sofreu influências estrangeiras, mas ela não é um caso de transplante de legislação alienígena. Na verdade, os juristas que elaboraram o anteprojeto foram inspirados por diferentes leis²²¹.

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei de natureza de ordem pública e de interesse social (art. 1º, Lei 8.078/90). Conforme Fernando Costa de Azevedo:

Assim sendo, a natureza de ordem pública das normas do Código de Defesa do Consumidor impõe ao aplicador do direito o dever de observar os seguintes aspectos: a) a imutabilidade das normas do Código por ato volitivo dos fornecedores e consumidores; b) atuação do magistrado diante do caso concreto regido pelo Código; c) aplicação imediata do Código às situações não definitivamente concluídas ou os efeitos presentes e futuros decorrentes de fatos já consumados, sempre que disserem respeito a relações de consumo; d) superioridade do Código como lei principiológica, quando em conflito com outras legislações.²²²

O interesse social, por sua vez, autoriza a participação do Ministério Público que é responsável pela defesa dos interesses

221 "A maior influência sofrida pelo Código veio, sem dúvida, do *Projet de Code de La Consommation*, redigido sob a presidência do professor Jean Calais-Auloy. Também importantes no processo de elaboração foram as leis gerais da Espanha (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Lei nº 26/1984), de Portugal (Lei nº 29/81, de 22 de agosto), do México (*Lei Federal de Protección al Consumidor*, de 5 de fevereiro de 1976) e de Quebec (*Loi sur la Protection du Consommateur*, promulgada em 1979" (GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 10).

222 AZEVEDO, Fernando Costa de. Uma introdução ao direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 18, número 69, jan-mar/2009, f. 56.

sociais e individuais indisponíveis, nos termos do artigo 127, *caput*, da Constituição Federal de 1988, na proteção dos consumidores.

Além dele, a Defensoria Pública é outro ente estatal com participação direta na proteção do consumidor pela função de assistência jurídica aos economicamente hipossuficientes.

Mas não se pode e nem se deve depositar todas as esperanças no Estado. O papel do Ministério Público e da Defensoria Pública são relevantes, mas as organizações dos consumidores também são fundamentais no sistema protetivo brasileiro. Historicamente são as associações de consumidores que desencadearam importantes avanços. Normativamente, o Código de Defesa do Consumidor bem recepciona este associativismo.

As associações integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (art. 105, CDC), têm legitimidade para estabelecer convenção coletiva de consumo (art. 107, CDC), podem promover ações coletivas (art. 82, IV, CDC) e sua criação deve ser incentivada pelo Estado (art. 4º, II, “b”, e 5º, V, CDC). Pode-se destacar algumas delas: Movimento das Donas de Casa (1983), Idec (1987), Brasilcon (1992) e Instituto Alana (1994)²²³. A ideia é permitir e estimular que os consumidores se organizem. Este empoderamento depende de movimentos conjuntos e daí a importante função das associações.

No sistema protetivo brasileiro a tutela coletiva também é relevantíssima. Inclusive, historicamente muitas vitórias foram obtidas em favor dos consumidores graças a ações coletivas. Para ficar com um exemplo, as ações versando sobre os planos econômicos (Plano Verão, Collor I e Collor II). No entanto, como será melhor desenvolvido em outros tópicos, a tutela coletiva foi prejudicada por alterações legislativas que concentraram poder na cúpula do Judiciário.

223

MARIMPIETRI, Flávia. O histórico da defesa do consumidor no Brasil e na Argentina. **Direito UNIFACS-Debate Virtual**, n. 171, 2014.

Enfim, a teorização acerca do enfrentamento de litigantes habituais no Sistema de Justiça brasileiro depende de um significativo conhecimento acerca da realidade normativa de proteção do consumidor no ambiente nacional, com a específica compreensão da relevância do Código de Defesa do Consumidor neste contexto.

1.2.8 OBSTÁCULOS À PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO SÉCULO XXI

Em textos acadêmicos é comum a ênfase aos “novos” desafios do direito do consumidor, pensando nas particularidades do século XXI. Esta abordagem é relevante, mas não pode subestimar os problemas crônicos, que estavam no passado e se mantêm até hoje. Os obstáculos não são todos iguais. Neste tópico discute-se alguns deles, não todos.

Inicia-se com algo estrutural, na base da economia capitalista, que se reproduz em diversos contextos nacionais. Um obstáculo que ultrapassa fronteiras, atingindo consumidores em todo o globo. Refere-se aqui especificamente à concentração de mercado, algo típico do capitalismo tardio.

Para cada segmento que se olha há oligopólios e monopólios. Em pleno século XXI, a concentração de mercado, que é ainda mais acentuada nos países do Sul Global, é uma grande ameaça aos consumidores. No caso brasileiro, um bom exemplo disso é o setor de telecomunicação. No mercado da telefonia móvel apenas três operadoras controlam quase a integralidade do mercado (Vivo, Claro e Tim). E todas são controladas por grupos estrangeiros²²⁴.

224

A VIVO é controlada pelo Grupo Telefónica, de origem espanhola; A Claro é controlada pelo Grupo América Móvil, de origem mexicana. E a TIM é controlada pelo Grupo Telecom Itália, de origem italiana — Disponível em <https://www.teleco.com.br/opcelular.asp>.

A falta de competição não prejudica apenas a liberdade de escolha do consumidor. Ela atinge diretamente a qualidade dos produtos e serviços oferecidos²²⁵.

O problema da concentração não é objeto específico do direito do consumidor, mas sim do direito da concorrência. Logo, dentro de uma perspectiva complexa, os consumidores dependem do efetivo e bom funcionamento dos mecanismos de proteção da concorrência, que ainda apresentam muitas deficiências²²⁶. No horizonte próximo o que se vê é mais concentração, e não o contrário.

Ainda dentro de uma visão ampla, as interações eletrônicas também se revelam como um obstáculo no século XXI, tanto no âmbito internacional quanto nacional. O número destas transações é muito grande²²⁷. Aliás, elas facilitam e potencializam as relações de consumo transfronteiriças, inserindo a pessoa dentro de um mercado global.

225 *V.g.* SHAPIRO, Carl. Consumer Information, Product Quality and Seller Reputation. Working Paper No. 42. **Bureau of Economics**, Federal Trade Commission, Washington, DC, 1980.

226 Ainda muitos profissionais da área pensam e aplicam os institutos ignorando os desenvolvimentos da economia comportamental, prejudicando a efetividade do sistema: "[...] o *mainstream* econômico falha pelo seu reducionismo e sua inflexibilidade em se modificar mesmo diante dos dados empíricos que contradizem suas premissas. Expondo essas discrepâncias do Direito Concorrencial com a realidade, teóricos do *Behavioral Antitrust* defendem a utilização dos vieses e limitações comportamentais como forma de enriquecer a análise tradicional neoclássica" (FRAZÃO, Ana; ISHIHARA, Júlia Namie M.P. A falácia da teoria da escolha racional no direito antitruste e as contribuições da economia comportamental. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, SC, v. 30, n. 11, p.346-375, Set./Dez. 2021). Outros profissionais simplesmente ignoram a realidade digital: "Não se escuta mais o som das máquinas remarcadoras de preços. No entanto, boa parte das construções teóricas atualmente utilizadas no Direito Concorrencial funcionam ainda sob os pressupostos de um sistema econômico cuja precificação era dependente da intervenção humana. A dificuldade de avaliar juridicamente os algoritmos de precificação (e talvez os algoritmos como um todo) pode revelar uma fadiga das doutrinas que mais tradicionalmente inspiram à análise concorrencial" (FRAZÃO, Ana; GOETTENAUER, Carlos. Algoritmos de precificação e direito concorrencial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 17, n. 1, jan./abr. 2022. ISSN 1981-3694).

227 "No Brasil, em 2006 o e-commerce movimentou mais de R\$ 13,3 bilhões, incluindo transações nacionais e internacionais" (KLAUSNER, Eduardo Antônio. A globalização e a proteção do consumidor brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 24, número 97, janeiro-fevereiro/2015, p. 77).

Produtos são adquiridos fora do território nacional, mas também serviços. O *streaming* que entretém as noites de muitos brasileiros, a contratação de professores de música ou de línguas, ou de psicólogos etc. Não existe uma mágica por trás destas interações. Elas só são possíveis graças aos arranjos de pagamento. Ou seja, elas estão lastreadas no sistema financeiro global, revelando a intensa participação das instituições financeiras neste dia a dia do consumidor. Este é o ponto de conexão com o estado nacional. O consumidor brasileiro tem relação com um banco em território brasileiro que administra o seu cartão e permite que conclua diferentes operações em diferentes territórios do globo. Ou seja, a circulação de mercadorias e serviços global ocorre graças à circulação de capital também global.

Os bancos lucram com cada operação embora saibam que elas são concluídas com alto risco ao consumidor. Se o produto não chegar, se o serviço for prestado insatisfatoriamente ou mesmo produzindo dano ao consumidor, não existem caminhos jurídicos sedimentados para a proteção do vulnerável. As compras internacionais²²⁸ revelam-se como um ponto obscuro no qual a falta de proteção do consumidor é potencializada²²⁹.

É bem verdade que em 2000, uma época que prevalecia uma jurisprudência protetiva no Superior Tribunal de Justiça, a sua Quarta Turma realizou um julgamento emblemático, no REsp 63.981, hoje nomeado pela doutrina como “Caso Panasonic”. Reconheceu o dever de empresa nacional suportar os reparos de uma filmadora

228 “Ao mesmo tempo em que não há regulamentação, o consumo internacional tem crescido significativamente; consumir de forma internacional é típico de nossa época. O serviço ou o produto estrangeiro é status, é bem simbólico na atual cultura de consumo” (VIAL, Sophia Martini. Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 20, número 80, outubro-dezembro/2011, p. 325).

229 EFING, Antonio Carlos; GOMES, Eduardo Biacchi; FONSECA, Gabriel Ribeiro Vargas da. Contratos eletrônicos de consumo internacional e a ausência legislativa em relação aos intermediadores. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 26, n. 51, p. 4-24.

adquirida no exterior por força da confiança do consumidor na marca "Panasonic". Mas este foi um caso excepcional, fora da tendência judicial de lavar as mãos diante dos problemas impostos pela globalização neo-colonial.

Estes atos de consumo fora do território nacional, que não dependem de qualquer tipo de deslocamento do consumidor para fora do país, trazem especiais dificuldades no que tange à aplicação do direito material e também no âmbito de questões jurisdicionais, exigindo um melhor desenvolvimento do direito do consumidor mas também do próprio direito internacional privado.

Mesmo nas interações eletrônicas domésticas existem questões e dificuldades que demandam a correta interpretação e aplicação da legislação pelos profissionais do direito, o que muitas vezes não ocorre.

A concentração de mercado e as interações eletrônicas, domésticas ou transfronteiriças, não seriam tão preocupantes se o Poder Judiciário efetivamente aplicasse o direito do consumidor. Evita-se a visão reducionista marxista que vê no Judiciário um mero agente do Estado para manutenção dos privilégios de poucos, para admitir sua ambivalência. Não se pode afirmar que o Judiciário seja um agente promotor do direito do consumidor. Há vezes sim. Mas em outras ele age como verdadeiro antagonista, minando o trabalho já realizado pelo parlamento.

Em artigo de 2011 intitulado "O 'fator STJ' no direito do consumidor brasileiro", o ex-ministro Sidnei Beneti indicou vários julgados importantes do Superior Tribunal de Justiça que teriam assegurado a efetividade e aplicação do Código de Defesa do Consumidor e concluiu que: "[...] a visão equilibrada e imparcial no sentido geral dos julgados do Tribunal é suficiente para, por si só, demonstrar que, simplesmente, jamais teria ocorrido o extraordinário desenvolvimento

do Direito do Consumidor sem a abertura e amparo ao ideário do consumidor no STJ"²³⁰.

A referida afirmação é generalista e simplista, sendo inadequada para um pensamento complexo. Há uma ambivalência na atuação do Superior Tribunal de Justiça, que varia no tempo, espaço e conforme a matéria. O direito do consumidor não é um todo uniforme e homogêneo pois é aplicado a diferentes segmentos do mercado, bancos e seguradoras, mas também a lanchonetes e costureiras.

Talvez a conclusão do ex-ministro Sidnei Beneti faça algum sentido em uma perspectiva retrospectiva, considerando a tendência observada entre 1990, ano da publicação do Código de Defesa do Consumidor, e os arredores dos anos 2010. Isto porque de 2010 em diante, até hoje enquanto se redige esta tese, o Superior Tribunal de Justiça sistematicamente decidiu contrariamente à proteção dos consumidores²³¹.

Houve uma inegável inflexão a partir de 2010, anos depois que a Lei 11.672/2008, introduziu o artigo 543-C no Código de Processo Civil de 1973, criando o sistema dos recursos repetitivos.

Parece algo singelo, mas o regime dos repetitivos modificou drasticamente a aplicação e interpretação da legislação consumerista. Antes dele a jurisprudência era formada *bottom-up*. Ou seja, existiam decisões de diferentes julgadores de primeiro grau versando sobre um certo problema, isto se espalhava horizontalmente. Inclusive muitas destas decisões eram provocadas por ações coletivas, com a atuação de associações ou do Ministério Público. Aos poucos conseguia-se decisões favoráveis aos consumidores, isto proliferava e depois de um longo período, verificava-se a formação inclusive em segundo grau de uma jurisprudência favorável aos consumidores.

230 BENETI, Sidnei. O "fator STJ" no direito do consumidor brasileiro. Revista do Direito do Consumidor, ano 20, número 79, julho-setembro/ 2011, p. 40.

231 RUZON, Bruno Ponich. Consumidor nem sempre tem realidade cor-de-rosa nas decisões do STJ. **CONSULTOR JURÍDICO (SÃO PAULO. ONLINE)**, v. 29/01/2017, p. 1, 2017.

Neste modelo criava-se uma importante dificuldade para aos advogados corporativos²³², que controlavam processos espalhados por todo o Brasil e tinham que lidar com milhares de juízes. Assim, antes do regime dos repetitivos havia mais espaço para prosperar teses e argumentos pró-consumidores.

O regime dos repetitivos modificou isto e a jurisprudência passou a ser construída *top-down*, a partir do Superior Tribunal de Justiça. Este modelo foi aprimorado e fortalecido com a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 976 e seguintes, do Código de Processo Civil).

Para não ficar apenas no âmbito teórico, cite-se como exemplo as causas versando sobre “Crediscore”²³³, que começaram em 2012. Muitos consumidores conseguiram importantes condenações contra as empresas que mantinham estes ocultos cadastros. Em 2013, o REsp 1419697/RS foi autuado perante o Superior Tribunal de Justiça, distribuído ao Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, da Terceira Turma, que o afetou para a Segunda Seção, seguindo o regime dos repetitivos.

Na época, não existia na legislação previsão de suspensão dos processos de primeiro grau. O artigo 543-C, § 1º, do Código de Processo Civil, previa a suspensão dos “demais recursos especiais”. No entanto, valendo-se de uma “jurisprudência criativa”, diante da existência de mais de 36.724 ações apenas na capital de Porto Alegre, o Ministro Relator determinou a suspensão de todos os feitos de primeiro grau. No julgamento final, em novembro de 2014,

232 Advogado corporativo é aquele que presta serviços habitualmente, em geral com remuneração mensal, a empresas e tem nelas a maior parte de sua carteira de clientes e até mesmo de demandas em âmbito judicial.

233 O Código de Defesa do Consumidor impõe que a inclusão de qualquer consumidor em um cadastro ou banco de dados seja previamente comunicada por escrito (art. 43, § 2º, Lei 8.078/90). Os “crediscors” eram abertos sem esta formalidade legal e muitos consumidores descobriram esta ilegalidade e buscaram indenizações perante o Judiciário brasileiro.

de forma unânime, decidiu-se que o "*credit scoring*" era um método de avaliação de risco e não um cadastro ou banco de consumidor, razão pela qual, por exemplo, não seria necessário comunicar sua abertura ao consumidor envolvido. Até hoje eu, você e mais de 200 milhões de brasileiros estamos submetidos ao "*credit scoring*" de forma oculta graças a esta equivocada decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Enfim, neste modelo centralizador e concentrado, no qual a jurisprudência é formada *top-down* a vantagem para os advogados corporativos é muito maior²³⁴. Ele inclusive minou a tutela coletiva²³⁵, que tanto avanço produziu em prol dos consumidores. Esta realidade é retratada por diferentes pesquisadores²³⁶. Ações coletivas trabalhadas *bottom up*, dispersas e difusas, construídas a partir do primeiro grau perdem espaço diante do regime dos recursos repetitivos ou do incidente de demandas repetitivas, que vem de cima para baixo e consolidam uma após outra várias vitórias dos fornecedores (v.g. Crediscare, Corretagem, etc).

Deixe-se claro que antes de 2010 já existiam muitas decisões do Superior Tribunal de Justiça contrárias à tutela consumerista.

234 Sobre as desvantagens do IRDR em relação às ações coletivas ver: VIEIRA, Debora da Silva; VERBICARO, Dennis; GÔES, Gisele Santos Fernandes. Incidente de resolução de demandas repetitivas e ação coletiva: diálogo ou duelo na defesa do consumidor em juízo? **Revista de Direito do Consumidor**, ano 29, número 130, julho-agosto/2020, p. 349-393.

235 "Em um cenário de consolidação de conquistas e aperfeiçoamento do processo civil para atender às novas demandas sociais, a nova lei processual não poderia surgir no ordenamento jurídico brasileiro para marcar um retrocesso no amplo movimento de acesso à Justiça, privilegiando as ações individuais e inibindo as demandas coletivas" (CARPENA, Heloisa. S.O.S. Ações civis públicas. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 25, número 104, março-abril/2016, p. 343).

236 "O quadro normativo processual indica protagonismo maior dos tribunais de segundo grau (IRDR) e tribunais superiores (recursos repetitivos). Para eficácia social dos direitos metaindividuais do consumidor é fundamental que os entes legitimados para ajuizamento da ação coletiva, com destaque para o Ministério Público, percebam o novo cenário e se reestruturarem para acompanhamento adequado de todo processo ou incidente que envolva definição de tese jurídica relativa a DMC e/ou DPC" (NUNES, Ana Luiza Tarter; BESSA, Leonardo Roscoe. Convivência normativa entre o incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas: primeiras impressões. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 25, número 108, novembro-dezembro/2016, p. 159).

Um caso emblemático é a Súmula 381/STJ²³⁷, publicada em 2009, a maior prova histórica de manobra do capital financeiro sobre o Estado. Mas há também a interpretação *contra legem* do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. A Terceira e Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça por décadas exigiram a prova da má-fé da empresa na cobrança indevida para impor a repetição em dobro em favor do consumidor, enquanto a lei nada dizia a respeito. Esta orientação só se modificou em 2021, no julgamento do EAREsp n.º 676.608/RS. Ou seja, nossa Corte Superior sabotou a repetição em dobro por mais de 30 anos.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça tem ignorado o Código de Defesa do Consumidor em favor de leis supostamente “especiais”, como a Lei do Distrato, a Lei da Alienação Fiduciária, ou mesmo a Lei dos Planos de Saúde²³⁸. Tal orientação, no entanto, não se compatibiliza com a teoria do direito do consumidor²³⁹, já que antes de ser um compromissário comprador, ou um mutuário, ou um usuário de plano de saúde, o sujeito é um consumidor e deveria contar com toda a proteção do sistema legal, sem restrições ou atenuações.

237 Precisa a crítica de Bruno Miragem: “A Súmula 381 do STJ vem demonstrar-se, portanto, contraditória com o sistema de nulidades e a própria jurisprudência pretérita do tribunal. Por outro lado, gera o grave precedente de criar espécie de ‘imunidade’ ao controle das cláusulas abusivas dos contratos bancários, no tocante à possibilidade de conhecimento de ofício do julgador. Neste sentido, ao tempo em que consagra entendimento diretamente contrário ao texto expresso de lei (art. 51 do CDC), diferencia os contratos bancários dos demais contratos de consumo, operando pela via processual, distinção que o STF proibiu ao concluir pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, na decisão da ADIn 2.591/DF” (MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 18, número 72, out/dez/2009, p. 76).

238 Vide Temas Repetitivos 990/STJ, 1032/STJ, 1095/STJ, por exemplo.

239 “[...] não prospera o entendimento de que o CDC não incide quando houver legislação especial regulamentando determinada atividade inserida em relação de consumo. Tal orientação gera perigosa fragmentação no sistema e torna certos setores imunes à incidência da Constituição, haja vista a proteção ao consumidor decorrer de expreso mandamento constitucional” (OLIVA, Milena Donato. Desafios contemporâneos da proteção do consumidor: codificação e pluralidade de fontes normativa. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 15-33, abr./jun. 2018, p. 32).

Além do fator Superior Tribunal de Justiça obstaculizando o direito do consumidor, um outro fator precisa ser enfatizado: a ignorância sobre a realidade empresarial. Ignorância esta, inclusive, que atinge os advogados em geral, com exceção dos corporativos. O magistrado sabe muito sobre direito, mas pouco sabe sobre os meandros das corporações. Um juiz não sabe como funciona o mercado, nem de transporte de aviação, nem de venda de automóveis, nem muito menos o bancário. Não sabe porque nunca estudou a respeito e muito menos teve experiência pessoal para tanto. A perícia poderia suprir esta deficiência, mas o indeferimento sistemático da prova técnica é outro problema constante nas lides consumeristas.

Muitos pesquisadores do direito do consumidor reportam a necessidade de produção legislativa para resolver impasses no dia a dia do consumidor. Mas sem a mudança de uma única norma, dentro de um paradigma pós-positivista, valendo-se apenas dos princípios e regras já postas no ordenamento jurídico, seria possível realizar uma revolução no campo consumerista. O Judiciário já tem condições plenas para entregar uma tutela efetiva aos consumidores. Mas na maior parte das vezes atua como um órgão de contenção de avanços²⁴⁰. Veja, na maior parte das vezes, já que neste estudo rejeita-se qualquer tipo de generalização ou mesmo definição estereotipada. A realidade é complexa.

240 “[...] empecilhos jurisprudenciais ao direito à proteção jurídica do consumidor não apenas corroem a efetividade de normas protetivas como afetam, por via reflexa, o respeito à ordem jurídica e constitucional. Reitera-se, como observado, que empecilhos jurisprudenciais como tais geram uma falsa pacificação social — contrária à pacificação almejada pela Jurisdição — posto que dão ao consumidor a impressão de que o não reconhecimento de seus direitos se deu por fundamento jurídico legítimo, que não lhe cabe questionar. Relegadas a uma função simbólica, atrofiam-se as normas de proteção do consumidor” (EFING, Antonio Carlos; GIBRAN, Fernanda Mara; BLAUTH, Flávia Noemberg Lazzari. A proteção jurídica do consumidor enquanto direito fundamental e sua efetividade diante de empecilhos jurisprudenciais: o enunciado 381 do STJ. **DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA - ANO 5**, No 17, P. 207-226, OUT./DEZ. 2011).

Um problema crônico que poderia ser melhor enfrentado pelo Judiciário é a obsolescência programada²⁴¹. O Código de Defesa do Consumidor já está pronto para combatê-la, mas os profissionais do direito, advogados, juízes e professores, revelam uma grande e constrangedora ignorância sobre o tema em vários aspectos. De todo injustificável, já que a literatura técnica sobre ela é considerável²⁴². Segundo Jean Baudrillard:

Vivemos o tempo dos objectos: quero dizer que existimos segundo o seu ritmo e em conformidade com a sua sucessão permanente. Actualmente, somos nós que os vemos nascer, produzir-se e morrer, ao passo que em todas as civilizações anteriores eram os objectos, instrumentos ou monumentos perenes, que sobreviviam às gerações humanas.²⁴³

Este problema bem revela a relação direta do direito do consumidor com o direito ambiental. Produtos mais duráveis impactam diretamente a produção de novos bens, exigindo menos recursos materiais, e impactam diretamente também a política de descarte, diminuindo o lixo produzido. Oportuno lembrar que a obsolescência

241 "A obsolescência programada faz parte de uma estratégia de mercado que visa garantir um consumo constante por meio da insatisfação, de forma que os produtos que satisfazem as necessidades daqueles que os comprem parem de funcionar ou tornem-se obsoletos em um curto espaço de tempo, tendo que ser obrigatoriamente substituídos de tempos em tempos por outros produtos mais modernos. Todavia, o resultado de tal conduta é de fácil constatação e percepção na perspectiva agregada da sociedade, quer seja pelo aumento do consumo, no uso de energia e no crescimento da produção de lixo (pós-consumo)" (EFING, Antônio Carlos; SOARES, Alexandre Araújo Cavalcante; PAIVA, Leonardo Lindroth. Reflexões sobre o tratamento jurídico da obsolescência programada no Brasil: implicações ambientais e consumeristas. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 21 - n. 3 - set-dez 2016, p. 4).

242 ARRUDA, Allan César. **A obsolescência programada na contramão do consumo sustentável no Brasil**. 2017, 127 folhas. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília, 2017; EFING, Antonio Carlos; GONÇALVES, Heloísa Alva Cortez. Lixo, o luxo da sociedade: resíduos sólidos eletroeletrônicos, obsolescência programada e pós-consumo. **Direitos Fundamentais & Justiça** | Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 405-428, jan./jun. 2020; SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. A obsolescência programada e psicológica como forma de biopoder: perspectivas jurídicas do consumismo. **Quaestio Iuris**, vol. 09, número 04, Rio de Janeiro, 2016, p. 1771-1786.

243 BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2005, p.15.

não se restringe à perda da funcionalidade do bem, mas também é fruto de razões estéticas e absolutamente supérfluas²⁴⁴. Trata-se de uma estratégia dos próprios fornecedores, de menosprezar ou desvalorizar o antigo, o “ultrapassado”. Para Zygmunt Bauman:

A curta expectativa de vida de um produto na prática e na utilidade proclamada está incluída na estratégia de marketing e no cálculo de lucros: tende a ser preconcebida, prescrita e instilada nas práticas dos consumidores mediante a apoteose das novas ofertas (de hoje) e a difamação das antigas (de ontem).²⁴⁵

A obsolescência vale-se do consumismo para se perpetuar. Há quem diga que o consumismo²⁴⁶ é uma nova ética, que pauta o comportamento das pessoas. Com efeito: “A ‘sociedade de consumidores’, em outras palavras, representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumista, e rejeita todas as opções culturais alternativas”²⁴⁷.

Lembre-se que as multinacionais não se comportam em todos os países da mesma forma. Pelo contrário, elas adotam o chamado duplo padrão, um para os países do Norte e outros para

244 “Sabe-se ainda que a ordem da produção não sobrevive a não ser ao preço de semelhante extermínio, de perpétuo suicídio calculado do parque dos objectos, e que tal operação se baseia na sabotagem tecnológica ou no desuso organizado sob o signo da moda” (BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 42).

245 BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 31.

246 “A economia capitalista moderna deve aumentar a produção constantemente se quiser sobreviver, como um tubarão que deve nadar para não morrer por asfixia. Mas só produzir não é o bastante. Também é preciso que alguém compre os produtos, ou os industrialistas e os investidores irão à falência. Para evitar essa catástrofe e garantir que as pessoas sempre comprem o que quer que a indústria produza, surgiu um novo tipo de ética: o consumismo” (HARARI, Yuval Noah. **Sapiens - uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&PM, 2018, p. 465).

247 BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 70.

os países do Sul²⁴⁸. Dentro do consumo a colonialidade se mantém em vários aspectos²⁴⁹. Assim, a obsolescência não atinge todos os consumidores da mesma forma, ela atinge mais gravemente justamente aqueles que integram os países periféricos, os mais pobres.

Não basta apenas combater a obsolescência, é preciso reconhecer um verdadeiro direito de reparar, um *"right to repair"*, como defendido nos EUA. Ou seja, deve-se defender a proteção do consumidor durante a vida útil do produto - o que muitas vezes não acontece no cenário brasileiro - deve-se defender que esta vida útil seja tecnicamente estendida pelos fornecedores — conforme a tecnologia avança um celular deveria dura mais anos e não menos — e deve-se defender que mesmo após sua vida útil, seja possível reparar o bem.

Outro ponto sensível no século XXI é a questão do crédito. Boa parte da população depende do crédito para participar do mercado de consumo, sobretudo no Sul global. Muitas se endividam para manter um padrão de consumo incompatível com sua renda. As pressões para o consumo ultrapassam as fronteiras nacionais²⁵⁰.

248 Neste sentido o importante estudo da Public Eye "How Nestlé gets children hooked on sugar in lower-income countries", demonstrando que a empresa Nestlé adiciona mais açúcar apenas nos produtos vendidos aos países do Sul Global (GABERELL, Laurent; ABEBE, Manuel; RUNDALL, Patti. How Nestlé gets children hooked on sugar in lower-income countries. **Public Eye - Le Magazine**, Zurich, n. 47, Apr. 2024).

249 MARQUES, Carlos Alexandre Michaello; ROCHA, Leonel Severo. Consumo e direitos humanos: reflexões sobre o discurso hegemônico da modernidade e o rompimento colonial. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 44, 2020, ISSN 0101-7187.

250 "As empresas multinacionais são os grandes veículos da cultura-ideologia do consumismo e têm desempenhado um papel crucial em aumentar expectativas consumistas que não podem ser satisfeitas, num futuro previsível, pela massa da população do chamado Terceiro Mundo" (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2013, p. 276).

Entra em cena o efeito demonstração²⁵¹, afetando não só a vida do indivíduo, mas de toda a sociedade. Segundo Rafael Barbieri Camatta e Alexandre Ottoni Teatini Salles:

[...] o comportamento demonstrativo pode trazer consequências danosas às economias tanto dos países periféricos quanto dos países desenvolvidos. Essas estão relacionadas: à redução da poupança e do investimento; ao endividamento; à pressão sobre o câmbio e balança de pagamentos; ao incentivo à concentração de renda; à insatisfação crônica; ao desequilíbrio na alocação entre bens privados e bens públicos; ao monopólio dos bens posicionais; à frustração permanente das expectativas dos setores de menor renda.²⁵²

O endividamento também ocorre por algum imprevisto da vida, uma geladeira defeituosa, uma doença prolongada. O orçamento doméstico é tão curto que qualquer contratempo do dia a dia já o desequilibra. A remuneração do trabalho incompatível com os parâmetros do artigo 7º, IV, da Constituição Federal, contribui para a manutenção desta injustiça estrutural, que mantém muitas pessoas na fronteira do superendividamento.

251 "[t]endência dos países de menor desenvolvimento socioeconômico de imitar ou tentar reproduzir em seu território os hábitos de consumo e de vida dos países mais desenvolvidos, acarretando pressões sobre as importações [...] O efeito demonstração também caracteriza uma situação na qual os elementos de um estrato social procuram copiar padrões de comportamento de estratos superiores, tentando demonstrar um status que não possuem" (SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do Século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 276).

252 CAMATTA, R. B.; SALLES, A. O. T. Consequências macroeconômicas do consumo conspícuo: efeito demonstração, mimetismo cultural; efeito dependência e os limites sociais para o crescimento econômico. **Nova Economia**, [S. l.], v. 34, n. 1, p. 1-31, 2024. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/7897>. Acesso em: 11 fev. 2025.

Há um senso comum²⁵³ de que o “culpado” pelo superendividamento seria o próprio consumidor²⁵⁴. Trata-se de concepção intimamente relacionada com uma visão liberal, atualmente insustentável²⁵⁵. Ninguém escolhe ser um superendividado. O fenômeno ocorre por vários fatores que vão além do controle do indivíduo. As pessoas estão inseridas em uma cultura consumista estimulada pelo próprio mercado, havendo um incessante incentivo ao consumismo que atinge inclusive as pessoas pobres²⁵⁶. Afinal a publicidade é desenvolvida para demonstrar que feliz é quem consome²⁵⁷.

Outra questão importante no século XXI é a interpretação e aplicação do instituto do dano moral, sobretudo no sistema legal brasileiro que ainda não prevê a multa civil para combater as práticas abusivas e as várias ilicitudes dos fornecedores.

253 “O senso comum é um ‘conhecimento’ evidente que pensa o que existe tal como existe e cuja função é a de reconciliar a todo custo a consciência comum consigo mesma. É, pois, um pensamento necessariamente conservador e fixista” (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1989, p. 32).

254 “[...] a responsabilização do indivíduo superendividado como único culpado pela contratação do crédito se revela inadequada e busca isentar o fornecedor do crédito que atua na infralegalidade quando assedia esse consumidor, muitas vezes já endividado” (VERBICARO, Dennis; NUNES, Luiza Correa Colares. O fenômeno do superendividamento do consumidor no contexto de desigualdade social no Brasil. **Revista Jurídica Cesumar**, maio/agosto 2019, v. 19, n. 2, p. 521-555, p. 539).

255 “People are essentially interdependent from birth. Society is not a configuration formed to enforce pre-existing interests, but a pre-existing matrix, which forms such interests and provides for the needs of its members. In other words, this aspect of the ideology serves to cover over the essential interconnectedness of people”. Em tradução livre: “As pessoas são essencialmente interdependentes desde o nascimento. A sociedade não é uma configuração formada para impor interesses preexistentes, mas uma matriz preexistente que forma tais interesses e provê as necessidades de seus membros. Em outras palavras, esse aspecto da ideologia serve para encobrir a interconexão essencial entre as pessoas.” (PRIEST, Graham. **Capitalism - its nature and its replacement**. Nova Iorque: Routledge, 2022, p. 174).

256 “A ausência de recursos econômicos exige a necessidade de se gastar o pouco que se tem da forma mais adequada possível. O problema é que a grande fonte de informação dos consumidores é a publicidade comercial, que, por sua vez, não tem como objetivo informar corretamente os consumidores, mas vender seus produtos” (SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor**: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009, p. 12).

257 BRAGAGLIA, Ana Paula. Publicidade excludente e outros apelos emocionais: reforçando o estereótipo ‘feliz é quem consome’. **Verso e Reverso**, XXVIII (67):2-14, janeiro-abril 2014, ISSN 1806-6925

Como se sabe, todos os artigos que previam multas civis no Código de Defesa do Consumidor sofreram veto presidencial²⁵⁸ e isto causou uma grave e sintomática deficiência na Lei 8.078/90. Qual é o desestímulo que um banco tem para manter cláusulas abusivas em seus contratos de adesão? Absolutamente nenhum. O combate pela via administrativa mostra-se inefetiva em um Brasil com déficit de Procons, e o combate pela via penal é uma ficção pela ausência de delegacias e profissionais da segurança pública treinados e dedicados à aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Por isso, desde os primórdios o instituto do dano moral é tão importante nas causas consumeristas. E por isso é um dos institutos que sofre mais ataques dos fornecedores.

A retórica alegação de uma “indústria do dano moral”²⁵⁹, repetida sistematicamente pelos fornecedores desde a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, surte efeitos e situações nas quais o dano moral *in re ipsa* era pacificamente reconhecido (v.g. atraso e cancelamento de voo) não mais o são. Ou então se vê condenações de mil ou dois mil reais tornando-se comum. O cenário é adverso ao consumidor no Judiciário nesta matéria.

Em causas consumeristas envolvendo litigantes habituais não há um ponto de equilíbrio na fixação de indenização de danos morais, justamente pela grande diferença econômica entre

258 GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 5.

259 V.g. VERBICARO, Dennis; SILVA, João Vítor Penna e; LEAL, Pastora do Socorre Teixeira. O mito da indústria do dano moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 26, número 114, novembro-dezembro/2017, p. 75-99; MARTINEZ, Tiago; HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues Santos. A trivialização do dano: banalizado por quem? A desmistificação da indústria do dano moral pela análise da cultura jurídica brasileira e norte-americana. **Anais do XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS - Maranhão**. Coordenadores: Ana Thereza Meireles Araújo; Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann — Florianópolis: CONPEDI, 2017.

consumidor e fornecedor²⁶⁰. Ou se considera mais importante evitar um “enriquecimento” do consumidor e fixa-se um valor baixo, ou se considera mais importante a função de desestímulo do instituto e fixa-se um valor elevado, que efetivamente atinja os cofres da empresa, demonstrando para a sociedade a reprovabilidade da conduta²⁶¹. O fator ideológico acaba multiplicando a primeira concepção no cenário nacional.

Quando se observa o fenômeno no tempo, verifica-se uma constante desvalorização do dano moral na jurisprudência brasileira²⁶². Como ele é arbitrado a partir de precedentes sem qualquer recomposição monetária, isto provoca um efeito de diminuição constante das indenizações.

Quando algum magistrado ou Tribunal rompe a visão hegemônica que mantém as indenizações de danos morais em baixos patamares, entra em cena o Superior Tribunal de Justiça. Ele tem se tornado um grande “revisor” de indenizações de danos morais, como se pudesse examinar os fatos que as fundamentam. Nas palavras de Eduardo Rocha Dias e Gabriel Barroso Fortes:

260 RUZON, Bruno Ponich. O paradoxo na quantificação do dano moral nas relações de consumo. *In*: Rui Stoco. (Org.). Dano moral nas relações de consumo. 1ed.São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015, v. I, p. 1429-1440.

261 “A finalidade punitiva somente será alcançada com a imposição de um quantum indenizatório suficiente e adequado para penalizar o ofensor e ao mesmo tempo inibir novas práticas lesivas. Portanto, a reparação do dano tem caráter punitivo, preventivo e compensatório, devendo o valor a ser atribuído ser suficiente a proporcionar conforto e satisfação ao lesionado, além de produzir aos ofensores repercussão tal, que os impeça de cometer novos atentados, observando-se, assim, a consagrada teoria do desestímulo, ou seja, o valor deve locupletar o ofendido, mas há de ser suficientemente elevado a desencorajar os ofensores a novas agressões” (EFING, Antônio Carlos; BOZO, Aline Maria Hagers. O mero aborrecimento e a justiça defensiva: a tragédia do ilícito lucrativo em favor do alegado desafogamento do Judiciário. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 121-144, out./dez. 2022).

262 RUZON, Bruno Ponich; MAIMONE, Flávio Henrique Caetano de Paula. A desvalorização constante do dano moral na jurisprudência brasileira. **Revista Brasileira de Direito Comercial**, Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Dez/Jan 2024, ano X, número 56.

[...] o STJ vem firmando jurisprudência no sentido de - mesmo sem contar com fundamentação explícita na sua competência constitucional (art. 105, III, da CF/1988) - poder (e até dever) rever os valores arbitrados nas instâncias inferiores, como se lhe competisse 'revisar' a valoração que os magistrados fazer acerca dos fatos que geram indenização em cada caso, e assim, rearbitrando arbitrariamente os valores estipulados, como se lhe coubesse 'dar a última palavra' até mesmo em matéria de indenização.²⁶³

Por fim, outro importante obstáculo no século XXI diz respeito à atuação do Poder Executivo. Afinal, se ele cumprisse o seu papel, o Judiciário não teria que atuar tanto como se vê na realidade brasileira²⁶⁴. Os direitos dos consumidores são sistematicamente desrespeitados não só pela parcimônia do Judiciário, mas sobretudo pela insuficiência e ineficiência dos órgãos executivos. O principal deles dentro da sistemática do Código de Defesa do Consumidor é o Procon²⁶⁵.

Ocorre que já se demonstrou teoricamente um déficit de Procons no Brasil e que isto impacta significativamente a proteção

263 DIAS, Eduardo Rocha; FORTES, Gabriel Barroso. Responsabilidade civil, danos extrapatrimoniais e enriquecimento ilícito nas relações de consumo: uma análise crítica da jurisprudência do STJ. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 25, número 104, março-abril/2016, p. 399.

264 "A municipalização da defesa do consumidor suscita um aumento na qualidade de vida do cidadão, pois cria órgãos cuja finalidade é impulsionar a defesa do vulnerável no plano extrajudicial, auxiliando a desafogar o sistema com a não instauração de conflitos no âmbito judicial" (GOMES, Ana Paula Maria Araújo; MENDONÇA, Maria Lírida Calou Araújo. A tutela administrativa do consumidor pelo Procon e as perspectivas do Projeto de Lei 5.193/2013. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 25, número 107, setembro-outubro/2016, p. 347).

265 "Um dos órgãos brasileiros que tem uma atuação expressiva no mercado de consumo na defesa dos consumidores é o Procon (Procuradoria de Proteção e Defesa do Consumidor). Entre suas atividades destaca-se: a orientação aos consumidores em suas reclamações, prestações de informações sobre seus direitos, fiscalização das relações de consumo, podendo também: firmar acordos, estabelecer normas, propor ações coletivas, fazer representações criminais, denúncias, pedir recall e divulgar cadastro de reclamações" (ROCHA, Leonel Severo; ATZ, Ana Paula. As organizações auxiliares ao Poder Judiciário na complexidade da semântica do consumo. **Revista do Direito do Consumidor**, ano 21, número 83, julho-setembro/2012, p. 66).

do consumidor²⁶⁶. Em termos numéricos, em 2022, existiam 600 Procons Municipais abrangendo 750 cidades brasileiras, em um universo de 5.570 municípios. Assim, depois de mais de 35 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, no Brasil o ordinário é que não existam Procons instalados nos municípios.

A deficiência do Poder Executivo também é constatada pela baixa efetividade das Agências Regulatórias²⁶⁷. Por exemplo, mesmo com milhares de reclamações não atendidas, as empresas de telefonia continuam serenas, operando sem qualquer tipo de restrição. Esta realidade se repete em vários setores regulados da economia, como o bancário, securitário ou da saúde.

266 RUZON, Bruno Ponich; BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues. O déficit de Procons no Brasil: empecilho ao direito fundamental da defesa do consumidor? **Revista Brasileira de Direito Comercial, Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Nov/Jan 2025, ano XI, número 61.

267 "[...] na realidade brasileira chega a ser despiendo recorrer às estatísticas para saber-se que na última década, os setores campeões de reclamações dos consumidores (junto as associações de proteção aos direitos dos consumidores, aos Procons, as Promotorias e ao Poder Judiciário) são exatamente aqueles em que existe uma Agência Reguladora cuja atuação carece de eficácia, podendo-se citar exemplificativamente os setores de telefonia (Anatel), de seguros e planos de saúde (ANS) e de serviços bancários (Banco Central do Brasil, com idêntica função reguladora)" (PRUX, Oscar Ivan. Os 25 anos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sua história e as novas perspectivas para o Século XXI. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 25, número 104, março-abril/2016, p. 27).



2

**ESTRATÉGIA
E PROCESSO CIVIL**

Os problemas da efetivação de direitos e da proteção do consumidor indicam a necessidade de uma permanente luta pelos sujeitos oprimidos. Existem diferentes tipos de lutas, ativas e confrontacionais, passivas e não confrontacionais, pacíficas e armadas²⁶⁸, mas todas remetem a um problema específico que é a ação em situação de conflito. Em outros termos, demandam um conhecimento sobre o campo próprio da estratégia.

Este segundo capítulo é dedicado ao tema principal da tese, o desenvolvimento teórico da estratégia no campo do processo civil. Dentro do contexto exposto na problematização investiga-se as principais noções relacionadas a um pensamento estratégico, sempre mantendo o compromisso com o pluralismo metodológico, a historicidade, a complexidade e a teoria crítica.

2.1 A ORIGEM MILITAR DA ESTRATÉGIA E SUA DISSEMINAÇÃO NO SÉCULO XX

Este tópico traz uma primeira aproximação ao tema, com forte cunho histórico, relacionando a estratégia com outros campos do conhecimento, inclusive com o próprio direito. Seguindo o pluralismo metodológico, nesta parte destacam-se os métodos histórico, crítico-dialético e sistêmico.

2.1.1 A RELAÇÃO DIRETA COM A GUERRA

Enquanto esta pesquisa é realizada, o público utiliza a palavra “estratégia” em um sentido abrangente, alcançando todo e qualquer

268

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O fim do império cognitivo**: a afirmação das epistemologias do Sul. Belo Horizonte: Autêntica, 2002, p. 108.

agir humano. Estratégias para emagrecer, estratégia para vencer o tabaco, estratégias para ser um vencedor, estratégias para ficar rico etc. Há uma literatura vasta no mundo da autoajuda e no universo dos “coach” direcionada à “estratégia”. Inclusive, certas obras vendem fórmulas “mágicas”, que teriam condições de revolucionar a vida das pessoas. Muito material que contamina e torna pejorativa a expressão, diminuindo a credibilidade de estudos a respeito.

Neste cenário, a palavra “estratégia” aparece como correspondente a “planejamento”, ou seja, a organização de um conjunto de etapas a serem cumpridas em busca de um objetivo específico. Se você tem um “plano”, você tem uma estratégia. Tomando este sentido poder-se-ia pensar em estratégia para tudo, até mesmo para tomar um bom banho.

Por isso é bom, desde o princípio, dar um pouco de rigor à linguagem, evitando esta cooptação do termo “estratégia” apenas pela ideia de planejamento. Em um sentido mais restrito, há estratégia em situações de conflito. Não basta que exista um objetivo a ser alcançado e o desenvolvimento de etapas para tanto, é necessário que haja uma resistência, algo buscando frustrar este plano.

Historicamente a estratégia nasce na antiguidade, como uma arte ligada ao universo militar, ou seja, diretamente relacionada à guerra. A estratégia pode ser vista como “arte militar de planejar e executar movimento e operações de tropas, navios e/ou aviões, visando a alcançar ou manter posições relativas e potenciais bélicos favoráveis a futuras ações táticas sobre determinados objetivos”²⁶⁹.

A guerra é um dos acontecimentos mais antigos da história da humanidade, ocupando milhares de anos da existência do *homo*

269

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Curitiba: Editora Positivo, 2009, p. 835.

*sapiens*²⁷⁰. Ela relaciona-se com o uso da força, da violência²⁷¹. Pouco tem a ver com razão e com justiça. Para além da visão antropocêntrica, estratégias de violência são encontradas até mesmo em chimpanzés²⁷². Os grandes acontecimentos militares marcaram e ainda marcam os rumos de diferentes populações.

Não se faz aqui qualquer apologia à guerra. Um mundo mais pacífico é o que se deseja. No entanto, é no seio da guerra que nasce a estratégia. Ou seja, no ambiente mais extremo do conflito, no qual a derrota leva à destruição.

A cultura do guerreiro faz-se presente em diferentes civilizações. Mas já perdeu muito espaço entre nós. No ocidente “o pacifista passou a ser valorizado nos 2 mil anos da era cristã”²⁷³. Há passagens na Bíblia em que se relata a oposição de Jesus Cristo ao uso da violência²⁷⁴. Tais textos não impediram as Cruzadas e todas

270 “[...] a guerra precede o Estado, a diplomacia e a estratégia por vários milênios. A guerra é quase tão antiga quanto o próprio homem e atinge os lugares mais secretos do coração humano, lugares em que o ego dissolve os propósitos racionais, onde reina o orgulho, onde a emoção é suprema, onde o instinto é rei” (KEEGAN, John. **Uma história da guerra**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 18).

271 “A guerra é pois um ato de violência destinado a forçar o adversário a submeter-se à nossa vontade” (CLAUSEWITZ, Carl von. **Da Guerra**. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2010, p. 7).

272 “Some of the most notable observations of chimpanzees at war come from Jane Goodall, the pioneering student of the social lives of chimpanzees. She began watching them in 1960 in Tanzania’s Gombe Stream National Park, and found a number of occasions when individual apes had been murdered by males from neighboring colonies”. Em tradução livre: “Algumas das observações mais notáveis sobre chimpanzés em guerra vêm de Jane Goodall, a pesquisadora pioneira da vida social desses animais. Ela começou a observá-los em 1960, no Parque Nacional Gombe Stream, na Tanzânia, e registrou várias ocasiões em que macacos individuais foram mortos por machos de colônias vizinhas” (FREEDMAN, Lawrence. **Strategy: a history**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013, p. 7).

273 KEEGAN, John. **Uma história da guerra**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 19.

274 “Eu, porém, vos digo: não resistais ao perverso; mas, a qualquer que te ferir na face direita, volta-lhe também a outra; e, ao que quer demandas contigo e tirar-te a túnica, deixa-lhe também a capa” (Evangelho de Mateus 5:39-40, Bíblia Sagrada. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009); “E eis que um dos que estavam com Jesus, estendendo a mão, sacou da espada e, golpeando o servo do sumo sacerdote, cortou-lhe a orelha. Então, Jesus lhe disse: Embainha a tua espada; pois todos os que lançam mão da espada à espada perecerão” (Evangelho de Mateus 26:51-52, **Bíblia Sagrada**. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009).

as mortes das guerras religiosas. Orientações pacifistas também são encontradas em outras religiões. O pacifismo também está na filosofia. Pode-se mencionar a emblemática obra “À paz perpétua” do filósofo Immanuel Kant (1724-1804) de 1795²⁷⁵.

Filosoficamente existem quatro posições em relação à guerra: a de exaltação, na qual é vista como intrínseca à natureza humana e até mesmo como algo virtuoso; a aceitação, na qual é vista como um mal aparente mas necessário ao progresso; a justificação, na qual é vista como admissível em situações legitimadas em um contexto de “guerra justa”; e a rejeição, na qual é repelida em qualquer circunstância, acatada por pacifistas e adeptos da não-violência²⁷⁶.

Com o avanço das sociedades democráticas a guerra passou a ser considerada repugnante por boa parte da população²⁷⁷. Busca-se uma paz pela construção contemporânea do Direito Internacional (v.g. ONU, TPI, OMC etc.), para permitir soluções diplomáticas e institucionais de conflitos entre nações²⁷⁸. Segundo John Keegan: “Há motivos para acreditar que por fim, depois de 5 mil anos de guerras registradas, as mudanças culturais e materiais

275 KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 1989.

276 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 573.

277 “Only with modernity, as the liberal outlook that emerged during the Enlightenment gradually grew to dominate the developed world, did war begin to be regarded in liberal societies as something utterly repugnant and futile, indeed, incomprehensible to the point of absurdity”. Em tradução livre: “Somente com a modernidade, à medida que a visão liberal surgida durante o Iluminismo passou gradualmente a dominar o mundo desenvolvido, é que a guerra começou a ser considerada, nas sociedades liberais, como algo totalmente repugnante e fútil — na verdade, incompreensível a ponto de parecer absurda” (GAT, Azar. **War in human civilization**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006, p. 662).

278 “O esforço de pacificação não é motivado por cálculos de interesse político, mas por repulsa às consequências da guerra. O impulso é humanitário e, embora os humanitaristas sejam velhos oponentes da guerra, o humanitarismo nunca tinha sido declarado um princípio básico da política externa de uma grande potência, como o foi agora pelos Estados Unidos, nem tinha um organismo supranacional efetivo, como a ONU, nem tinha encontrado apoio tangível de um amplo corpo de Estados desinteressados, desejosos de mostrar seu compromisso ao princípio mediante o envio de tropas de paz aos locais de conflito” (KEEGAN, John. **Uma história da guerra**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 91).

podem estar trabalhando para inibir a inclinação do homem a pegar em armas”²⁷⁹.

O fortalecimento do direito permite que os conflitos sejam institucionalmente resolvidos, tanto no âmbito interno quanto internacional, diminuindo a tensão no uso desordenado da violência. De certa forma, portanto, o advento da “Era dos Direitos”, com a possibilidade de reconhecimento e mudança da situação de populações oprimidas contribui a longo prazo para a pacificação da sociedade.

Enfim, a estratégia não nasce como uma ciência, mas como uma arte. Analisando as obras tradicionais, elas organizam orientações para o general, com um caráter muito instrumental. São construídas a partir de máximas, muitas vezes com exemplos práticos. Sustentam-se na autoridade de seus autores, não em algum método específico.

Dentro desta literatura clássica da estratégia militar algumas se destacam. Há “A arte da guerra” de Sun Tzu²⁸⁰, publicada entre 544 e 496 a.C., que remonta a tradição chinesa, e que foi muito explorada no século XX pelo mundo corporativo.

De Sextus Julius Frontinus, um general romano, tem-se “Strategemata”, publicada entre 84 e 96 d.C.²⁸¹. De Publius Flavius Vegetius Renatus, também romano, tem-se “De re militari”, publicada entre 390 e 430 d.C.²⁸². Lembre-se que a civilização romana com seus mais de 1000 anos de história contou com uma expressiva força militar e conseguiu em seu auge dominar toda a Europa continental, o norte da África, a ilha da Grã-Bretanha e chegou até o oriente médio.

279 KEEGAN, John. **Uma história da guerra**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 88.

280 TZU, Sun. **A arte da guerra**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

281 FRONTINUS, Sextus Julius. **The stratagems and the aqueducts of Rome**. Cambridge: Harvard University Press, 1961.

282 ALLMAND, Christopher. **The De Re Militari of Vegetius: the reception, transmission and legacy of a Roman Text in the Middle Ages**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011.

Caminhando para um tempo pós-medieval, tem-se a obra de um dos fundadores da ciência política, Nicolau Maquiavel, intitulada "A arte da guerra"²⁸³, de 1519. Há também "O livro dos 5 anéis" de Musashi Miyamoto, no contexto japonês, escrito em 1645²⁸⁴.

Já na modernidade, um dos maiores clássicos produzidos foi "Da Guerra" de Carl von Clausewitz, publicado em 1832²⁸⁵. Também merece referência o "Resumo da Arte da Guerra" de Antoine-Henri Jomini²⁸⁶, publicada em 1838. No século XX, pode-se mencionar "Strategy" de B.H. Liddell Hart, publicada em 1954²⁸⁷.

Apesar de a obra de Liddell Hart e algumas outras, há uma pobreza na produção sobre estratégia militar a partir do século XX²⁸⁸. É como se a última grande obra tivesse sido "Da guerra" de Clausewitz. Dentre os fatores para este cenário, estaria a complexidade da guerra contemporânea, com todos os novos elementos tecnológicos então introduzidos. Um único pensador seria incapaz de dar conta de todos os fatores e entregar uma teoria geral.

No âmbito dos pensadores marxistas sempre houve interesse no tema da guerra e também em questões estratégicas. Afinal, a luta

- 283 MAQUIAVEL, Nicolau. **A arte da guerra**. Porto Alegre: L&PM, 2021.
- 284 MIYAMOTO, Musashi. **O livro dos cinco anéis**: o clássico guia de estratégia. São Paulo: Madras, 2004.
- 285 CLAUSEWITZ, Carl von. **Da guerra**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- 286 JOMINI, Antoine_Henri. **Compendio del Arte de la Guerra**. Madrid: Ministerio de Defensa, 1991.
- 287 HART, B.H. Liddel. **Strategy**. Nova Iorque: Meridian, 1991.
- 288 *"The increasing complexity of war, and hence of instruments for strategic effect, in this century might account for the absence of a great strategic theorist. Modern war, and therefore modern strategy, have so expanded in scope and complexity since the 1820s that no individual, regardless of the wattage of his genius, the efficiency of his labour, or the duration of his working life, reasonably could aspire to perform as a Renaissance, let alone Enlightenment, Person for the subject"*. Em tradução livre: "A complexidade crescente da guerra — e, consequentemente, dos instrumentos para produzir efeitos estratégicos — neste século pode explicar a ausência de um grande teórico da estratégia. A guerra moderna, e portanto a estratégia moderna, expandiu-se tanto em alcance e complexidade desde a década de 1820 que nenhum indivíduo, por mais brilhante que seja sua genialidade, por mais eficiente que seja seu trabalho ou longa sua vida ativa, poderia razoavelmente aspirar a atuar como um Homem da Renascença — quanto mais como um Homem do Iluminismo — nesse campo" (GRAY, Colin S. **Modern Strategy**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999, p. 115).

armada era um caminho para a revolução. Existem, portanto, vários textos que versam sobre assuntos militares. Aliás, Friedrich Engels foi alcunhado de “O General de Marx” pelas suas contribuições no campo militar²⁸⁹. Há obras de Lenin e Guevara e também Gramsci vale-se de um linguajar militar em suas construções teóricas.

Dentro de um viés crítico, a paz não merece ser defendida a qualquer custo, ainda que ao preço da manutenção da opressão e da dominação existente. Em ambientes democráticos os conflitos merecem solução institucional. No entanto, quando não há um ambiente democrático, muitas vezes é necessário valer-se de medidas extremas. Todo movimento social, inclusive aquele que se vale da luta armada, deve ser compreendido em seu contexto histórico.

Enfim, a guerra era algo extremamente relevante para as civilizações e por isso não poderia ser deixada ao acaso. Era importante compreender o que levava ao sucesso na campanha, na batalha e na guerra. Daí ter surgido a estratégia para lidar com estas questões, conforme a literatura já referenciada. Apesar de sua complexidade, a guerra foi objeto de estudo e produção técnica.

Embora a arte da estratégia tenha se iniciado no âmbito militar, a guerra não tem a exclusividade do conflito. Sobretudo a partir do século XX, ela alcança outros campos do conhecimento, atingindo a ciência política, a administração, a economia e até mesmo o direito. No século XIX, Clausewitz já afirmava a semelhança da guerra com a atividade comercial e a política²⁹⁰.

289 CARVALHO, João Rafael Chió Serra. O general de Marx: o pensamento militar de Friedrich Engels. **Germinal: Marxismo e Educação em Debate**, Salvador, v. 12, n. 3, p. 186-202, nov. 2020.

290 “Afirmamos, pois, que a guerra não pertence ao domínio das artes e das ciências, mas sim ao da existência social. Ela constitui um conflito de grandes interesses, solucionado através do sangue, e é só por isso que difere dos outros conflitos. Seria melhor compará-la, mais que a qualquer arte, ao comércio, que também é um conflito de interesses e de atividade humana; assemelha-se mais ainda à política, a qual, por sua vez, pode ser considerada, pelo menos em parte, como uma espécie de comércio em grande escala” (CLAUSEWITZ, Carl von. **Da Guerra**. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2010, p. 127).

Após a Segunda Guerra Mundial o tema “estratégia” ganha espaço na academia, extrapolando os círculos militares²⁹¹. Sobretudo dentro da administração. A partir da década de 1950 ocorre uma transformação nestes cursos²⁹², e surge, por exemplo, a disciplina de “Planejamento Estratégico”.

Quando a estratégia avança para outros campos, transforma-se, ganhando uma nova configuração. Eis uma definição de estratégia na administração, a “Estratégia é a busca deliberada de um plano de ação para desenvolver e ajustar a vantagem competitiva de uma empresa”²⁹³. Nada há nela sobre força, violência ou guerra. Vê-se que é nuclear a ideia de “vantagem competitiva”.

Os pesquisadores não transplantam simplesmente os elementos da estratégia tradicional, de cunho militar, para o mundo empresarial. No entanto, em virtude da origem histórica, algumas expressões e terminologias militares são mantidas, mas com uma conotação mais metafórica. Por exemplo: “A primeira questão para a empresa ao considerar movimentos ofensivos ou defensivos é o grau geral de instabilidade na indústria ou as condições no âmbito de toda a indústria que possam indicar se um movimento provocará um estado de guerra generalizado”²⁹⁴. Poder-se-ia mencionar outros exemplos da literatura da administração.

Enfim, apesar da origem militar, no século XX a estratégia passa a ser considerada em outros campos do saber, ocupando um diferenciado espaço no âmbito acadêmico.

291 “A II Guerra Mundial forneceu um estímulo vital ao pensamento estratégico nos domínios empresarial e militar, porque tornou agudo o problema da alocação de recursos escassos em toda a economia” (GHEMAWAT, Pankaj. **A estratégia e o cenário dos negócios**: textos e casos. Porto Alegre: Bookman, 2000, p. 17).

292 FREEDMAN, Lawrence. **Strategy**: a history. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013, p. 491-504.

293 HENDERSON Bruce D. As origens da estratégia. In: MONTGOMERY, Cynthia A. (Org.). **Estratégia**: a busca da vantagem competitiva. Rio de Janeiro: Campus, 1998, p. 5.

294 PORTER, Michael E. **Estratégia competitiva**: técnicas para análise de indústrias e da concorrência. Rio de Janeiro: Atlas, 2021, p. 92.

2.1.2 A RELAÇÃO COM A MATEMÁTICA: A TEORIA DOS JOGOS

Um dos campos que merece maior atenção é o da matemática, dentro da chamada teoria dos jogos. Ela nasceu no Século XX, a partir de estudos de Ernst Friedrich Ferdinand Zermelo (1871-1953), Félix Edouard Justin Emile Borel (1871-1956), John von Neumann (1903-1957) e Oskar Morgenstern (1902-1977)²⁹⁵. Depois outros pesquisadores avançaram na área, podendo-se mencionar John Forbes Nash Jr. (1928-2015), John C. Harsanyi (1920-2000) e Reinhard Selten (1930-2016).

Embora esta teoria se desenvolva dentro da matemática não se pode ignorar a relação direta de alguns de seus estudiosos com a esfera militar²⁹⁶. Era uma época de Guerra Fria, na qual EUA e URSS disputavam o espaço de poder aberto pelo império britânico. Analisar academicamente problemas de estratégia até então tratados apenas na teoria militar poderia gerar vantagens aos EUA. Observe-se que uma obra clássica como a de Thomas Schelling *"The strategy of conflict"*, de 1960, aborda também o enfrentamento com armas nucleares, tema sensível naquele período histórico²⁹⁷.

295 FIANI, Ronaldo. Teoria dos jogos. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2021, p. 35.

296 *"The center for the postwar application of such methods to practical, and particularly military, problems was the RAND Corporation, which became the prototypical 'think tank'. The organization was set up under an air force grant to develop operational research. It soon became an independent nonprofit corporation addressing defense issues and other aspects of public policy using advanced analytical techniques. RAND began by recruiting natural scientists and engineers who expected to deal with hardware"*. Em tradução livre: "O centro de aplicação, no pós-guerra, desses métodos a problemas práticos — especialmente militares — foi a RAND Corporation, que se tornou o protótipo dos chamados 'think tanks'. A organização foi criada com financiamento da Força Aérea para desenvolver pesquisa operacional. Logo se transformou em uma corporação independente e sem fins lucrativos, dedicada a questões de defesa e outros aspectos de políticas públicas, utilizando técnicas analíticas avançadas. A RAND começou recrutando cientistas naturais e engenheiros, que esperavam lidar com questões de hardware" (FREEDMAN, Lawrence. **Strategy**: a history. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013, p. 147).

297 SCHELLING, Thomas C. **The strategy of conflict**. Londres (Inglaterra): Harvard University Press, 1980.

Além dos frutos militares, o desenvolvimento matemático da estratégia também poderia trazer vantagens de ordem econômica, fortalecendo a competitividade das empresas norte-americanas. Estes elementos ideológicos estimularam o florescimento da teoria dos jogos em solo estadunidense.

Teoricamente, diante de sua matriz matemática, a teoria dos jogos sustenta-se em um modelo cartesiano. Ela trabalha com simplificações da realidade²⁹⁸, com modelos simplificados, nos quais são consideradas apenas as variáveis relevantes. Logo, não é construída em conformidade ao paradigma da complexidade e muito menos utiliza lógicas não-clássicas, como a nebulosa ou a paraconsistente.

Concorda-se que: “[...] o programa dedutivo da teoria dos jogos, qual seja, fornecer uma representação axiomática da interação estratégica em termos de uma racionalidade estratégica apenas, é incompleto”²⁹⁹. Ou seja, a teoria dos jogos é incompleta e insuficiente para dar conta de toda a interação estratégica. No entanto, é uma teoria que merece a devida consideração.

Ainda dentro de uma matriz cartesiana ela adota a teoria da escolha racional, aos moldes do pensamento moderno. Assim, nos jogos espera-se que o jogador aja racionalmente, ou seja “[...] que ele raciocine logicamente, ou seja, extraindo conclusões a partir de premissas de uma forma coerente; que escolha as próprias premissas

298 *"Game theorists try to understand conflict and cooperation by studying quantitative models and hypothetical examples. These examples may be unrealistically simple in many respects, but this simplicity may make the fundamental issues of conflict and cooperation easier to see in these examples than in the vastly more complicated situations of real life".* Em tradução livre: "Teóricos dos jogos tentam compreender o conflito e a cooperação por meio do estudo de modelos quantitativos e exemplos hipotéticos. Esses exemplos podem ser irrealisticamente simples em muitos aspectos, mas essa simplicidade pode tornar as questões fundamentais do conflito e da cooperação mais fáceis de perceber nesses exemplos do que nas situações extremamente mais complexas da vida real" (MYERSON, Roger B. **Game theory - analysis of conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 2).

299 LESSA, Celia de Andrade. Racionalidade estratégica e instituições. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 13, n. 37, São Paulo, Junho de 1998, p. 20.

nas quais apoia o seu raciocínio lógico com base o emprego da razão; e que considere as evidências de forma neutra, sem distorcer os fatos ou omitir evidências”³⁰⁰.

Este agir racional é compreendido em uma dimensão individual, na qual o agente procura sempre maximizar o seu próprio proveito, segundo suas preferências, assumindo-se que estas preferências são completas e transitivas³⁰¹. Os participantes do jogo buscam maximizar o seu resultado e é dentro desta dinâmica que a interação estratégica ocorre.

Para a teoria dos jogos: “Uma estratégia é um plano de ações que especifica, para um determinado jogador, que ação tomar em todos os momentos em que ele terá de decidir o que fazer”³⁰².

Enquanto uma ferramenta matemática, a teoria dos jogos não tem a pretensão de explicar o mundo, ou seja, não tem um propósito descritivo. Tampouco tem a finalidade de demonstrar como os jogadores deveriam se comportar, dentro de um viés prescritivo. Ela tem um viés instrumental, portanto, servindo como um artifício para ser utilizado na tomada de decisão. Trata-se de uma linguagem formal que opera dentro de um sistema fechado. O pesquisador adota um modelo já existente ou desenvolve um novo e então o aperfeiçoa teoricamente. Sendo um campo da matemática, a teoria dos jogos tradicional não tem uma finalidade empírica. Sua demonstração é analítica e o conhecimento que produz também é analítico.

Deve-se reconhecer as limitações da teoria dos jogos e compreendê-la dentro deste contexto. Ela não substitui a estratégia militar clássica e nem muito menos a ciência econômica, sendo apenas algo que se agrega a elas.

300 FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2021, p. 23.

301 OSBORNE, Martin J.; RUBINSTEIN, Ariel. **A course in game theory**. Cambridge: The MIT Press, 1994; MYERSON, Roger B. **Game theory - analysis of conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

302 FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: GEN, 2021, p. 56.

Para além da matemática, há a chamada "*applied game theory*", ou seja, teoria dos jogos aplicada, utilizada como uma ferramenta aplicada à análise de estratégias em conflitos reais. Em economia, por exemplo, quando aplicada, aí sim reveste-se de um caráter descritivo, pois tem a pretensão de prever comportamentos, ou até mesmo normativo, buscando recomendar as melhores condutas.

De qualquer forma, a teoria dos jogos é "*The mathematical theory of situations in which two or more players have a choice of decisions (strategies); where the outcome depends on all the strategies; and where each player has a set of preferences defined over the outcomes*"³⁰³. Ou então: "*the theory of the structure of, and the rational strategies for performing in, games or gamelike human interactions*"³⁰⁴.

Pelo viés individualista, por várias tensões metodológicas, e também pelas relações políticas de alguns pesquisadores do campo da teoria dos jogos, fortemente ligados à pauta ideológica norte-americana (e com o próprio *staff* militar e da inteligência governamental), pesquisadores de cunho social ou marxistas têm considerável resistência a ela.

No entanto, cabe mencionar a posição de Jon Elster (1940-), referência dentro do marxismo analítico, que em artigo de 1982 já colocava que "[...] virtualmente todos os marxistas têm rejeitado a teoria da escolha racional em geral e, em particular, a teoria dos jogos. Entretanto, a teoria dos jogos é de valor inestimável para qualquer

303 BLACKBURN, Simon. **The Oxford Dictionary of Philosophy**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996, p. 153. Em tradução livre: "A teoria matemática das situações em que dois ou mais jogadores têm a possibilidade de escolher decisões (estratégias); nas quais o resultado depende de todas as estratégias adotadas; e em que cada jogador possui um conjunto de preferências definido em relação aos resultados".

304 AUDI, Robert. **The Cambridge dictionary of philosophy**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999, p. 339. Em tradução livre: "A teoria da estrutura dos jogos — e das estratégias racionais para atuar neles — ou de interações humanas semelhantes a jogos".

análise do processo histórico centrado na exploração, conflito, alianças e revolução”³⁰⁵. Ainda segundo Jon Elster:

Para o marxismo, a teoria dos jogos é útil para a compreensão de situações de conflito misto e de cooperação: cooperação para produzir tanto quanto possível, conflito para dividir o produto. A teoria dos jogos ajuda a compreender a mecânica da solidariedade e da luta de classes, sem presumir que os operários e capitalistas tenham interesses comuns e necessidade de cooperação.³⁰⁶

Não há incompatibilidade entre teoria dos jogos e pensamento crítico. É bem verdade que em muitos modelos adotam-se premissas de forte cunho liberal, que não se sustentam minimamente perante uma teoria social. Mas então são estes modelos que devem ser descartados e não a teoria como um todo.

Por outro lado, não se pode ignorar que a teoria dos jogos tradicional já sofreu importantes transformações. Mencione-se aqui a “*Behavioral game theory*”, que rejeita o paradigma da racionalidade ilimitada, e introduz outros elementos para seu desenvolvimento³⁰⁷, inclusive elementos empíricos. Seres humanos agem a partir de certos vieses. Todo agente tem sua racionalidade limitada, de modo

305 ELSTER, Jon. **Marxismo, funcionalismo e teoria dos jogos**. Lua Nova, número 17, São Paulo, junho de 1989.

306 ELSTER, Jon. **Marxismo, funcionalismo e teoria dos jogos**. Lua Nova, número 17, São Paulo, junho de 1989

307 “*Behavioral game theory is about what players actually do. It expands analytical theory by adding emotion, mistakes, limited foresight, doubts about how smart others are, and learning to analytical game theory (Colman, in press, gives a more philosophical perspective). Behavioral game theory is one branch of behavioral economics, an approach to economics which uses psychological regularity to suggest ways to weaken rationality assumptions and extend theory*”. Em tradução livre: “A teoria dos jogos comportamental trata do que os jogadores realmente fazem. Ela expande a teoria analítica ao incorporar emoção, erros, visão limitada do futuro, dúvidas sobre a inteligência dos outros e aprendizado à teoria analítica dos jogos (Colman, no prelo, oferece uma perspectiva mais filosófica). A teoria dos jogos comportamental é um ramo da economia comportamental, uma abordagem da economia que utiliza regularidades psicológicas para sugerir formas de enfraquecer os pressupostos de racionalidade e ampliar a teoria” (CAMERER, Colin F. **Behavioral Game Theory - Experiments in Strategic Interaction**. Nova Iorque: Princeton University Press, 2003, p. 3).

que sofre inúmeras influências no seu julgamento, de fatores inconscientes e de difícil controle³⁰⁸.

Assim, a teoria comportamental dos jogos não só incrementa a teoria tradicional, como a coloca em compasso com um pensamento pós-cartesiano, que compreende as limitações da razão pura. Ao investigar as raízes históricas da teoria vê-se as suas diferentes vertentes, do pensamento tradicional, mas também do pensamento aplicado e da linha comportamental.

Em outros tópicos a tese desenvolve questões sensíveis à teoria dos jogos que contribuem para a compreensão da estratégia no processo civil.

2.1.3 A TENSÃO COM A FILOSOFIA: A RETÓRICA E A ÉTICA

Como a estratégia teve sua origem no seio militar, relaciona-se com a figura do guerreiro e não do sábio, e acaba se desenvolvendo distante da tradição filosófica greco-romana própria do ocidente.

No entanto, o conflito em si nunca esteve distante da filosofia. A dialética é algo marcante no pensamento ocidental e encontra-se muito bem elaborada. No entanto, com raras exceções³⁰⁹, os filósofos

308 "Pesquisas em psicologia e economia comportamental documentam, por exemplo, uma longa lista de vieses psicológicos, tais como: a falácia de planejamento (quando as pessoas fazem um prognóstico de quanto tempo levará para completar um projeto, a média de suas estimativas é, em geral, muito mais baixa do que o tempo de que precisarão de fato), a superconfiança, a aversão à perda (na hora de investir), o viés de statu quo (predileção para deixar tudo como está), a desconsideração excessiva pelo futuro ("viés do presente"), a inconsistência nas percepções de risco, bem como vieses a favor ou contra várias categorias de pessoas (manifesto, por exemplo, na naturalização do machismo, homofobia ou racismo)" (CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Heurísticas, vieses cognitivos e ruídos sistemáticos: fragmentos do pensamento de Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sustein para o julgamento judicial. **REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ**, v. 23, p. 87-102, 2022)

309 V.g. MAQUIAVEL, Nicolau. **A arte da guerra**. Porto Alegre: L&PM, 2021.

não se dispuseram a discorrer sobre a estratégia. Por exemplo, Aristóteles (384 - 321 a.C) escreveu sobre muitas coisas, mas nada deixou sobre a estratégia, embora tenha sido preceptor de Alexandre Magno (356 a.C - 323 a.C), notável pelos feitos militares.

Aristóteles dedicou-se a um outro tipo de conflito. Tem uma produção relevante no campo da retórica³¹⁰. No entanto, não se pode confundir estratégia e retórica. Esta era uma arte voltada à persuasão³¹¹. O resultado da retórica é obtido mediante o discurso³¹². O conflito dentro da retórica não se confunde com o conflito no cenário de guerra. Pode-se pensar em uma organização "estratégica" dos argumentos, mas não se deve misturar estas duas artes, pois versam sobre diferentes problemas. A raiz histórica da retórica e da estratégia não é a mesma.

Este cuidado deve ser redobrado quando se aproxima do direito, já que o convencimento do magistrado a partir do discurso pode levar ao objetivo da vitória no processo. No entanto, problemas estratégicos e problemas de retórica não são os mesmos. Sobre tudo quando considerada as suas raízes militares já que:

O uso da argumentação implica que se tenha renunciado a recorrer unicamente à força, que se dê apreço à adesão do interlocutor, obtida graças a uma persuasão racional, que este não seja tratado como um objeto, mas que se apele à sua liberdade de juízo. O recurso à argumentação supõe o estabelecimento de uma comunidade de espíritos que, enquanto durar, exclui o uso da violência.³¹³

310 V.g. ARISTÓTELES. **Retórica**. São Paulo: Edipro, 2011.

311 "Arte de persuadir com o uso de instrumentos linguísticos. A retórica foi a grande invenção dos sofistas, e Górgias de Leontinos (séc. V a.C) foi um de seus fundadores" (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 1010).

312 "[...] a retórica procura persuadir por meio do discurso" (PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 141).

313 PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 61.

Apesar da diferença, há um ponto que aproxima a retórica e a estratégia, que é justamente a rejeição histórica ao modelo cartesiano. O racionalismo moderno, com a força de Descartes, e depois com Kant, não deixou muito espaço para a retórica. O sucesso da ciência solapou o campo do discurso. Durante o século XIX a retórica praticamente desapareceu³¹⁴. Inclusive no campo do direito. A aproximação do saber jurídico com o paradigma cientificista, distanciou-o da retórica.

Apenas no Século XX houve um reencontro a partir de um novo saber da argumentação³¹⁵. Chaïm Perelman (1912-1984) chamou este campo de “nova retórica”³¹⁶. Um dos marcos da teoria da argumentação foi a obra dele e Lucie Olbrechts-Tyteca, “Tratado da Argumentação: A Nova Retórica”, de 1958³¹⁷. Nesse trabalho, os autores introduziram o conceito de “nova retórica”, onde defendem que a argumentação não se limita à lógica formal, mas envolve também o contexto, os valores e os auditórios. A argumentação jurídica, portanto, é dialética e persuasiva, não apenas dedutiva, e precisa considerar os diferentes pontos de vista e valores envolvidos em cada caso. Aliás, já abordei o pensamento de Perelman em outro estudo³¹⁸. A intenção de Perelman é complementar a lógica existente: “Os lógicos devem completar a teoria da demonstração assim obtida com uma teoria da argumentação”³¹⁹.

314 “O dogmatismo racionalista iniciado por Descartes e adotado maciçamente no século XIX foi a causa da decadência da retórica. Onde a razão é tudo e pode tudo, uma arte que busque seus instrumentos da persuasão obviamente está deslocada” (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 1011).

315 Manuel Atienza destaca 5 pensadores: Theodor Viehweg, Chaïm Perelman, Stephen Toulmin, Neil McCormick e Robert Alexy (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. São Paulo: Landy, 2002).

316 PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

317 PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

318 RUZON, Bruno Ponich. **Teoria da argumentação em Perelman**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2021.

319 PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 11.

Hoje nas graduações brasileiras de direito é comum a existência da disciplina de argumentação jurídica, ou sua abordagem dentro de outras disciplinas. Ou seja, o estudante de direito tem contato e alguma formação em “nova retórica”, ainda que em caráter propedêutico e com baixa densidade.

Isto não quer dizer que tenha havido uma mudança paradigmática, pois o positivismo ainda é predominante e as correntes pós-positivistas têm sempre menos espaço. Mas o fato é que a retórica encontrava-se oculta, era um elemento invisível na formação do estudante de direito e graças aos trabalhos de pessoas como Theodor Viehweg, Stephen Toulmin, Manuel Atienza, Aulis Aarnio, Robert Alexy e Chaïm Perelman, foi reabilitada.

A estratégia, diferentemente da retórica, nunca ocupou as mentes da maior parte dos filósofos. Muito menos foi objeto de estudo pela ciência moderna. Porém, no século XX, foi incluída na matemática, na economia, na administração, na ciência política, etc. Ou seja, assim como na retórica, vê-se um florescer da estratégia durante o último século.

Espera-se que assim como a retórica complementou o estudo do direito, também a estratégia o faça. Não uma estratégia militar, beligerante, que vê no outro um inimigo, que busca sua aniquilação, nem muito menos uma estratégia limitada à teoria dos jogos, mas uma teorização que atenda às peculiaridades do litígio judicial, dentro de um ambiente institucionalmente democrático.

Ainda na relação com temas filosóficos, existe uma delicada tensão com a ética³²⁰. Este campo do saber dedica-se aos valores, ao comportamento bom e justo, e classicamente não tem um cunho efficientista.

320

“Em geral, a ciência da conduta. Existem duas concepções fundamentais desta ciência: 1ª. a que considera como ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada e dos meios para atingir tal fim, deduzindo tanto o fim quanto os meios da natureza do homem; 2ª. a que considera como ciência do móvel da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir ou disciplinar essa conduta” (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 442).

Aqui é importante não romantizar o problema. Guerra nada tem a ver com justiça. Ela versa sobre poder, força, violência. É a manifestação mais explícita da lei do mais forte. Tradicionalmente a estratégia não se ocupa de um comportamento ético. É este o ponto. Seu compromisso é com o resultado. A literatura em estratégia militar tem capítulos dedicados à surpresa, à “astúcia”, ao “uso de espões”, avança em sabotagem, “interrogatório de prisioneiros”, e etc. Os livros de teoria dos jogos discorrem sobre “ameaça”, “blefe”, etc. De fato, a teoria dos jogos tem baixa preocupação com questões éticas³²¹, a não ser que a falta de “ética” possa afetar a interação de alguma forma, como, por exemplo, levando à perda de um aliado, ou atingindo a reputação.

Por isso, há quem aproxima a teoria dos jogos de uma ética utilitarista³²², pois voltada apenas ao resultado. Não há como negar que a estratégia concentra-se nos fins e não nos meios, e tem um viés na eficiência, na performance em si. Ou seja, não é desenvolvida para indicar o comportamento mais justo, mas o mais eficiente. Neste aspecto, a estratégia muito se aproxima da economia que, por sinal, é a ciência maior quando o assunto é eficiência. Esta proximidade ajuda a compreender por que a estratégia tem sido tão estudada no campo empresarial. Ao mesmo tempo indica porque assusta tanto aqueles que têm um viés mais valorativo, preocupado com princípios. A estratégia é a expressão máxima da instrumentalidade. Relaciona-se com o poder, com a força, com a manobra. Vale-se da fraqueza do adversário para impor-lhe a derrota.

321 “A teoria dos jogos não pode oferecer padrões porque, para julgar aplicações na bolsa, ou doações para desabrigados, é necessário um critério do que é ‘certo’ e ‘errado’ e, assim, uma perspectiva crítica dos jogadores e do processo de interação em que eles estão envolvidos” (FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2021, p. 22).

322 “It is not surprising, therefore, that in ethics, game theory has been preeminently applied to utilitarian moral theory”. Em tradução livre: “Não é surpreendente, portanto, que na ética, a teoria dos jogos tenha sido aplicada de maneira preeminente à teoria moral utilitarista” (AUDI, Robert. **The Cambridge dictionary of philosophy**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999, p. 339).

Apesar da tensão existente, que não pode ser ignorada, a estratégia não pode ser demonizada. Uma posição ética idealizada não modifica a realidade do uso cotidiano da estratégia. Ou seja, negá-la teoricamente não fará com que desapareça do dia a dia. E não alterará o fato de que a ignorância na estratégia aumenta o poder do outro, que a conhece e estuda. Logo, o mais fraco precisa aprender a usar a estratégia em seu favor e precisamos teorizar a seu respeito.

2.1.4 A FRACA RELAÇÃO COM O MUNDO JURÍDICO

Enquanto ciências sociais aplicadas, direito, economia e administração encontram-se próximas no saber ocidental. Aliás, os cursos de direito geralmente estão próximos aos cursos de economia e de administração, ocupando o mesmo centro, ou até o mesmo prédio. No entanto, quando o assunto é estratégia há uma grande distância entre eles.

Estudantes de economia estão habituados com a teoria dos jogos. Estudantes de administração frequentam a disciplina de “Planejamento Estratégico”. Não se formam economistas ou administradores sem uma noção de estratégia, ainda que com diferentes visões ou abordagens. Mas isto não acontece no direito. Problemas estratégicos não são objeto de estudo. Mesmo em disciplinas próximas ao litígio, como processo civil e processo penal, ou nas famosas disciplinas de “prática”, a estratégia ecoa bem ao fundo, quase inaudível. Um ou outro professor, por vontade própria, preenche este vácuo, mas um tanto quanto improvisadamente.

A invisibilidade teórica da estratégia tem um fundamento paradigmático que a justifica, o juspositivismo, que limita o objeto de investigação do direito à norma. O paradigma positivista que marca a realidade jurídica a partir do século XIX e que se mantém

predominante ainda hoje, concentrado no aspecto normativo do direito, não deixa espaço para outras concepções. A retórica conseguiu um modesto espaço, mas a estratégia ainda é ignorada.

Este distanciamento não se sustenta sociologicamente, já que o direito é marcado pela disputa. Segundo Pierre Bourdieu: "Como no texto religioso, filosófico ou literário, no texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial"³²³.

Metaforicamente o que os teóricos do processo civil fazem há décadas é estudar e aprofundar-se nas regras do jogo. Embora este estudo não seja irrelevante, pois não haveria como avançar em questões estratégicas sem antes compreender bem as regras do jogo, ele domina integralmente a produção científica contemporânea, gerando um nocivo efeito alienador. Sendo claro: a incompletude da ciência processual contribui para a manutenção do *status quo*.

Há exceções aqui e acolá. Cabe o registro histórico do texto de Piero Calamandrei (1889-1956) de 1950 "*Il processo come giuoco*", publicado na *Rivista di diritto processuale* de Padova³²⁴, versando sobre o agir estratégico dos advogados, mas a estratégia ainda está longe do universo teórico do direito.

Uma justificativa às vezes apresentada é aquela das particularidades do caso concreto, que impediriam um saber rigoroso a respeito. Ora, se cada caso é um caso, como compreender o jogo em si? Os militares teorizaram sobre a guerra mesmo diante de toda a sua complexidade, e economistas, administradores e cientistas políticos também o fizeram em seus campos de conhecimento, e já há algumas décadas.

323 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 213.

324 CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. Tradução Roberto B. Del Claro. **Revista de Direito Processual Civil Gênesis**, Curitiba, ano.7, n.23, p.208, Jan./Mar. 2002.

No direito o campo mais profícuo ao desenvolvimento da teoria da estratégia parece ser exatamente o processual, já que nele há um ambiente formal, uma estrutura com elevada rigidez que limita o comportamento dos litigantes, diminuindo as possibilidades de decisões rumo a um resultado específico. Tanto que no Brasil já existem estudos versando sobre estratégia no processo penal³²⁵.

Não é de hoje a preocupação com a formação do estudante de direito, sobretudo no que tange ao aspecto prático deste saber³²⁶. Cataloga-se o direito em diferentes universidades como uma ciência social aplicada, ao lado da economia e da administração, sendo fundamental que o egresso consiga operar na realidade profissional. A Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018, do Ministério da Educação, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências, obrigou a constar do Projeto Pedagógico do Curso a “prática jurídica”, com a implantação e estrutura de “Núcleo de Práticas Jurídicas (NPJ)”.

Embora as disciplinas práticas sejam relevantíssimas, não é nelas que surgirá a teoria necessária para preencher este vácuo no conhecimento jurídico. Ou a ciência jurídica adentra este campo e começa a pensar e produzir sobre problemas estratégicos, ou então tudo continuará como está. Os litigantes habituais continuarão com a vantagem de um *know-how* desenvolvido dentro dos seios dos escritórios de advocacia, exclusivo para os advogados corporativos.

325 Vide: ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos jogos e processo penal: a short introduction**. Florianópolis: Emais, 2020; BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. A centralidade do juízo oral no Sistema Acusatório: uma visão estratégica acerca do caso penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, 669-705, maio/ago. 2018.

326 BASTOS, Aurélio Wander. **O ensino jurídico no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000; FARIA, José Eduardo. **A reforma do ensino jurídico**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

2.2 ASPECTOS GERAIS DA DIMENSÃO ESTRATÉGICA DO PROCESSO

Neste tópico são apresentadas categorias, noções e conceitos relacionados a uma dimensão estratégica do processo, partindo-se do estado da arte amplo, considerando contribuições da teoria dos jogos, teoria comportamental dos jogos, militar e empresarial.

Agir estrategicamente depende de um esforço consciente e deliberado. Exige um raciocínio específico, mas também um pouco de criatividade e imaginação. Muitas decisões são tomadas por hábito por mera intuição, o que pode compreender a posição do litigante mais fraco. As pessoas não são naturalmente estrategistas³²⁷. Por isso é fundamental teorizar a respeito.

Os principais métodos adotados nesta parte do trabalho são o crítico-dialético, sistêmico e estrutural-funcional.

2.2.1 UMA QUESTÃO CENTRAL: O OBJETIVO DOS JOGADORES

Dentro da teoria estratégica, seja no âmbito militar, empresarial ou mesmo na teoria dos jogos, um dos temas principais é o objetivo³²⁸. Os agentes buscam um certo propósito durante a interação e pode-se esperar que se comportem para alcançá-lo. Logo, como

327 "A key finding from experiments was that individuals were not naturally strategic. When they understood that they were taking part in a competitive strategic game and were told the rules, the criteria, and the rewards for success, then they acted strategically". Em tradução livre: "Uma constatação fundamental dos experimentos foi que os indivíduos não eram naturalmente estratégicos. Quando compreendiam que estavam participando de um jogo estratégico competitivo e lhes eram informadas as regras, os critérios e as recompensas pelo sucesso, então passavam a agir de forma estratégica" (FREEDMAN, Lawrence. **Strategy: a history**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013, p. 605).

328 "[...] podemos ter resultados muito distintos ao modelar um processo de interação estratégica dependendo dos objetivos que tenhamos atribuído aos jogadores" (FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2021, p. 19).

o comportamento tem esta finalidade do objetivo, acaba ele sendo nuclear para o raciocínio estratégico.

Nem sempre o agente se comporta conforme o esperado, pois existem muitos fatores que o impactam direta ou indiretamente. Ele pode tomar decisões que o distanciam de seu objetivo, seja porque lhe faltou informação, seja porque se equivocou. Aliás, a incerteza é um elemento constante na realidade e inclusive no ambiente do litígio. No paradigma da complexidade o princípio da incerteza é central³²⁹ e desafia frontalmente o clássico modelo cartesiano. A tomada de decisão dá-se sempre com base em probabilidades, diante de variáveis incontroláveis, admitindo-se graus de incerteza.

Ocorre que embora o objetivo seja central na teoria estratégica, ele não é desenvolvido na ciência processual. Pelo contrário, professores de direito geralmente transmitem uma visão simplista aos estudantes, como se tudo girasse em torno da sentença, com o autor objetivando a procedência do pedido e o réu a sua improcedência. Trata-se de uma visão já processualizada, que impede a compreensão do todo.

O processo judicial é apenas uma parte do jogo. Há um mundo antes da judicialização da causa e um mundo além dos autos quando o processo já está em curso. Inclusive há um mundo depois que o processo termina. O litígio deve ser compreendido como um fenômeno social complexo³³⁰. Por isso, estrategicamente, o objetivo dos agentes não é tão simples assim.

329 "O pensamento complexo reconhece as incertezas, mas não pode dizer o indizível, não pode ir além das aptidões do espírito humano. Entretanto, trazendo em seu princípio o inacabado (do humano, da consciência), o pensamento complexo introduz o mistério" (MORIN, Edgar. **Conhecimento, ignorância, mistério**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020, p. 19).

330 "Antes de ser um fenômeno jurídico ou judicial, a litigiosidade é um fenômeno social. Suas características variam conforme os cenários social, econômico e político da ocasião. Por isto, é nos campos amplos das ciências humanas e sociais que encontramos elementos para identificá-la e compreendê-la com maior acurácia" (SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 37).

No raciocínio estratégico diferencia-se a intenção real da aparente. Como não é possível assegurar um compromisso ético dos agentes não há garantia de total correspondência entre o comportamento adotado e o objetivo buscado. O que o jogador faz ou comunica aos outros pode ser honesto ou enganoso. Existe a manipulação estratégica, que remete a vários conceitos, como o de sinalização³³¹. Este é um ponto fundamental: o comportamento adotado não reflete necessariamente a intenção do agente.

Logo, uma ação judicial pode ser promovida com o objetivo de macular a imagem de uma empresa, ou para obter uma determinada prova, ou até mesmo para ser utilizada como elemento de barganha. O processo pode, e de fato muitas vezes o é utilizado com um objetivo extraprocessual, que nada tem a ver com uma sentença de procedência.

Aliás, o objetivo pode ser apenas e tão-somente a obtenção de uma liminar, na maioria das vezes, com conteúdo satisfativo. Ou então postergar alguma situação fática. Um jurisdicionado que consegue arrastar por anos uma ação de rescisão de contrato, mantendo-se na posse do bem, já “venceu” o conflito ainda que advenha uma sentença contrária ao final.

Enfim, o ponto não é catalogar todos os objetivos possíveis, mas demonstrar, para além da teoria jurídica tradicional, esta tensão entre os níveis da aparência e da intenção, evidenciando que o objetivo não é apenas aquele explicitado processualmente.

Por exemplo, imagine um consumidor que enfrenta dificuldades para honrar as parcelas de um contrato, estando prestes a ficar em estado de inadimplência. Ele pode valer-se de uma ação revisio-
nal, buscando a equalização da prestação, consignando os valores

331

"Everything you do sends a signal, including not sending a signal". Em tradução livre: "Tudo o que você faz transmite um sinal — inclusive não transmitir sinal algum." (DIXIT, Avinash K; NALEBUFF, Barry J. **The art of strategy**. Nova Iorque: WW Norton & Company Inc, 2010, p. 254).

em juízo, mesmo que saiba baixa a chance de êxito, utilizando esta saída como meio de forçar uma negociação com o fornecedor. Cabe frisar a “baixa chance de êxito”, pois se não houvesse chance alguma estar-se-ia no âmbito das ações temerárias, típicas de litigância de má-fé. Não se pode, no entanto, confundir estas noções, sendo certo que a legislação brasileira veda a ação temerária, e não aquela com baixa probabilidade de sucesso. Aliás, algumas teses que hoje são vencedoras já foram em momentos longínquos teses de baixa probabilidade de sucesso.

A correta definição de seu objetivo e uma boa percepção acerca do objetivo do adversário é fundamental para a tomada de decisões no jogo. Ocorre que, além da tensão entre intenção real e aparente, o objetivo pode variar no tempo. Ou seja, o objetivo é dinâmico assim como o jogo e pode ser modificado a qualquer momento.

O comportamento do agente é pautado por suas expectativas que não se mantêm estáticas. De olho já na fase processual, da distribuição da ação ao saneador, ou mesmo após a prolação de sentença, a expectativa se altera, impactando diretamente o objetivo. Não há como, em pleno século XXI, pensar o processo civil de forma estática. Sobretudo porque a morosidade da Justiça ainda é algo crônico no Brasil e no mundo. Como o processo demora, e demora muito, dentro da escala de anos, enquanto tudo o mais opera na escala de dias, quando não em segundos, o tempo é um fator determinante e impacta também o objetivo.

Aqui se apresenta outro elemento relevante na teoria da estratégia que é a adaptação. A distribuição do feito, a instrução probatória, etc podem indicar a necessidade de rever o objetivo inicial e, por exemplo, partir para uma estratégia de composição para redução de danos.

Logo, a dimensão estratégica revela que a visão normativista que simplifica o objetivo não condiz com a realidade, na qual há

possibilidade de distinção entre intenção real e aparente e variação no tempo, sendo claro que o objetivo não é manifesto e muito menos estático no jogo processual.

Como o objetivo existe para todo agente que participa de uma interação dentro de um jogo, os fornecedores também o têm quando estão em juízo. Quando ocupam o polo passivo, não necessariamente buscam a sentença de improcedência. Tratando-se de litigante habitual, que não se confunde com todo e qualquer fornecedor, objetivos extraprocessuais podem ocorrer com certa frequência³³². Aliás, é possível que a empresa valha-se de um acordo não para evitar perdas econômicas no processo individual, mas para evitar a formação de um precedente perigoso ou uma curva da jurisprudência contrária aos seus interesses. De qualquer forma, também para o fornecedor o objetivo não é manifesto e, não é estático.

Uma questão mais delicada diz respeito ao objetivo do julgador. Entende-se que o juiz também é um agente que participa do jogo, ou seja, ele é um jogador³³³, ainda que com características diferenciadas. Então qual seria o objetivo do julgador? Esta resposta depende de algumas concatenações importantes. Primeiro, a compreensão de que existe diversidade na magistratura. Há diferentes perfis de juízes. E estruturalmente é diferente o trabalho do juiz de primeiro grau, do desembargador e de um ministro. Poder-se-ia conjecturar que o objetivo de todos eles seria a aplicação da lei. Esta seria uma afirmação catedrática, mas que não corresponderia ao referencial teórico da complexidade e da teoria crítica adotado neste estudo.

332 "Enquanto o litigante inexperiente aposta alto para ganhar o processo, o experiente consegue suportar derrotas singulares, desde que não signifique precedentes aplicáveis a outros casos similares; sua preocupação é mais com o precedente do que com o resultado do caso individualmente" (SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 71).

333 "A player may be interpreted as an individual or as a group of individuals making a decision". Em tradução livre: "Um jogador pode ser interpretado como um indivíduo ou como um grupo de indivíduos que toma uma decisão" (OSBORNE, Martin J.; RUBINSTEIN, Ariel. **A course in game theory**. Cambridge: The MIT Press, 1994, p. 2).

Haveria na conduta do julgador a tensão entre intenção real e aparente? Poderia o magistrado em seus pronunciamentos judiciais e na condução do processo adotar comportamentos de manipulação estratégica das partes? A resposta é positiva. Normativamente se tenta limitar isto, como quando se adota os princípios da primazia do julgamento de mérito, da cooperação ou a regra da vedação da decisão surpresa, mas o fato é que o magistrado pode ter objetivo que não é explicitado no processo.

Reconhecer o espaço estratégico na atuação do magistrado, admitindo, portanto, um agir político, desafia o pensamento positivista tradicional, mas melhor reflete a realidade dentro dos referenciais teóricos já destacados. O tamanho deste espaço pode ser teoricamente debatido. Não é o mesmo para julgadores que ocupam diferentes posições hierárquicas na estrutura do Judiciário, por exemplo. Mas ele existe.

Por fim, o objetivo do julgador também pode variar no tempo, conforme o feito se desenvolve. Lembre-se que o julgador é um agente que não participa de todo o jogo, diferentemente do autor e do réu. Então o tempo para ele não tem o mesmo impacto que para as partes, o que não significa que esteja alheio à dinâmica do processo.

Para todos os agentes do jogo do processo civil temos um objetivo não explícito e não estático, ou seja, o objetivo manifesto pode não corresponder à intenção e o objetivo pode variar no tempo. Por isso, afirmar simplesmente que o objetivo do autor é a sentença de procedência, o do réu a improcedência, e o do juiz a aplicação da lei, oculta a complexa realidade existente.

No caso concreto, para uma melhor condução estratégica, é fundamental que o objetivo intencional esteja muito bem definido e que ele seja adaptado conforme o avançar do processo. Um advogado artesanal não tem as mesmas condições de fazê-lo

do que um advogado corporativo. O litigante habitual é constantemente alimentado com informações de outros processos, de muitos deles, e tem mais cérebros humanos envolvidos, o que permite uma maior velocidade de adaptação.

Outra tarefa mais difícil é estimar o objetivo dos demais jogadores. Afinal, o jogo tem como característica exatamente a interação, de modo que o meu comportamento deve levar em consideração o comportamento dos demais³³⁴. Sobretudo o comportamento do magistrado. Por isso, ponderar sobre o objetivo do juiz pode levar à modificação do próprio objetivo do autor.

Veja que até o presente momento sempre se referiu ao “objetivo”, no singular. Mas é plenamente possível, e na verdade muito recomendável, a admissão de uma pluralidade de objetivos. Esta pluralidade remete à necessidade de seleção, com a fixação do principal objetivo. Ou seja, mesmo que existam vários objetivos, no campo estratégico deverá ser escolhido um deles para concentrar a tomada de decisão. Objetivos distintos levam à elaboração de diferentes planos, e daí se discorre sobre planos “A”, “B” ou mesmo “C”.

Este tipo de raciocínio é crucial, visualizando todas as perspectivas possíveis, já criando alternativas para um eventual insucesso do objetivo principal. Ter rotas alternativas, espaço para adaptação, é fundamental no pensamento estratégico. De qualquer modo, os jogadores precisam escolher qual é o objetivo principal a ser buscado, que pautará seu comportamento, e por isso, no decorrer deste estudo o objetivo será tratado sempre singularmente.

334

“O pano de fundo da teoria dos jogos é: o que penso que você pensa a partir do meu lugar embora antecipe o que você pensa” (ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos jogos e processo penal**: short introduction. Florianópolis: Emais, 2020, p. 61).

2.2.2 A DINAMICIDADE DO JOGO: AS POSIÇÕES

Entre o começo do litígio e o seu fim existe um longo período temporal de anos, e múltiplos fatores interferem no seu resultado final. Então seria muito difícil raciocinar estrategicamente tendo como parâmetro apenas o objetivo. Poder-se-ia pensar em um caminhar por etapas, com uma ideia um tanto quanto sequencial. Mas este modelo não corresponderia à complexidade própria do litígio. Então, emprestando a terminologia da literatura militar, mas em um sentido bem diferente, nada geográfico, pode-se pensar nas posições dos jogadores. Elas são múltiplas e variam conforme o fator em análise. A probabilidade de obtenção do objetivo atrela-se diretamente às posições conquistadas.

Esclareça-se que posição não tem a ver com a integração no pólo ativo ou passivo do feito, ou em ser recorrente ou recorrido. Trata-se de algo mais amplo, que abarca diferentes fatores do litígio.

Logo, estrategicamente deve-se buscar um fortalecimento nestas diferentes posições, o que não é fácil, sobretudo quando se representa o lado mais fraco.

E quais seriam estas posições? Uma delas diz respeito ao tempo. Todo litígio é impactado pelo tempo em menor ou maior grau. Um consumidor que busca obrigar o plano de saúde a custear uma cirurgia de emergência, e que depende de uma tutela de urgência, é mais intensamente impactado pelo tempo. Mas um consumidor que busca indenização pelo extravio de uma bagagem também o é. A aceleração ou o retardamento da marcha processual, que pode ser diretamente provocado pelos jogadores, inclusive pelo magistrado, impacta o fator tempo e pode gerar posições mais fracas e fortes no decorrer do processo.

O tempo é compreendido como um importante elemento na estratégia em diferentes campos³³⁵. Lembre-se que estrutural e culturalmente a Justiça é morosa. Esta característica fortalece os litigantes habituais, os “[...] aparatos institucionais sobrecarregados e passivos constituem o cenário no qual as vantagens de posição estratégica e serviços jurídicos dos JHs podem operar por completo”³³⁶.

Conforme bem registrado por Eduardo Cambi:

Não há direito ao processo justo se a decisão não é proferida em prazo razoável. O tempo é um ônus que deve ser, igualmente, distribuído entre as partes. Sem tal preocupação, o Judiciário acaba por propagar um sistema processual marcado pelo déficit democrático, posto que os economicamente mais vulneráveis têm menos condições financeiras de suportar o ônus do tempo do processo.³³⁷

A morosidade da Justiça é algo que atinge até mesmo o Norte Global. O relatório “The 2024 EU Justice Scoreboard”³³⁸, versando sobre a Justiça na União Europeia, indicou para as causas cíveis e comerciais, para o ano de 2022, uma média de duração entre 100 dias (Lituânia) e 700 dias (Grécia), apenas para a tramitação de primeiro grau.

Excepcionalmente, quando se obtém uma liminar, coisa rara nos dias atuais, o ônus do tempo se altera e pode até mesmo favorecer o consumidor. Por exemplo, uma consumidora que conseguiu em

335 Para administradores “Hoje, o tempo é uma vantagem-chave. As formas como as empresas líderes de mercado gerenciam o tempo — na produção, no desenvolvimento e no lançamento de novos produtos, em vendas e em distribuição — representam as mais poderosas novas fontes de vantagem competitiva” (STALK JR, George. Tempo: a próxima fonte de vantagem competitiva. In: MONTGOMERY, Cynthia A. (Org.). **Estratégia**: a busca da vantagem competitiva. Rio de Janeiro: Campus, 1998, p. 43).

336 GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente**. São Paulo: FGV Direito SP, 2018, p. 86.

337 CAMBI, Eduardo. Protagonismo judiciário responsável. **ARGUMENTA - UENP JACAREZINHO**, nº 16, p. 83-97, 2012.

338 EUROPEAN COMMISSION. **The 2024 EU Justice Scoreboard**. Luxemburgo: Publications Office of The European Union, 2024.

tutela de urgência um determinado medicamento do plano de saúde só deveria acelerar o processo se tivesse certeza da vitória, certeza esta que inexiste no ambiente processual. Em outros termos, pode ser estrategicamente interessante acelerar ou diminuir o ritmo do processo, o que os litigantes habituais já sabem há tempo e o fazem com maestria, sobretudo perante os Tribunais superiores.

Um outro fator diz respeito ao órgão julgador que muitas vezes é selecionado aleatoriamente pelo fator sorte. Existem julgadores extremamente avessos ao Código de Defesa do Consumidor. Logo, a depender da distribuição, poder-se-á estar em uma posição mais forte ou mais fraca.

Um outro fator relevante, sobretudo em causas consumeristas, é o custeio do processo. Trata-se de questão extremamente sensível e que, por isso mesmo tem sido objeto de significativas investidas dos litigantes habituais no Superior Tribunal de Justiça³³⁹. Quer-se a todo custo reduzir a gratuidade da Justiça, porque de fato ela empodera o consumidor em vários aspectos, sobretudo quanto à realização da prova pericial e nas fases recursais.

Entenda-se, portanto, que um consumidor que teve sua causa distribuída a um julgador que não é hostil ao CDC, conseguiu uma tutela de urgência e teve reconhecida a gratuidade da justiça está em posições mais fortes. Isto não significa que ele inverteu a vantagem do litigante habitual. Esta vantagem é estrutural e não se altera em razão das posições no caso concreto. Inclusive, as posições começam a sofrer modificações quando, por exemplo, o fornecedor interpõe o agravo de instrumento para combater a tutela de urgência ou a gratuidade concedida. Esta é uma questão relevante. A posição

339 Refere-se aqui ao Tema Repetitivo 1178/STJ, cuja questão é "Definir se é legítima a adoção de critérios objetivos para aferição da hipossuficiência na apreciação do pedido de gratuidade de justiça formulado por pessoa natural, levando em conta as disposições dos arts. 98 e 99, § 2º, do Código de Processo Civil", que se encontra em julgamento durante a produção deste texto.

sofre contínuas modificações conforme o comportamento de todos os jogadores e não só do juiz.

O processo prossegue e existem muitos outros fatores que afetam diferentes posições. A dinamicidade é o ponto aqui. As posições no momento do ajuizamento da ação não são as mesmas no término da fase postulatória, durante a instrução ou na fase recursal. Elas são percebidas por ambos os litigantes e criam expectativas.

Outro fator relevante é o ônus probatório. Conforme o *design* do nosso processo civil, a parte autora encontra-se na pior posição, pois é seu o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito. Caso consiga a inversão do ônus da prova em primeiro grau, ela teve um ganho de posição. Se esta decisão for confirmada em segundo grau, ou mesmo precluir, o ganho será maior.

Observando a estrutura normativa é possível identificar outras posições a serem consideradas no curso do processo. Pode-se adotar os parâmetros previstos para a decisão saneadora, conforme o artigo 357, do Código de Processo Civil, a saber: a) questões processuais; b) questões de fato; c) questões de direito; d) distribuição do ônus probatório. Os parâmetros questões de fato e questões de direito são reforçados pelo artigo 489, do Código de Processo Civil, que prevê os elementos essenciais da sentença.

Dentro da estratégia militar, uma das grandes tarefas é justamente reconhecer os pontos decisivos³⁴⁰. São aqueles que têm condições de influenciar significativamente o resultado da guerra. Eles são plurais. Ou seja, não existe "o" ponto decisivo, mas sim vários deles. Há processos, portanto, nos quais as questões fáticas podem preponderar, outros podem concentrar-se em questões de direito. Ter uma boa noção destes pontos decisivos é importante para a tomada de decisões estratégicas.

Enfim, conforme for necessário retomar-se-á esta categoria das posições. Elas são plúrimas, ligadas a diferentes fatores, dinâmicas, podem ser alteradas conforme o comportamento de qualquer jogador, e suas conquistas individuais são muito importantes para a consecução do objetivo.

O enfrentamento do litigante habitual depende, portanto, do constante e ininterrupto comportamento processual para fortalecimento das diferentes posições, seja com manifestações, recursos ou outras providências necessárias para tanto. Ou seja, através dos movimentos.

2.2.3 OS MOVIMENTOS

Com objetivo traçado e sempre pensando nas posições a conquistar (tempo, custos, ônus, questões fáticas etc.) o jogador adota os seus movimentos. A noção de movimento é crucial no campo da estratégia, seja na literatura militar ou mesmo na teoria dos jogos³⁴¹.

Os movimentos são as ações realizadas pelos jogadores. A noção de movimento não coincide com a noção de ato processual. A dimensão estratégica é maior que a realidade normativa. O artigo 200, do Código de Processo Civil, enuncia que "Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais." E o artigo 203, prevê que:

341

"A game is a situation of strategic interdependence: the outcome of your choices (strategies) depends upon the choices of another person or persons acting purposively. The decision-makers involved in a game called players, and their choices are called moves". Em tradução livre: "Um jogo é uma situação de interdependência estratégica: o resultado das suas escolhas (estratégias) depende das escolhas de outra pessoa ou de outras pessoas que agem intencionalmente. Os tomadores de decisão envolvidos em um jogo são chamados de jogadores, e suas escolhas são chamadas de jogadas" (DIXIT, Avinash K; NALEBUFF, Barry J. **Thinking strategically**: the competitive edge in business, politics, and everyday life. Nova Iorque: W.W. Norton & Company Inc, 1993, p. 85).

“Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos”.

O comportamento possível das partes e dos julgadores é muito mais complexo do que o previsto normativamente. Existe toda uma “vida” que acontece fora dos autos. As partes interagem entre si fora da supervisão do magistrado, as partes interagem com o magistrado sem controle algum, e magistrados também interagem entre si fora de qualquer sistema. Este é um ponto fundamental, e muito bem compreendido pelos advogados corporativos dos litigantes habituais, o jogo do litígio não se encerra nas quatro linhas do campo processual visível.

Deixe-se claro que os atos fora dos autos *a priori* nada tem de ilícito ou de antiético. Sua prática deveria estar à disposição de todos os litigantes, e não só dos habituais. Os estudantes de direito geralmente têm uma visão bem processual do litígio, reproduzida dos professores e dos livros que leem, e não entendem teoricamente este mundo fora dos autos. Quando conseguem estagiar em grandes escritórios logo percebem que seu aprendizado acadêmico não abrange toda a dimensão prática.

Dentro das limitações próprias dos consumidores e seus advogados, trabalhar também neste campo extra-autos não é algo fácil. De qualquer forma, não se pretende descartar a importância dos atos processuais, mas apenas evidenciar o alcance da dimensão estratégica, que vai muito além dos autos.

Os movimentos são realizados no processo, mas também antes dele e paralelamente a ele. A sua intenção é fortalecer alguma posição. O ajuizamento de uma ação é um movimento, o oferecimento de contestação também. Mas o envio de um e-mail buscando composição, a reunião com um assessor de magistrado, ou mesmo o descumprimento de uma ordem judicial também o são. Um pedido de vista de um desembargador é um movimento.

Todo e qualquer comportamento humano, comissivo ou omisso, dentro ou fora do processo, pode ser um movimento quando tem implicações estratégicas. Um movimento é estratégico quando ele melhora as chances de alcançar o objetivo, ou seja, "[...] *actions that change the game to ensure a better outcome for the player taking the actions are called strategic moves*"³⁴².

Um movimento sempre impacta uma posição, ainda que em pequeno grau. Por exemplo, a posição da consumidora fica fortalecida quando ela consegue uma tutela antecipada para fornecimento de medicamento. Mas e se o fornecedor não cumprir a liminar? Mesmo que ele não tenha se insurgido com um recurso, a sua simples inércia, a omissão no cumprimento da ordem judicial, já modifica a posição da consumidora, enfraquecendo-a. O enfraquecimento pode ir se agravando se, por exemplo, o magistrado não tomar medidas efetivas para o cumprimento de sua ordem.

Compreender o grau que estes movimentos impactam as posições exigiria um trabalho de anos e por muitos pesquisadores. Alguns movimentos serão melhor analisados nesta tese, mas não todos. De qualquer forma, como o litígio é um fenômeno complexo, não é possível prever todos os impactos que um movimento pode provocar. Ele pode até mesmo fugir da intenção inicial do agente³⁴³.

Um movimento não depende de uma autorização judicial. Isto é o comum, mas existem exceções. Mesmo no que tange a atos processuais não se depende de prévia anuência do julgador. A regra do jogo é a liberdade processual, e apenas alguns atos

342 DIXIT, Avinash K; NALEBUFF, Barry J. **The art of strategy**. Nova Iorque: WW Norton & Company Inc, 2010, p. 175.

343 "Desde o momento em que um indivíduo empreende uma ação, qualquer que seja ela, esta começa a escapar de sua intenção. Ela entra num universo de interações e finalmente o meio ambiente apossa-se dela num sentido que pode ser tornar contrário ao da intenção inicial" (MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 80).

específicos tem uma forma pré-estabelecida (petição inicial, contestação, recursos, etc).

Um exemplo pode bem evidenciar isto. Os livros de processo civil ensinam que o momento correto para a juntada de documentos pelo autor é com a propositura da ação e para o réu com a contestação.

Isto decorre do texto do artigo 434, do Código de Processo Civil: “Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações”. Os “documentos novos”, no entanto, podem ser juntados a qualquer tempo (art. 435, CPC). O autor que não juntou na inicial um e-mail antigo importante e deparou-se com uma sentença de improcedência, tecnicamente não poderia apresentá-lo na apelação cível. Afinal, não é um documento novo. O advogado “técnico”, com a mentalidade normativa, resistirá a tal juntada e buscará outros meios para reverter a sentença. Mas estrategicamente o certo é justamente juntar este e-mail e aumentar sua presença ao máximo no julgamento para afetar o convencimento dos julgadores. O agir estratégico nem sempre condiz com o pensamento normativista tradicional.

Então um observador formal pode salientar que a regra dos artigos 434 e 435, do Código de Processo Civil, não está sendo respeitada pelo jogador que junta os documentos na apelação cível. De fato, não está. Mas, então, é importante lembrar a noção de processo justo, ou seja, que o procedimentalismo deve conviver com o substancialismo. A regra processual não pode ser vista como o valor hierarquicamente superior de todo o Sistema de Justiça.

Enfim, para juntar o tal e-mail não é necessária autorização judicial alguma. Simplesmente se junta. Se a parte insurgir-se e, eventualmente, o magistrado de primeiro grau determinar seu desentranhamento, aí é outra questão. Mas o movimento já foi feito.

Um movimento não busca atingir apenas o julgador. Dentro da dimensão estratégica todos os jogadores são importantes,

sobretudo o adversário direto. Logo, um movimento pode ser feito para atingir diretamente a outra parte, mesmo que consista em um pedido dirigido ao magistrado. Como a interação entre os jogadores depende estritamente de suas expectativas, movimentos podem ser realizados com a finalidade de impactar justamente estas expectativas.

Um movimento não pode ser desfeito. Esta afirmativa tem que ser bem compreendida. Depois que uma parte interpõe um recurso, por óbvio, ela pode desistir. Mesmo após oferecida a contestação, o réu pode reconhecer o pedido. Não é disso que se trata. Mas uma desistência e um reconhecimento do pedido não equivalem a não ter interposto o recurso e não ter oferecido a contestação. É este o ponto. Esta característica dá a tônica da seriedade de um movimento e a exigência de uma atenta reflexão a seu respeito.

A irreversibilidade do movimento é atenuada por algumas alternativas abertas pela legislação processual, mas não deixa de existir. Por exemplo, o Código de Processo Civil permite a emenda da inicial. O autor pode completá-la ou mesmo corrigi-la. Uma inicial emendada não é igual a uma sem emenda pela perspectiva argumentativa e estratégica. Até pode ser pela ótica normativista, mas não pelas outras dimensões.

Esta característica do movimento vale mesmo para o magistrado. Sabe-se que apesar do instituto da preclusão, não é incomum que um julgador “revogue” um ato anterior, ou mude questões importantes do processo por força de alguma “norma de ordem pública”. A estabilidade do processo não é sempre respeitada pela autoridade judicial. Ainda que tais possibilidades existam, o movimento anterior do magistrado continua existindo e pode continuar produzindo importantes efeitos retóricos e estratégicos.

Um movimento não está limitado por regras jurídicas ou morais. Este é um ponto delicado e precisa ser bem compreendido. A

dimensão da estratégia não é a do dever-ser. A parte e o juiz podem realizar movimentos que desafiam as normas jurídicas e mesmo a ética. Aliás, os jogadores o fazem o tempo todo. Os litigantes habituais diariamente enviam para audiências de instrução e julgamento prepostos que foram preparados para o ato e prestam depoimento pessoal como se tivessem algum vínculo com a empresa ré. São advogados ou mesmo estudantes de direito, treinados efetivamente para fingir serem funcionários da empresa. Se movimentos ilícitos ou imorais são recomendáveis e em quais circunstâncias é algo a ser analisado em outros tópicos.

Um movimento sofre limitações materiais. Os jogadores não conseguem fazer tudo e qualquer coisa que bem entendem. Há limitações efetivas impostas pela realidade que impedem certos movimentos. Aliás, estas limitações são mais marcantes ao advogar para consumidores. Por exemplo, a falta de dinheiro para produzir um laudo técnico particular para demonstração de um vício de um produto.

Os movimentos comunicam uma postura de enfrentamento, de contorno ou de conformação. Nenhuma delas *a priori* tem uma prevalência. Não existe um valor estratégico abstrato e geral em enfrentar, contornar ou se conformar. No entanto, em conflitos com litigantes habituais a conformação constante e ininterrupta pode ser muito prejudicial.

Os movimentos podem ser sequenciais ou simultâneos. Não há qualquer fator que imponha movimentos sequenciais. De fato, o processo civil desenvolve-se na sua maior parte como um jogo sequencial. Ou seja, as partes e o juiz comportam-se umas depois das outras. Mas em vários momentos o agir simultâneo acontece. Em jogos simultâneos existem três regras para a ação: encontrar e utilizar estratégias dominantes; encontrar e evitar estratégias dominadas; encontrar e usar o equilíbrio³⁴⁴.

Enfim, são os movimentos dos jogadores que definirão o final do jogo e se o objetivo será alcançado, sendo fundamental a sua compreensão. O enfrentamento dos litigantes habituais no Sistema de Justiça brasileiro dá-se mediante o conjunto de vários movimentos, na busca imediata de conquistar posições e na mediata de conseguir o objetivo pretendido.

2.2.4 A INFORMAÇÃO

O objetivo, as posições, os movimentos são elementos desenvolvidos a partir de uma percepção dos jogadores acerca da realidade, percepções que inclusive criam expectativas quanto ao futuro. Tudo isto gira, portanto, em torno de um elemento primordial, que é a informação.

Seja na literatura militar, seja na teoria dos jogos, a informação é fundamental para qualquer decisão estratégica. De fato, “Desde os tempos mais remotos, os líderes militares sempre procuraram obter informações sobre o inimigo, seus pontos fortes, suas debilidades, suas intenções e sua organização bélica”³⁴⁵. Aliás, em sua milenar obra Sun Tzu dedica todo um capítulo à espionagem³⁴⁶.

Ocorre que em um litígio a informação não se encontra equitativamente distribuída. Em um litígio consumerista há uma forte assimetria na qual o fornecedor encontra-se em grande vantagem. Esta situação não é apenas em relação ao consumidor, seu adversário direto, mas também em relação à autoridade judicial. Ou seja, a informação, que é um bem extremamente valioso, sobretudo dentro de uma perspectiva estratégica, encontra-se concentrada nas mãos de um jogador específico, o litigante habitual.

345 KEEGAN, John. **Inteligência na guerra**: conhecimento do inimigo, de Napoleão à Al-Qaeda. São Paulo: Companhia das letras, 2006, p. 25.

346 TZU, Sun. **A arte da guerra**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 107-112.

Lembre-se que o litígio é um fenômeno complexo e por isso é regido pelo princípio da incerteza. Não existe um jogador que tenha a totalidade da informação. Sempre há algo que se escapa, não por qualquer deficiência ou incapacidade do jogador, mas porque a realidade em si é incerta. Trabalha-se com o provável apenas, que pode vir ou não a se confirmar. Obviamente, quanto maior o nível de informação, melhor a estimativa sobre o provável, diminuindo-se, mas nunca se eliminando, o grau de incerteza do jogo.

Às vezes nos deparamos com metáforas comparando o litígio civil com um jogo de xadrez. A comparação tem um valor meramente estético, já que tecnicamente não há qualquer correspondência entre eles. O xadrez é um jogo com informação completa e perfeita³⁴⁷. Com efeito:

Em jogos com informação perfeita, cada indivíduo possui informações completas sobre todos os aspectos relevantes da situação, incluindo os recursos dos outros atores, suas preferências, suas informações, a estrutura de recompensas que mapeia uma série de estratégias individuais relacionadas a resultados.³⁴⁸

Não é este o caso do litígio civil. O arquétipo do jogo com informação imperfeita é o pôquer³⁴⁹. Aproximando o pensamento para a nossa cultura, pode-se imaginar o jogo de truco, que é muito mais jogado no Brasil. Assim como o pôquer ele tem suas variações. Não se analisará aqui as suas regras e muito menos sua dinâmica. Pretende-se apenas fazer um paralelo para fim explicativo.

Antes de se iniciar a mão, os jogadores sequer sabem quais serão as “manilhas”, as cartas mais fortes do jogo. Temos a “vira”

347 BINMORE, Ken. **Game Theory**: a very short introduction. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, p. 88.

348 ELSTER, Jon. **Marxismo, funcionalismo e teoria dos jogos**. Lua Nova, número 17, São Paulo, junho de 1989, p. 22.

349 BINMORE, Ken. **Game Theory**: a very short introduction. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, p. 89.

e, a partir dela, define-se quais são as manilhas. Cada jogador começa a mão com três cartas. Há três rodadas possíveis, conforme os jogadores vão revelando suas cartas. Esta revelação é sequencial. Em regra, a mão vale um ponto apenas, mas qualquer jogador pode aumentar os pontos pedindo o “truco” verbalmente, aumentando o valor da rodada para três pontos. O outro jogador pode recusar o “truco” e perder a mão, pode aceitar o “truco” ou pode aumentar a “aposta” pedindo “seis”. O jogo se desenvolve sequencialmente e os jogadores vão aos poucos entregando informações aos demais, conforme as cartas são reveladas. Mas não só. E este é um aspecto relevante. Um jogador experiente não joga apenas vendo as cartas, mas também o comportamento dos jogadores, expressões corporais sobretudo, até mesmo as chamadas microexpressões.

A carta exata que o jogador tem na mão é de conhecimento apenas dele. Ele tem, portanto, uma informação desconhecida pelo adversário. Trata-se de uma informação privada³⁵⁰. Se o jogador soubesse previamente qual é a carta do adversário ele poderia tomar uma decisão estratégica melhor. Isto não lhe asseguraria a vitória, mas poderia diminuir a perda, por exemplo. Ou seja, a informação é um elemento fundamental, mas não suficiente para o sucesso da partida. Sabendo ou não as cartas distribuídas, se as mais fortes ficaram com o adversário, não há muito a ser feito.

Isto vale também para o litigante habitual. Embora tenha muito mais informações, elas por si só não podem assegurar a vitória. Por isso, muitas vezes, a saída adotada pelo litigante habitual é justamente esconder esta informação, para melhor conseguir manipular os demais jogadores, sobretudo a autoridade judicial. Muito do sucesso do litigante habitual está relacionado a sua capacidade de omitir informações do julgador.

350

“Diz-se que uma informação relevante para o jogo é informação privada quando ela não é do conhecimento de todos os jogadores” (FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2021, p. 283).

Ademais, as informações existentes produzem graus de probabilidade e não certezas sobre o jogo, que jamais perde sua natureza incerta. Então se raciocina sempre pelo provável, dentro de uma racionalidade bayesiana³⁵¹.

No campo do processo civil, considerando as posições a serem conquistadas e o *design* normativo existente, pode-se pensar em dois tipos de informações, as de natureza jurídica e as de natureza fática.

O sistema jurisdicional brasileiro, não só o civil, adota como parâmetro de julgamento o princípio da legalidade. Isto significa que a fundamentação judicial deve estar lastreada em normas jurídicas, sejam princípios ou regras. Ou seja, o magistrado não decide conforme aquilo que entende mais justo sem parâmetros e balizas, mas sempre dentro de uma moldura jurídica³⁵². Existem no ordenamento jurídico excepcionais situações de julgamento por equidade (v.g. arbitragem), mas a regra é a legalidade. Trata-se, inclusive, de uma das grandes contribuições históricas do pensamento liberal e de toda a construção moderna do Estado de Direito.

Independentemente do litigante, se eventual ou habitual, este universo normativo é exatamente o mesmo. Aqui é importante lembrar da virada linguística, a diferença entre texto e norma³⁵³.

351 "[...] a noção de racionalidade bayesiana implica que os agentes racionais sejam capazes de atribuir probabilidades subjetivas a todos os aspectos sujeitos a incerteza do problema de decisão que enfrentam" (LESSA, Celia de Andrade. Racionalidade estratégica e instituições. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 13, n. 37, São Paulo, Junho de 1998, p. 12).

352 Neste ponto a metáfora kelseniana da moldura é relevante: "O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins fontes, 2006, p. 390).

353 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2016.

O suporte textual, objetivo, de fato é comum a toda a comunidade jurídica e trata-se de uma informação pública à disposição.

Este suporte textual, a realidade crua e objetiva, não é completo, coerente e muito menos preciso. Pelo contrário: "As leis se mostram ambíguas, ocasionais, fragmentárias, numerosas e cambiantes. Nessa seara, ao invés de promoverem estabilidade e segurança jurídica, convertem-se em instrumentos causadores de instabilidades"³⁵⁴. A teoria jurídica é que organiza tudo e dá um específico sentido, ou vários, que serão difundidos pela comunidade jurídica. Logo, embora a produção textual em si seja importante, e daí toda a atividade política desenvolvida para tanto, a interpretação³⁵⁵ é algo fundamental para o direito.

Aqui existem variados problemas. Embora não se possa reputar a interpretação como um ato arbitrário, como se o texto tivesse um grau zero de significação, ele comporta uma variação subjetiva, pois o intérprete afeta diretamente o seu resultado. Isto significa que diferentes juristas, diferentes advogados e diferentes magistrados podem interpretar diversamente o mesmo conjunto textual. Quando um advogado elabora uma petição inicial indica uma certa interpretação e defende que ela seja adotada pela autoridade judicial. A inicial, portanto, informa no processo o universo normativo do qual a parte autora construiu seus argumentos, por exemplo.

Esta subjetividade da interpretação cria no Sistema de Justiça brasileiro uma multiplicidade de entendimentos sobre os mais variados temas. Trata-se de um "caos" organizado pela estrutura

354 CAMBI, Eduardo. Protagonismo judiciário responsável. **ARGUMENTA - UENP JACAREZINHO**, nº 16, p. 83-97, 2012.

355 "Interpretar é atribuir significado a um texto. O significado não está implícito no texto. É o intérprete que atribui um ou mais significados. Por isso, interpretar é uma atividade de reconstrução, em que se individualizam as possibilidades. As escolhas agregam valores. A norma é a decisão de uma das possíveis variáveis em que se juntam valores individualizados sobre o texto" (CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. Casuismo judiciários e precedentes judiciais. **Repro**, vol. 248, outubro/2015).

hierárquica, o processo de seleção dos magistrados e a matriz acadêmica comum na formação de todo e qualquer bacharel. Interpretações antagônicas convivem no mesmo espaço e no mesmo tempo, inclusive, como se vê nos julgamentos não unânimes dos Tribunais. Embora prevaleça o entendimento da maioria, o voto divergente é a demonstração cabal da inconsistência própria do direito³⁵⁶. Isto não demonstra uma “falha” ou deficiência no sistema jurídico, que precisaria ser combatida, mas sim uma característica estrutural já que o direito vale-se de uma linguagem natural e tem na sua construção uma raiz política.

Diante desta pluralidade não há como ter certeza acerca da interpretação da autoridade judicial sobre um conjunto de textos, pois no momento temporal presente a aleatoriedade da distribuição introduz o acaso na equação. Assim, é possível apenas trabalhar com probabilidades.

A adoção de um sistema de precedentes não acaba com a incerteza, apenas a reduz em pequena medida, porque a súmula ou a tese de um repetitivo não deixa de ser um texto e, enquanto tal, comporta diferentes interpretações. Ou seja, a discussão deixa de ser sobre o sentido da lei e passa a ser acerca do sentido da súmula, por exemplo. Não há solução mágica, pois a linguagem natural depende de interpretação e esta é uma característica estrutural de todo e qualquer sistema jurídico.

Mas o problema é mais complexo ainda. Porque a interpretação também varia no tempo. Embora a clássica teoria liberal tenha dado conta de estabilizar a variação textual, a partir do princípio da irretroatividade das leis e, então, o magistrado tenha o dever de julgar uma causa com base no texto passado, este princípio não vai além para alcançar a interpretação do texto em si. Ou seja, é possível,

356

“Desde 1931 o matemático Kurt Gödel demonstrou a impossibilidade de um sistema formal ser ao mesmo tempo formal e consistente” (LESSA, Celia de Andrade. Racionalidade estratégica e instituições. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 13, n. 37, São Paulo, Junho de 1998).

e na verdade acontece o tempo todo, que haja uma variação da interpretação com base no mesmo suporte textual para o mesmo órgão julgador, inclusive. Com efeito:

[...] o pouco apego dos tribunais superiores aos seus próprios precedentes e aos entendimentos já consolidados, a vontade de fazer prevalecer entendimentos pessoais, em detrimento da unidade do direito, fenômenos já exaustivamente mapeados pela doutrina, fazem com que o prognóstico que se possa realizar sobre uma demanda, no momento do seu ajuizamento, nem sempre corresponda à situação do ordenamento jurídico quando ela é julgada.³⁵⁷

Há quem critique um excesso de variação própria dos Tribunais brasileiros: “É evidente que as Cortes Superiores podem alterar sua compreensão sobre o Direito e até mesmo modificarem seus precedentes. O que não se admite é que tais Cortes variem seus posicionamentos a todo tempo, sem maior rigor hermenêutico, de forma casuística ou mesmo de modo arbitrário”³⁵⁸.

Embora a inconsistência seja estrutural no direito, o Sistema de Justiça brasileiro fomenta o caos quando mantém a chamada jurisprudência lotérica³⁵⁹, gerando sinalizações totalmente divergentes para a comunidade jurídica. Assim, “O Judiciário não gera informações perfeitas acerca de como decidirá cada caso e as partes não são capazes de interpretar perfeitamente esses sinais, some-se a isso a existência de informações privadas entre as partes (assimetria de informação)”³⁶⁰.

357 VITORELLI, Edilson. Por que ‘quem tem’ sai na frente também no processo coletivo: considerações à luz da Análise Econômica do Direito. *In: Acesso à justiça, direito e sociedade*: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 275.

358 CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. Casuismo judiciários e precedentes judiciais. **Repro**, vol. 248, outubro/2015.

359 CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais (São Paulo)**, São Paulo, v. 786, p. 108-128, 2001.

360 GICO JR. Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique. Despacho saneador e assimetria da informação. **Economic Analysis of Law Review**, v. 9, nº 3, p. 191-207, Setembro-Dezembro de 2018.

Enfim, como o processo civil opera temporalmente na base de anos, no momento do ajuizamento da ação o grau de incerteza acerca da interpretação das leis, ou seja, acerca do universo normativo existente, é muito grande, não só pela pluralidade no momento presente, mas pelas possíveis variações futuras. Ou seja, o advogado orienta seu cliente e recomenda o ajuizamento da ação supondo que a interpretação atual será a mesma depois de 8 anos, quando finalmente o último recurso especial vier a ser julgado e se formar a coisa julgada.

Embora haja uma racionalidade guiando a decisão de ajuizamento da ação, o cenário de incerteza impede uma conclusão peremptória, não existindo, por isso mesmo, uma tal “causa ganha”, como proclamam alguns advogados para conquistar o cliente. A decisão racional é a base de construção da teoria da análise econômica do direito e, por isso: “Uma ação judicial, para a parte litigante, seja ela autora ou ré, é uma decisão racional na qual são ponderados os custos e os benefícios esperados de se usar esse mecanismo social de resolução de conflito”³⁶¹.

Parte desta incerteza pode ser atenuada quando o magistrado profere decisões esclarecendo orientações acerca da realidade jurídica existente, como, por exemplo, quando produz uma decisão saneadora de qualidade. Ela é um importante momento para diminuir o déficit informacional das partes quanto à posição do magistrado³⁶². Com efeito: “[...] o despacho saneador pode ser utilizado pelo magistrado para reduzir o hiato de expectativas entre as partes (assimetria de informações) e, assim, reduzir os recursos alocados pelas partes e pelo próprio juiz na solução da controvérsia”³⁶³.

361 GICO JR. Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique. Despacho saneador e assimetria da informação. **Economic Analysis of Law Review**, v. 9, nº 3, p. 191-207, Setembro-Dezembro de 2018.

362 GICO JR. Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique. Despacho saneador e assimetria da informação. **Economic Analysis of Law Review**, v. 9, nº 3, p. 191-207, Setembro-Dezembro de 2018.

363 GICO JR. Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique. Despacho saneador e assimetria da informação. **Economic Analysis of Law Review**, v. 9, nº 3, p. 191-207, Setembro-Dezembro de 2018.

Esta realidade atingiria todo e qualquer litigante da mesma forma e na mesma proporção? Na verdade, não. Neste cenário repleto de interpretações possíveis, os litigantes habituais exercem poder através de políticas institucionais extra-processuais e através de estratégias processuais também. Não se ignora o *lobby* político para a produção dos textos legais, mas há muito trabalho *a posteriori*. Ao mesmo tempo, como os litigantes habituais têm muito mais dados em tempo real da Justiça brasileira acerca das causas que lhe interessam, valendo-se de jurimetria, eles conseguem analisar tendências e então se antecipar nos movimentos.

O advogado individual diligente estuda a jurisprudência antes do ajuizamento da ação, mas não a fica monitorando durante todo o decorrer do processo. Não tem tempo nem recursos humanos para tanto. Já as grandes bancas realizam este controle cotidianamente. Ou seja, além de exercer pressão nas interpretações prevalentes, os litigantes habituais conseguem antecipar mudanças jurisprudenciais, o que lhes concede significativa vantagem no campo estratégico.

Isto demonstra que, embora o suporte textual seja o mesmo para litigantes habituais e litigantes eventuais, a informação entre eles é absolutamente diferente, havendo uma grande vantagem para as empresas.

Um outro tipo de informação é a fática. Ela não se limita à questão probatória individual, indo muito além. Por informação fática deve-se compreender tudo que se relaciona ao mercado, ao modo de sua operação, sua cultura institucional, costumes, práticas, procedimentos, tecnologia, bem como tudo que se relaciona à ciência, linguagem, métodos, resultados, como tudo aquilo referente à causa individualmente considerada. Apenas para ilustrar, pense-se em um litígio em face de uma seguradora. O grau de informações privadas que ela detém é muito grande. E nada a obriga a trazê-las à luz. Aliás, geralmente elas não são trazidas mesmo. É comum em litígios

consumeristas contestações instruídas apenas com documentos de representação (v.g. procuração e estatuto social).

Ocorre que, e este ponto é extremamente relevante, não é apenas o consumidor que não tem estas informações fáticas, a autoridade judicial também não as detém. Embora alguns magistrados esforcem-se a ir além do direito, buscando melhor compreender a realidade que está à sua volta, nada há na sua formação jurídica ou mesmo na sua prática diária que lhes conceda estas importantes informações. Inclusive como os magistrados compõem o segmento da classe média alta, nem mesmo na sua vida extra-autos conseguem vivenciar na integralidade a realidade de um consumidor comum.

O problema é ainda mais complexo. Pois o próprio advogado encontra-se na mesma situação. Ele não sabe como a empresa opera e não compreende, por exemplo, elementos básicos de contabilidade financeira. E, pelas limitações próprias do consumidor, não conseguirá arcar com o auxílio técnico de outro profissional. Assim, mesmo que tenha instrumentalmente em suas mãos a possibilidade de formular um pedido de exibição, por exemplo, sequer saberá qual documento pedir.

O grande movimento do litigante habitual não é apenas omitir informações, mas as falsear em considerável medida. Um exemplo histórico interessante foi a discussão sobre a existência de capitalização no sistema de amortização da tabela price. Embora a matemática financeira no Brasil e no mundo reconheça que há capitalização de juros neste tipo de amortização, mediante subterfúgios interpretativos, como uma estranha limitação da noção de “capitalização”, as instituições bancárias emplacaram o argumento de que tal existência dependeria de uma prova pericial específica³⁶⁴. Outro exemplo diz respeito a uma suposta “inviolabilidade” da segurança de cartões com chip. Há ainda magistrados espalhados no Brasil que acreditam nesta mentira divulgada pelas empresas.

Ou seja, a informação fática sobre o mercado e sobre a ciência, não só falta para a comunidade jurídica como um todo, advogados e magistrados, como é diariamente manipulada pelos litigantes habituais através de sofisticadas estratégias.

Quanto às informações fáticas da causa individual, os litigantes habituais detêm elementos probatórios de total desconhecimento do consumidor e que jamais são revelados em um processo. Um exemplo são os vícios em veículos automotores. Geralmente a empresa sabe exatamente da ocorrência de uma falha generalizada na produção, mas esta informação jamais é revelada.

O déficit informacional do consumidor e, na verdade, do advogado que o representa, impacta diretamente nos movimentos adotados e nas posições existentes. Na verdade, até mesmo um objetivo pode estar equivocadamente definido em virtude desta falta de informações. Afinal: “[...] a informação pode ser tomada — sem exclusão de outros — como um fator determinante da maneira pela qual os agentes se comportam na ou em relação à atividade jurisdicional. Ela é fator decisivo no encaminhamento do conflito, tanto no sentido de provocar quanto na contingência de responder a uma atividade adjudicatória”³⁶⁵.

De qualquer forma, a falta de informação não pode impedir os movimentos do jogador. Então ele age com base em suposições, dentro de certas estimativas, inclusive considerando o comportamento do seu adversário. Ou seja:

[...] a informação que cada pessoa possui não é tão importante quanto as estimativas que ela faz quanto ao que supõe que os outros sabem sobre as informações

365

SALLES, Carlos Alberto. Os “haves” continuarão à frente? Possíveis impactos de um modelo de litigância tecnológica. In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 163.

de que dispõe, pois é com base nestas conjecturas que os seus oponentes tomarão decisões, as quais por sua vez afetarão as decisões dela.³⁶⁶

Enfim, a informação será abordada em outros tópicos desta tese, tentando demonstrar meios para enfrentar ou contornar esta fragilidade do consumidor. Para enfrentar litigantes habituais no Sistema de Justiça Brasileiro deve-se encontrar saídas para a assimetria informacional, ao menos para tentar reduzi-la, já que eliminá-la é estruturalmente impossível, mantidas as bases da sociedade contemporânea.

2.2.5 A REPUTAÇÃO

A noção de reputação transcende diferentes ramos do conhecimento e tem uma grande relevância na estratégia. Todo e qualquer jogador, seja ele a parte, o advogado ou o julgador pode ter uma reputação, mas isto demanda tempo. Nenhuma reputação pode ser estabelecida do dia para a noite.

Em interações estratégicas as decisões são tomadas também a partir da perspectiva do comportamento do outro jogador. Quando há um elemento histórico, ou seja, as interações estratégicas ocorrem por determinado tempo, o jogador desenvolve uma reputação.

Em teoria comportamental dos jogos só se opera com a reputação quando há um jogo repetitivo, no qual os jogadores podem aprender com o comportamento dos demais. Isto não concede

366

LESSA, Celia de Andrade. Racionalidade estratégica e instituições. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 13, n. 37, São Paulo, Junho de 1998, p. 11.

uma certeza sobre o tipo do jogador e muito menos sobre as ações que tomará, mas afeta a probabilidade respectiva³⁶⁷.

A maior parte dos consumidores acessa a Justiça em poucas oportunidades de sua vida. Demandar não é uma atitude trivial e que faz parte do cotidiano das pessoas. Sobretudo em países periféricos, nos quais fatores culturais e econômicos distanciam ainda mais as pessoas das soluções institucionais de seus problemas.

Por isso, os consumidores, individualmente considerados, não têm interações suficientes para estabelecer uma reputação. Aqui é preciso realizar uma precisão terminológica. A reputação tem a ver com um jogador concreto e não com modelos abstratos. Generalizações sobre grupos ou classes, como são os estereótipos, afetam os movimentos dos jogadores, mas não são reputações.

Boa parte dos fornecedores também não está acostumada com Tribunais e não jogam o suficiente para estabelecer uma reputação. Duas ou três causas são insuficientes para criá-la.

Há, no entanto, os litigantes habituais. O grande número de ocorrências permite a criação de uma reputação no jogo, o que não significa, como já se disse, qualquer tipo de certeza acerca de comportamento futuro, mas alteração na probabilidade de sua ocorrência. Advogados e juízes, que também participam constantemente de processos, desenvolvem reputação. Uma vez formada,

367

"In modern game theory, a player's reputation is crisply defined as the probability that she has a certain privately observed type or will take a certain action". Em tradução livre: "Na teoria moderna dos jogos, a reputação de um jogador é definida de forma precisa como a probabilidade de que ele tenha um determinado tipo conhecido apenas por si próprio, ou de que tomará uma determinada ação" (CAMERER, Colin F. **Behavioral Game Theory - Experiments in Strategic Interaction**. Nova Iorque: Princeton University Press, 2003, p. 445).

os jogadores realizarão seus movimentos considerando este importante elemento estratégico³⁶⁸.

É possível compreender a noção de reputação fora da teoria dos jogos, com uma abrangência maior. Então, ela não tem a ver apenas com o comportamento no jogo em si, mas com fatores extraprocessuais. Por exemplo, um determinado advogado pode ter uma reputação definida por uma formação acadêmica específica, envolvimento com certas associações, prêmios etc.

Ocorre que, conforme identificado por Galanter, os litigantes habituais conseguem contratar os advogados com melhores reputações e isto lhes dá uma grande vantagem no processo³⁶⁹. Trata-se de uma questão puramente econômica. Os diferenciais da reputação diferenciam o profissional e permitem que ele precifique seu trabalho em valores acima dos habituais, em quantias que não podem ser suportadas por consumidores comuns. Assim, estruturalmente, da forma como a sociedade encontra-se estabelecida, a tendência é que os advogados mais diferenciados, por sua experiência ou por sua reputação, sejam contratados pelos sujeitos com maiores recursos econômicos.

368 *"If you try a strategic move in a game and then back off, you may lose your reputation for credibility. In a once-in-a-lifetime situation, reputation may be unimportant and therefore of little commitment value. But, you typically play several games with different rivals at the same time, or the same rivals at different times. Then you have an incentive to establish a reputation, and this serves as a commitment that makes your strategic moves credible".* Em tradução livre: "Se você tenta uma jogada estratégica em um jogo e depois recua, pode perder sua reputação de credibilidade. Em uma situação única na vida, a reputação pode ser irrelevante e, portanto, ter pouco valor como forma de compromisso. Mas, normalmente, você joga vários jogos com diferentes rivais ao mesmo tempo, ou com os mesmos rivais em momentos diferentes. Nesse caso, você tem um incentivo para estabelecer uma reputação — e isso funciona como um compromisso que torna suas jogadas estratégicas críveis" (DIXIT, Avinash K; NALEBUFF, Barry J. **Thinking strategically**: the competitive edge in business, politics, and everyday life. Nova Iorque: W.W. Norton & Company Inc, 1993, p. 145).

369 "Em comparação com os advogados que oferecem serviços aos JHs, advogados nessas especialidades tendem a ser recrutados em origens socioeconômicas mais baixas; a ter frequentado escolas de direito locais, privadas ou de meio período; a trabalhar sozinhos ao invés de em escritórios grandes; e a possuir pouco prestígio dentro da profissão" (GALANTER, Marc. **Por que "quem tem" sai na frente**. São Paulo: FGV Direito SP, 2018, p. 76).

Em outros termos, os advogados com melhor reputação não estão equanimente distribuídos entre consumidores e fornecedores. Encontram-se concentrados nestes últimos. O que não impede a existência de alguns do lado dos mais fracos.

Os juízes também se preocupam com a sua reputação:

As decisões judiciais não são tomadas em um vácuo institucional, todos os agentes envolvidos estão sujeitos a restrições e reações dos demais agentes. Por isso, antes de decidirem, eles levam em consideração as preferências e reações prováveis dos outros atores relevantes, incluindo seus colegas, os membros de tribunais superiores, os membros dos demais Poderes e mesmo a opinião pública.³⁷⁰

Um aspecto importante da reputação é que ela pode servir como fator limitador do comportamento estratégico. Assim, a repetição de um determinado movimento pode ser controlada para evitar a formação de uma certa reputação. Por exemplo, o litigante habitual pode manter baixa a frequência de acordos não pensando no resultado final dos processos individuais, mas na reputação que não quer ver formada, como a da empresa que “sempre faz acordos”.

Enfim, a reputação é um elemento importantíssimo na dimensão estratégica do processo civil e deve ser seriamente considerada em todo e qualquer litígio, não só em relação ao julgador, mas a todos os jogadores na disputa.

370

GICO JR., Ivo Teixeira. Anarquismo judicial e Segurança Jurídica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 479-499.

2.2.6 ANTECIPAÇÃO ESTRATÉGICA

No campo da estratégia um ponto fundamental é a antecipação estratégica ou o pensamento em perspectiva³⁷¹, ou seja, a capacidade de antever diferentes cenários futuros e já se preparar para eles. Ou seja, a tomada de decisão acerca de um determinado movimento não considera apenas as consequências próximas, mas aquelas de longo prazo, conforme todo o desenvolvimento do jogo e não uma etapa específica apenas. Obviamente, não se trata de qualquer tipo de poder mediúnico, mas de raciocínio a partir de probabilidades, considerando as informações já disponíveis.

Em teoria dos jogos desenvolve-se o "*backward induction*"³⁷², método de raciocinar de trás para a frente para determinar a estratégia ótima de cada jogador. Então o jogador começa pelo final do jogo, identifica a melhor decisão possível na última etapa, e então recua passo a passo até o início, escolhendo as ações que conduzem racionalmente a esse resultado final. Antecipando o movimento final do adversário, decide-se o que fazer no começo.

No processo civil este tema é muito pertinente. Pode-se considerar tanto os movimentos da outra parte quanto os do próprio julgador. Inclusive, com a atual regra da vedação da decisão surpresa

371 "Without some sense of where the jorey should be leading it will be difficult to evaluate alternative outcomes. Like a grandmaster at chess, a gifted strategist will be able to see the future possibilities inherent in the next moves, and think through successive stages. The ability to think ahead is therefore a valuable attribute in a strategist, but the starting point will still be challenges of the present rather than the promise of the future". Em tradução livre: "Sem algum senso de direção sobre para onde a jornada deve levar, será difícil avaliar os resultados alternativos. Como um grande mestre no xadrez, um estrategista talentoso será capaz de enxergar as possibilidades futuras inerentes aos próximos movimentos e pensar em etapas sucessivas. A capacidade de pensar adiante é, portanto, um atributo valioso em um estrategista, mas o ponto de partida continuará sendo os desafios do presente, e não as promessas do futuro" (FREEDMAN, Lawrence. **Strategy**: a history. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013, p. 611).

372 BINMORE, Ken. **Game Theory**: a very short introduction. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, p. 37.

(art. 10, CPC), a autoridade judicial encontra-se obrigada a oportunizar o contraditório antes de adotar um fundamento ainda não debatido nos autos, e ao fazê-lo pode sinalizar o que fará na sequência.

Tecnicamente se pode raciocinar a partir da sentença, mas também pode ser considerado o jogo todo, incluindo a fase recursal, o que é até mais recomendável.

Como já salientado, a teoria dos jogos tradicional pressupõe uma racionalidade perfeita, sem vieses cognitivos, e um conhecimento comum entre os jogadores inclusive sobre a estrutura do jogo. Por isso o "*backward induction*" é apenas uma ferramenta de análise.

Também na teoria dos jogos há o "*forward induction*"³⁷³, que implica em raciocinar a partir das ações já tomadas no início do jogo, assumindo que os jogadores manterão uma coerência em seus movimentos, e então projetar o agir futuro. Mais uma vez, a teoria tradicional parte da premissa da racionalidade perfeita, eliminando outros fatores que podem ser relevantes na tomada de decisão. Lembre-se, a teoria dos jogos simplifica a realidade, selecionando as variáveis que entende relevantes para análise.

De qualquer forma, chamar atenção à antecipação estratégica é combater uma visão míope, que desconsidere o jogo como um todo. Advogados com pouca experiência não têm, e os com muita experiência às vezes esquecem, a noção de totalidade do jogo, e acabam negligenciando a fase recursal, que precisa ser considerada desde o início.

Por exemplo, o prequestionamento não deveria ser considerado apenas no momento da oposição dos aclaratórios em face de um acórdão desfavorável, mas desde o primeiro passo processual. Na petição inicial já deveriam constar de forma clara e precisa

373

MYERSON, Roger B. **Game theory - analysis of conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 190.

os dispositivos da legislação federal que sustentam os argumentos e que alicerçam os pedidos formulados e eventuais precedentes que poderiam ser suscitados como dissídio jurisprudencial.

Sabe-se que o processo é regido pelo princípio da incerteza, mas isto não isenta o advogado de refletir e planejar os seus movimentos, já considerando a discussão no âmbito dos Tribunais, tanto o local quanto os superiores.

Um exercício interessante é refletir diante da peça elaborada se ela já contém elementos que poderiam ser suscitados em grau recursal. Por exemplo, quando se formula um pedido de tutela de urgência, ali já está tudo que seria necessário para o agravo de instrumento contra a decisão de indeferimento? E se fosse o caso de um posterior recurso especial, já estaria lá também?

Enfim, o enfrentamento do litigante habitual no Sistema de Justiça brasileiro exige antecipação estratégica, sendo este um elemento muito relevante no estado da arte da teoria estratégica.

2.2.7 AS DIFICULDADES DA INICIATIVA E A FORÇA DA DEFESA

Dentro da perspectiva normativista não há diferença entre ser autor ou réu no processo de conhecimento. Afinal, a lei expressamente impõe que o magistrado assegure a igualdade de tratamento das partes (art. 139, I, CPC), e o julgador é sempre um sujeito imparcial. Não haveria qualquer tipo de privilégio no modelo do processo civil, pois tanto o autor quanto o réu teriam os mesmos direitos, faculdades, ônus e deveres processuais (art. 7º, CPC). Assim, havendo todo este equilíbrio no modelo do processo civil brasileiro, a distribuição de julgamentos de procedência ou improcedência deveria acompanhar uma relativa igualdade, em torno de 50% para cada lado. Será que é esta a realidade existente?

Na literatura militar reconhece-se a vantagem da posição da defesa, ou seja, daquele que pretende conservar tudo como está³⁷⁴. A literatura da administração também menciona os obstáculos à entrada de uma nova empresa no mercado, ou seja, daquela que estaria rompendo a situação até então existente³⁷⁵. Em teoria dos jogos aplicada, dependendo do tipo de jogo, a defesa também pode estar em uma posição estrategicamente mais favorável³⁷⁶. Também no campo da retórica, o orador que busca a mudança, um novo estado das coisas, detém o ônus argumentativo, devendo justificar a alteração³⁷⁷.

No caso do processo civil, em que há um jogo sequencial e de informação incompleta e imperfeita, no qual a petição inicial e a contestação são as principais peças para enquadramento da discussão, facilmente se constata a vantagem da defesa. Afinal, ao contestar o réu já sabe toda a argumentação do autor e inclusive já teve acesso à prova pré-constituída por ele apresentada. Como a informação é fundamental em movimentos estratégicos, a posição da defesa é mais forte.

Ainda, a regra do ônus probatório (art. 373, CPC) coloca o autor em uma posição mais difícil, já que basta ao réu negar os fatos, tornando-os controversos, para impor ao adversário a responsabilidade pela prova. No caso de litígios consumeristas, a imposição

374 "Qual é o objetivo da defesa? Conservar. É mais fácil conservar do que adquirir; de onde se segue imediatamente que, supondo que os meios são iguais dos dois lados, a defesa é mais fácil que o ataque" (CLAUSEWITZ, Carl von. **Da guerra**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 466).

375 "A validade econômica da entrada se apóia em algumas forças fundamentais do mercado que operam sempre que ocorre uma entrada. Se essas forças atuarem com perfeição, no entendimento dos economistas, então nenhuma decisão de entrada pode produzir um retorno acima da média sobre o investimento" (PORTER, Michael E. **Estratégia competitiva**: técnicas para análise de indústrias e da concorrência. Rio de Janeiro: Atlas, 2021, p. 356).

376 DIXIT, Avinash K; NALEBUFF, Barry J. **Thinking strategically**: the competitive edge in business, politics, and everyday life. Nova Iorque: W.W. Norton & Company Inc, 1993, p. 30.

377 "De fato, a inércia permite contar com o normal, o habitual, o real, o atual e valorizá-lo, quer se trate de uma situação existente, de uma opinião admitida ou de um estado de desenvolvimento contínuo e regular. A mudança, em compensação, deve ser justificada" (PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 120).

regular do ônus probatório já pode ser suficiente para o insucesso da demanda. Por isso as empresas dedicam-se tanto a refutar o pedido de inversão em suas contestações.

Existe um outro fator revelado pela economia comportamental. Fator este agravado em litígios consumeristas de natureza repetitiva. Trata-se de um viés de improcedência próprio dos julgamentos de primeiro grau. Este viés sustenta-se em alguns aspectos interessantes. Antes, é preciso lembrar que um viés se manifesta independentemente da consciência do agente a seu respeito. Ou seja, não se trata de um agir deliberado, racional e voluntário. Não se está aqui a afirmar que os juízes intencionalmente preferiram a improcedência. Mas é isto que ocorre enquanto tendência.

Os juízes têm um volume grande de processos e sabem do congestionamento da Justiça e por isso

[...] confrontado com um caso capaz de gerar milhares de processos, o julgador poderia ser levado a dar mais valor aos elementos que indicam a improcedência do pedido, a qual é capaz de reduzir o potencial para novas demandas. Por outro lado, os fatores que indicam a procedência do pedido podem ser inconscientemente vistos com ressalvas, dado o seu potencial para aumentar a demanda.³⁷⁸

A noção teórica é comprovada pelos dados empíricos. Em estudo de 2019, Alexandra D. Lahav e Peter Siegelman analisaram a drástica queda de vitórias dos autores na Justiça norte-americana. Em relação às causas cíveis julgadas pela Justiça federal norte-americana verificou-se que em 1985 os autores haviam vencido quase 70% dos casos, mas em 2017 apenas 30%³⁷⁹. Uma das explicações possíveis

378 VITORELLI, Edilson. Por que 'quem tem' sai na frente também no processo coletivo: considerações à luz da Análise Econômica do Direito. In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 265.

379 Lahav, Alexandra D., & Siegelman, Peter. **The Curious Incident of the Falling Win Rate**: Individual vs System-Level Justification and the Rule of Law. 52 U.C. Davis Law Review 1371, 2019.

seria a mudança na composição dos processos federais. De qualquer forma, o dado demonstra que empiricamente a probabilidade lógica dos 50% para cada lado não existe, ao menos em solo estadunidense.

Também é preciso ter em mente uma peculiaridade da Justiça norte-americana, de que poucos casos chegam à fase final de julgamento (*trial*)³⁸⁰. Poucos mesmo, em torno de 5%³⁸¹. Os norte-americanos têm a fase da *discovery*³⁸², que traz importantes elementos informacionais úteis a uma conciliação. No campo consumerista lá existem os *punitive damages*, que potencializam uma eventual derrota judicial.

Todo o raciocínio aqui desenvolvido atrela-se ao exercício da jurisdição civil. Não se tem a pretensão de estendê-lo para a jurisdição trabalhista ou mesmo penal, que têm características próprias. A Justiça do Trabalho é construída sob a pedra angular da vulnerabilidade do trabalhador. A Justiça Penal é historicamente construída sob a pedra angular da punição.

380 "Na definição de *trial* não estão incluídas as hipóteses de *summary judgements* (quando a decisão é baseada exclusivamente em questões de direito), de *dismissals* (similares às decisões processuais terminativas), de *default judgements* (julgamento à revelia), ou de *settlements* (acordos) ocorridos na fase *pretrial*" (FRANCO, Marcelo Veiga. *The vanishing trial: o movimento histórico de declínio do número de julgamentos nos Estados Unidos da América*. In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 528).

381 "As estatísticas do *Administrative Office of the U.S. Courts* coletadas entre 1962 e 2004 - período em que os dados foram divulgados - atestam uma tendência de 'desaparecimento' (*vanishing*) dos julgamentos (*trials*), na medida em que apenas cerca de 5% dos casos nos tribunais americanos chegam à fase de julgamento" (FRANCO, Marcelo Veiga. *The vanishing trial: o movimento histórico de declínio do número de julgamentos nos Estados Unidos da América*. In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 524).

382 "[...] o *discovery*, como uma técnica de antecipação da produção probatória na fase pré-julgamento (*pretrial*), é vista como o 'centro de gravidade' do sistema jurídico americano, em face da importância de aumentar as chaves de autocomposição imediata entre as partes" (FRANCO, Marcelo Veiga. *The vanishing trial: o movimento histórico de declínio do número de julgamentos nos Estados Unidos da América*. In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 538).

Verifica-se, portanto, que ao contrário do que a visão normativista ensina, no processo civil o equilíbrio entre a posição do autor e do réu é inexistente, havendo vantagens estratégicas importantes para o réu. Há estudos demonstrando que os índices de “sucesso” da defesa superam os dos reclamantes³⁸³.

Ocorre que quando se trata de litigantes habituais, no processo de conhecimento geralmente eles encontram-se exatamente na posição de réu³⁸⁴. Então:

[...] os interesses de um litigante habitual, em posição de réu, estão alinhados com os interesses do sistema de Justiça, de reduzir o acervo processual pendente e a taxa de congestionamento do Judiciário. Quanto maiores forem os índices de improcedência e os precedentes vinculantes que obstam a proposição de novas demandas, mas se reforçará a tendência da curva de ingresso de novas demandas.³⁸⁵

Esta tendência favorável à defesa, potencializada em processos com litigantes habituais cria uma preocupante percepção da Justiça:

Para os autores, a mensagem que se passa é a de não judicialização, a de obtenção de um acordo, mesmo que por baixo valor, extrajudicialmente, ou, pior ainda, a negativa de direitos. Para os réus, esse mesmo comportamento judicial tem potencial para estimular o comportamento irresponsável, a pouca disposição para chegar a acordos nos

383 KRITZER, Herbert M. *Winners and losers in litigation: does anyone come out ahead?* In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 251.

384 VITORELLI, Edilson. Por que ‘quem tem’ sai na frente também no processo coletivo: considerações à luz da Análise Econômica do Direito. In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 264.

385 VITORELLI, Edilson. Por que ‘quem tem’ sai na frente também no processo coletivo: considerações à luz da Análise Econômica do Direito. In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 265.

momentos iniciais do processo, a sensação de impunidade e, com isso, o estímulo para cometer mais atos ilícitos.³⁸⁶

Apesar de todo este cenário teoricamente demonstrado, as ações continuam a ser ajuizadas, muito por força do chamado viés do otimismo³⁸⁷. Os consumidores e seus advogados tendem a acreditar na procedência do pedido mesmo quando vários fatores sinalizam contrariamente.

Há, no entanto, neste quadro desolador, um ponto favorável ao autor e que, muitas vezes, é pouco explorado pelos advogados consumeristas. Aquilo que a teoria comportamental dos jogos intitula "*framing*", ou enquadramento. De fato, "Advogados influenciam o processo desde o modo como aconselham seus clientes ou potenciais clientes, a qualidade da assistência que prestam, até o modo como enquadram juridicamente o conflito (o *naming* é comumente feito pelo advogado)"³⁸⁸.

Como é o autor que apresenta a petição inicial, delimitando os fatos e indicando seus fundamentos jurídicos, escolhendo os pedidos, é ele quem realiza o enquadramento inicial do litígio, colocando-o em bases jurídico-processuais. Ele pode, assim, escolher como realizar este enquadramento da melhor forma possível. Isto não quer dizer que este enquadramento será respeitado pelo litigante habitual, nem muito menos pelo magistrado. A tendência, aliás, é que o processo seja enquadrado pelo julgador à luz de alguma decisão

386 VITORELLI, Edilson. Por que 'quem tem' sai na frente também no processo coletivo: considerações à luz da Análise Econômica do Direito. In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 267.

387 "O viés de otimismo é uma limitação cognitiva já identificada na literatura em diversos contextos e, segundo o qual, o cérebro humano está programado para ser otimista, isto é, em média, as pessoas acreditam que estão expostas a riscos menores de ocorrência de eventos negativos do que as demais pessoas"(GICO JR. Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique. Despacho saneador e assimetria da informação. **Economic Analysis of Law Review**, v. 9, nº 3, p. 191-207, Setembro-Dezembro de 2018).

388 SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 83.

padrão anteriormente produzida. No entanto, isto não impede que se aproveite ao máximo o enquadramento quando na posição do autor.

Enfim, o *design* do processo e os dados demonstram que o autor tem algumas dificuldades significativas ao desenvolver a iniciativa do litígio, sendo importante para as decisões estratégicas esta compreensão, afastando um eventual viés de otimismo.

Por outro lado, o consumidor pode encontrar-se no polo passivo da ação. Não é comum, já que a maior parte dos fornecedores, ocupando uma posição privilegiada no mercado, tem amplas condições de impor sua vontade independentemente da intervenção estatal. Por exemplo, uma construtora não precisa valer-se de uma ação de rescisão contratual, pois já consegue impor ao consumidor aquilo que deseja, obtendo um distrato nos termos que mais lhe interessa. A execução extrajudicial de créditos, potencializada pela Lei 14.711/2023, também é outro bom exemplo de como as empresas conseguem o resultado que buscam sem intervenção do Poder Judiciário. De qualquer forma, quando não é possível a obtenção do resultado pela força da negociação, nem pela via extrajudicial, resta para as empresas a Justiça brasileira. Mas ainda assim há uma peculiaridade muito interessante.

Desde o século XIX a teoria do direito desenvolve-se para facilitar a vida das empresas perante o Judiciário, possibilitando uma resposta mais rápida e assertiva, o que é feito mediante o processo executivo.

Basta uma leitura atenta do rol dos títulos executivos extrajudiciais previstos no artigo 784, do Código de Processo Civil, para se constatar que tipo de parte está sendo ali contemplada. Não é o consumidor. Mesmo a hipótese mais genérica do “documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas” (art. 784, III, CPC) não consegue servir ao consumidor, já que no mercado de consumo não lhe é fornecido contrato algum, muito menos completamente assinado pelo devedor e duas testemunhas. A realidade

dos contratos eletrônicos tornou isso ainda mais difícil. Dificuldade esta, é importante dizer, criada e fomentada pelas próprias empresas, já que seria totalmente possível, mesmo em um contrato eletrônico, entregar ao consumidor ao menos eletronicamente, por e-mail ou outro meio, uma via eletrônica totalmente completa e assinada, que lhe permitisse o uso da via executiva.

Quando se analisa a específica relação entre consumidor e instituições financeiras, que ocupam no capitalismo financeiro contemporâneo posição privilegiada entre os demais fornecedores, a discrepância no tratamento processual é indiscutível. O banco pode valer-se de medidas extrajudiciais ou então, na pior das hipóteses, do processo executivo. Ou seja, a principal via de acesso não é o processo de conhecimento para obtenção de uma sentença, como acontece com a maioria dos consumidores. Aliás, não se pode esquecer da previsão da ação monitória, regulada pelos artigos 700 e seguintes do Código de Processo Civil, via alternativa quando o banco não tem título executivo, mas detém prova escrita suficiente.

Como é a defesa em um processo executivo? A doutrina construiu e a jurisprudência acatou a exceção de pré-executividade como forma de alegar matérias de ordem pública no processo executivo, que não dependam de produção probatória³⁸⁹.

Não se pode esquecer, no entanto, que o contexto de desenvolvimento deste instituto deu-se primeiramente em sede de execução fiscal. Ou seja, esta rota alternativa foi elaborada a partir de conflitos entre estado e mercado, dentro da tensão própria do direito tributário, para potencializar a defesa justamente das empresas. O cidadão pode valer-se deste instrumento também, não se ignora isso, mas a noção histórica de seu surgimento revela

389

A Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça, de 2009, dispõe que: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

o resultado de um movimento das empresas e não dos consumidores. A via da exceção de pré-executividade tem várias limitações, mas mesmo assim pode gerar bons resultados a depender do perfil do juiz que a aprecia.

A defesa por excelência no processo executivo são os embargos, regulados pelos artigos 914 e seguintes do Código de Processo Civil. Convenientemente, neste tipo de procedimento o consumidor acaba ocupando a posição de embargante, ou seja, de autor, com todas as desvantagens já apontadas.

Tecnicamente, portanto, a posição de réu no *design* do processo gera algumas vantagens, é estrategicamente mais forte, mas no dia a dia das demandas judiciais ela dificilmente é ocupada por um consumidor, pois as empresas valem-se do processo de execução, obrigando o consumidor a tornar-se um “autor” mediante a promoção dos embargos respectivos.

Em resumo, na tensão entre consumidores e fornecedores, os mais fracos são obrigados a utilizar o processo de conhecimento, com todas as desvantagens que a posição de autor lhe proporciona, e os mais fortes utilizam o processo de execução, com todas as suas grandes vantagens.

2.2.8 ASTÚCIA, GUERRILHA E DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Existem algumas noções na literatura da estratégia militar que merecem desenvolvimento pela sua especial relação com o mais fraco. Nada tem a ver com a teoria dos jogos, nem em sua concepção tradicional e muito menos comportamental.

A história da humanidade é repleta de batalhas entre grupos com proporção de força bem desequilibrada e em muitas delas o aparentemente mais fraco conseguiu vencer. Como estas vitórias ocorreram é algo extremamente interessante por desafiar a lógica da força.

Muito se atribui à sorte. Eventos dentro do imponderável, alheios ao controle humano. Mas há episódios nos quais o comportamento deliberado do mais fraco desencadeou a vitória.

Uma das categorias que explica estas inusitadas vitórias é a astúcia. Na literatura grega é possível identificar o embate entre força e astúcia³⁹⁰. A *bíe* seria a força bruta, bem representada simbolicamente pelo guerreiro Aquiles. A *métis* seria a sagacidade, associada à Odisseu. A história do Cavalo de Troia, bem difundida inclusive na cultura popular, revela a astúcia como relevante movimento estratégico. Ao mesmo tempo, a referência ao calcanhar de Aquiles transmite a ideia de que mesmo o mais forte tem algum ponto fraco.

A depender da abrangência da noção de astúcia haverá uma tensão grande com a ética. Afinal, se astúcia significar o engano, o ludibriar, estas seriam posturas eticamente censuráveis, ao menos dentro de uma matriz ética kantiana, por exemplo. O jogo deveria ser limpo, com adversários disputando sem truques ou engodos. Não se deve romantizar a astúcia. De fato ela tem esta dimensão moralmente questionável e a mentira é o elemento mais simbólico aqui.

Mas a astúcia liga-se também à criatividade, à imaginação, a uma postura inovadora. Aqui ela perde aquele peso eticamente negativo. Logo, é preciso ter em mente toda a abrangência da astúcia, para conseguir com ela trabalhar em favor do mais fraco.

Há na literatura militar posição desmerecendo a astúcia na estratégia. Clausewitz discorre sobre ela afirmando que

[...] qualquer que seja a nossa tendência para ver chefes de guerra esmerarem-se em astúcias, em habilidades

390

"From homer came the contrasting qualities, represented respectively by Achilles and Odysseus, as *bie* and *metis* (strength and cunning), which over time — for example, in Machiavelli — came to be represented as *force* and *guile*". Em tradução livre: "De Homero vieram as qualidades contrastantes, representadas respectivamente por Aquiles e Odisseu: *bíe* e *métis* (força e astúcia), que, com o tempo — por exemplo, em Maquiavel — passaram a ser representadas como força e engano" (FREEDMAN, Lawrence. **Strategy**: a history. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013, p. 23).

e fingimentos, tem de reconhecer-se que essas qualidades pouco se manifestaram na história e raramente abriram caminho por entre a massa dos acontecimentos e das circunstâncias.³⁹¹

Ele faz uma comparação com o tabuleiro do xadrez, que serviria de referência ao estrategista e menciona que a astúcia seria um “último golpe desesperado” do muito fraco, do pequenino. Lembre-se que Clausewitz é um homem do século XIX e seu pensamento reflete aquele tempo.

A reflexão a favor da astúcia é relativamente simples. Se um dos jogadores fosse muito mais forte e não fosse possível ao outro valer-se de outros meios, então o resultado da partida já estaria definido. O combate nos moldes e na forma que melhor atende aos interesses do mais poderoso apenas potencializa a sua força. Assim, uma boa saída para combater a força, não é com força, mas justamente com astúcia.

No campo da guerra esta astúcia manifesta-se de várias formas, uma delas é a guerrilha. Segundo Hobsbawm: “As operações do tipo guerrilha não são um fenômeno novo. Qualquer sociedade camponesa tem seu bandido ‘generoso’ ou Robin Hood, que ‘toma dos ricos para dar aos pobres’ e escapa a todas as grosseiras ciladas de soldados e policiais até ser traído”³⁹².

Apesar desta raiz antiga, as guerrilhas desenvolveram-se no século XX impactando significativamente a história da humanidade. Elas se espalharam por diferentes regiões: “Trata-se da guerra de guerrilhas, e o número de Golias que têm sido derrubados pelos estilingues dos Davis já é impressionante: os japoneses na China,

391 CLAUSEWITZ, Carl von. **Da Guerra**. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2010, p. 216.

392 HOBBSBAWM, Eric J. **Pessoas extraordinárias**: resistência, rebelião e jazz. São Paulo: Paz e Terra, 1998, p. 290.

os alemães na Iugoslávia na época da guerra, os ingleses em Israel, os franceses na Indochina e Argélia”³⁹³.

O ponto principal da guerrilha é não seguir os padrões da guerra tradicional. O embate de frente entre tropas com forças muito desiguais levaria com maior probabilidade a vitória ao mais forte. Então se dispersam as forças em diferentes grupos para ataques pontuais e furtivos, valendo-se do elemento surpresa. Conforme Hart:

*Guerilla war, too, inverts one of the main principles of orthodox war, the principle of ‘concentration’ - and on both sides. Dispersion is an essential condition of survival and success on the guerrilla side, which must never present a target and thus can operate only in minute particles, though these may momentarily coagulate like globules of quicksilver to overwhelm some weakly guarded objective.*³⁹⁴

A recusa de enfrentar o inimigo conforme ele deseja é fundamental para compreender a estratégia da guerrilha³⁹⁵. Ela acaba se tornando uma alternativa relevante ao mais fraco, permitindo uma resistência. Isto não significa, no entanto, uma verdadeira inversão na ordem de força: “[...] há limitações para a capacidade

393 HOBBSAWM, Eric J. **Pessoas extraordinárias**: resistência, rebelião e jazz. São Paulo: Paz e Terra, 1998, p. 290.

394 Em tradução livre: “A guerra de guerrilha também inverte um dos principais princípios da guerra ortodoxa: o princípio da ‘concentração’ — e isso ocorre em ambos os lados. A dispersão é uma condição essencial para a sobrevivência e o sucesso do lado guerrilheiro, que jamais deve se apresentar como alvo e, por isso, só pode operar em pequenas partículas, embora estas possam momentaneamente se agrupar como glóbulos de mercúrio para dominar algum objetivo fracamente protegido” (HART, B.H. Liddell. **Strategy**. Nova Iorque: Praeger, 1991, p. 365).

395 “Assim como os recursos militares dos bandidos, os dos guerrilheiros são os óbvios: armamentos elementares reforçados por um conhecimento detalhado do terreno difícil e inacessível, mobilidade, resistência física superior à de seus perseguidores, mas acima de tudo uma recusa em lutar nos termos do inimigo, isto é, com força concentrada e frente a frente” (HOBBSAWM, Eric J. **Pessoas extraordinárias**: resistência, rebelião e jazz. São Paulo: Paz e Terra, 1998, p. 291).

de um exército guerrilheiro ganhar uma guerra, embora em geral tenha meios eficazes para evitar perdê-la”³⁹⁶.

O fato é que a guerrilha dificulta e muito o adversário, impondo-lhe maiores custos para a obtenção de uma definitiva vitória. Segundo Hobsbawm:

Tais forças, operando como parte de um movimento político de âmbito nacional e com o apoio popular, provaram ser extraordinariamente poderosas. Quando em sua forma plena, elas simplesmente não podem ser derrotadas por operações militares convencionais. Mas mesmo quando estão em condições menos favoráveis, somente podem ser derrotadas - de acordo com cálculos dos especialistas ingleses em contra-insurreição, na Malásia e em outros lugares - por um mínimo de dez homens no terreno para cada guerrilheiro; isto equivale a dizer, no Vietnã do Sul, por um minimum de cerca de um milhão de americanos e fantoches norte-vietnamitas.³⁹⁷

A desobediência civil é outro caminho ligado à astúcia e muito pertinente ao mais fraco. Os exemplos históricos são vários, mas um bem relevante foi a atuação de Mahatma Gandhi (1869-1948) na Índia do século XX³⁹⁸. Esta figura histórica e os eventos a ele associados despertam importantíssimas reflexões, úteis

396 HOBBSAWM, Eric J. **Pessoas extraordinárias**: resistência, rebelião e jazz. São Paulo: Paz e Terra, 1998, p. 295.

397 HOBBSAWM, Eric J. **Pessoas extraordinárias**: resistência, rebelião e jazz. São Paulo: Paz e Terra, 1998, p. 294.

398 “At a time of brutality and upheaval across the world, Gandhi stood out as a leader who personified dignity and goodness in the simplicity of his dress and diet, and in his spiritual message. At the same time, he managed to forge an authentic and successful mass movement. Gandhi took the familiar tactics of the underdog — marches, strikes, and boycotts — and employs them as part of a grander and nobler narrative”. Em tradução livre: “Em um período de brutalidade e agitação ao redor do mundo, Gandhi se destacou como um líder que personificava dignidade e bondade na simplicidade de sua vestimenta e alimentação, e em sua mensagem espiritual. Ao mesmo tempo, conseguiu forjar um movimento de massas autêntico e bem-sucedido. Gandhi pegou táticas já conhecidas dos oprimidos — marchas, greves e boicotes — e as empregou como parte de uma narrativa maior e mais nobre” (FREEDMAN, Lawrence. **Strategy**: a history. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013, p. 349).

sobretudo neste século XXI que vivemos. Ele foi um advogado, estudou no Norte Global, e combateu a opressão dos britânicos, então a maior potencial mundial, utilizando táticas pacifistas³⁹⁹. É bem verdade que a luta dele não foi institucional. A luta por fora das instituições estatais é fundamental para avançar os direitos dos vulneráveis. Mas enquanto Gandhi caminhava por esta frente, outros caminhavam por outras, e em conjunto atingiram um ótimo resultado.

Existem, portanto, várias maneiras não ortodoxas do mais fraco contrapor-se ao poderoso. Com efeito:

*The were a series of measures that the weak could adopt against the strong: concentrating on imposing pain rather than winning battles, gaining time rather than moving to closure, targeting the enemy's domestic political base as much as his forward military capabilities, and relying on an unwillingness to accept extreme pain and a weaker stake in the resolution of the conflict.*⁴⁰⁰

Feitas estas considerações iniciais sobre a astúcia, a guerrilha e a desobediência civil, o que se pode trazer para o processo civil, que é o objetivo central deste estudo? Afinal, presentear o adversário com um cavalo de madeira, colocar bombas em pontes e fazer greve de fome, não parece ser útil para melhorar as posições do litigante.

399 "O conceito e a prática da não-violência e da não-cooperação, a que Gandhi dedicou toda a sua vida, são as características mais marcantes da desfamiliarização política e cultural relativamente ao norte imperial. O objetivo não é conquistar o poder num mundo corrupto, mas sim criar um mundo alternativo onde se possa recuperar a humanidade do humano" (SANTOS, Boaventura de Sousa. O fim do império cognitivo: a afirmação das epistemologias do Sul. Belo Horizonte: Autêntica, 2022, p. 316).

400 Em tradução livre: "Havia uma série de medidas que os fracos podiam adotar contra os fortes: concentrar-se em impor dor em vez de vencer batalhas, ganhar tempo em vez de buscar uma resolução imediata, atingir tanto a base política interna do inimigo quanto suas capacidades militares de frente, e contar com a falta de disposição do adversário para suportar dor extrema, bem como com seu menor interesse na resolução do conflito" (FREEDMAN, Lawrence. **Strategy**: a history. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013, p. 220).

Segundo Boaventura de Sousa Santos: “Para ser mobilizado com êxito num contexto contra-hegemônico, o direito tem de ser submetido a um profundo processo de revisão. Em causa está, antes de mais, a pergunta pela possibilidade do uso contra-hegemônico de um instrumento hegemônico como é o direito”⁴⁰¹.

A questão da astúcia no processo civil é algo sensível, já que o sistema processual civil explicitamente adota os princípios da boa-fé objetiva e da cooperação (artigo 6º, do Código de Processo Civil). Há quem defenda que esta cooperação atinge a relação direta entre os litigantes⁴⁰². Há quem diga que a própria natureza conflituosa do processo impede uma cooperação entre as partes⁴⁰³. Neste sentido: “No processo civil não há interesse comum do ponto de vista substancial entre as partes: cada uma quer perseguir o seu próprio interesse. E é por essa razão que a colaboração esperada pela ordem jurídica no processo civil é do juiz para com as partes — e jamais das partes entre si”⁴⁰⁴. Independentemente da noção que se tenha do princípio da cooperação, isto não afasta o agir estratégico das partes, apenas limita os comportamentos possíveis.

As regras do jogo tentam controlar os comportamentos ardis, a tentativa de enganar, o uso da mentira. Movimentos de astúcia não são bem-vistos e muito menos admitidos pela jurisprudência

401 SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. Coimbra: Edições 70, 2022, p. 611.

402 “Os deveres de cooperação são conteúdo de todas as relações jurídicas processuais que compõem o processo: autor-réu, autor-juiz, juiz-réu, autor-réu-juiz, juiz-perito, perito-autor, perito-réu etc” (DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v. I. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 128).

403 “[...]”as partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 497).

404 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 104.

brasileira, como se vê, por exemplo, da orientação do Superior Tribunal de Justiça acerca da chamada “nulidade de algibeira”⁴⁰⁵. Aliás, há todo um regramento para combater a litigância de má-fé.

Em que grau estas regras funcionam e o nível ético dentro do processo civil contemporâneo é algo bem problemático. Quem vive minimamente no ambiente forense logo se depara com inúmeras manobras nada éticas e que são amplamente admitidas pela autoridade judicial. Para ficar com um exemplo apenas, muito comum nas defesas das empresas, tem-se a inovação em relação ao prévio processo administrativo. Explica-se. O direito de um consumidor é negado na via administrativa pelo fundamento X. Então se ingressa judicialmente refutando-se este fundamento, colacionando texto de lei, jurisprudência e doutrina. O que a empresa faz, então, supostamente exercendo o direito à ampla defesa? Apresenta um novo fundamento na contestação. Surpreende literalmente o consumidor e seu advogado. Alguns juízes não veem um problema nesta postura, por adotarem uma equivocada interpretação do direito à ampla defesa que, como todo e qualquer direito, não é absoluto e deveria ser exercido dentro de certos limites também éticos.

Este cenário tende a mudar, pois alguns magistrados já têm aplicado nestas situações a vedação ao *tu quoque* ou ao *venire contra factum proprium*. Inclusive a nova lei dos seguros, que terá vigência a partir de dezembro de 2025, a Lei 15.040/2024, trouxe dispositivo expresso sobre esta matéria, seu artigo 86, § 6º, estabelece que: “A recusa de cobertura deve ser expressa e motivada, não podendo a seguradora inovar posteriormente o fundamento, salvo quando, depois da recusa, vier a tomar conhecimento de fatos que anteriormente desconhecia”.

405

“A suscitação tardia da nulidade, somente após a ciência de resultado de mérito desfavorável, configura a chamada nulidade de algibeira, manobra processual que não se coaduna com a boa-fé processual e que é rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça” (BRASIL, STJ, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1734523/RJ, rel. Min. Raul Araújo, 16 de agosto de 2021).

Existem outras astúcias das empresas, já retratadas neste estudo, como quando omitem documentos ou mentem escancaradamente sobre a realidade dos fatos, ou mesmo quando colocam para depor um preposto que não tem qualquer relação com a vida institucional da empresa e nada tem a contribuir para a instrução probatória.

Do lado do consumidor a astúcia pode se manifestar a partir de posturas não esperadas pela empresa, que fogem ao habitual padrão observado nos demais processos. São movimentos singelos, mas que já podem abalar a marcha sincrônica do litigante habitual. Um pedido de exibição de documento, o arrolamento de um funcionário da empresa, a insistência no depoimento pessoal etc. Um agravo de instrumento interposto contra uma decisão que não se amolda exatamente ao rol do artigo 1.015, do Código de Processo Civil, mas que é distribuído a um desembargador pró-consumidor que ficará prevento para o julgamento final. A imaginação e a criatividade têm um papel importante aqui.

Mas às vezes é necessário coragem, e aí se entra no campo da guerrilha e da desobediência civil. Subverter as regras do jogo e desobedecer a autoridade judicial não é algo fácil para o mais fraco, para o consumidor. Os litigantes habituais o fazem com elevada frequência. Aliás, esta é uma questão bem delicada.

Na teoria dos jogos parte-se da premissa de que as regras do jogo são fixas e que todos os jogadores a conhecem⁴⁰⁶. Esta premissa não é de todo aplicável ao litígio civil, pois embora o texto permaneça objetivamente o mesmo a interpretação sobre ele varia, fazendo com que regras de processo mudem no meio do jogo. Há mesmo quem

406

DUTTA, Prajit K; VERGOTE, Wouter. **Strategies and games - theory and practice**. Cambridge: The MIT Press, 2022, p. 67.

utilize a expressão “anarquismo judicial”⁴⁰⁷ para enfatizar esta desordem quanto às regras do próprio jogo.

Eis um exemplo próximo para ilustrar a situação. A teoria processual tradicional sempre entendeu pela impossibilidade de fixação de honorários sucumbenciais em incidentes processuais. Tratava-se de algo relativamente pacífico no âmbito doutrinário e mesmo em sede dos Tribunais brasileiros. Logo, o advogado consumerista não tinha este risco ao promover o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Registre-se que este instituto é de fundamental importância na advocacia consumerista, já que muitas empresas são deliberadamente concebidas para blindagem patrimonial.

Ocorre que em 17 de fevereiro de 2025, por maioria, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 2072206/SP, decidiu que “O indeferimento do pedido de desconconsideração da personalidade jurídica, tendo como resultado a não inclusão do sócio (ou da empresa) no polo passivo da lide, dá ensejo à fixação de verba honorária em favor do advogado de quem foi indevidamente chamado a litigar em juízo”⁴⁰⁸. Veja, só no caso de indeferimento. Ou seja, quando o pedido de desconconsideração é acolhido não há fixação de honorários em favor do advogado do requerente. Não houve qualquer tipo de modulação de efeitos nesta decisão.

O que importa neste episódio é que a regra do jogo mudou no meio da partida. O Superior Tribunal de Justiça é repleto de exemplos similares a este. E muitas vezes eles são fruto da estratégia dos litigantes habituais.

407 “Esse estado judicial não-cooperativo em que a cada caso podem ser aplicadas regras jurídicas diferentes, a depender das preferências do magistrado, sem que a jurisprudência caminhe para se tornar uniforme e dominante é o que chamamos anarquismo judicial, aqui entendido como a falta de segurança jurídica decorrente da ausência de cultura e de mecanismos jurídicos de uniformização jurisprudencial, o que significa que há uma dificuldade de coordenação entre magistrados das diversas instâncias para a formação e respeito à jurisprudência e, portanto, de formação de capital jurídico” (GICO JR., Ivo Teixeira. Anarquismo judicial e Segurança Jurídica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 479-499).

408 BRASIL, STJ, Recurso Especial nº 2072206/SP, julgado em 17 de fevereiro de 2025.

Sabe-se que os consumidores não estão organizados como os fornecedores e que a pressão para subverter as regras do jogo a partir da interpretação jurisprudencial não vem do mais fraco. Então como usar a guerrilha e a desobediência civil em favor do consumidor? Em uma palavra: resistindo. Adotar uma postura de guerrilha significaria subverter as regras do jogo, não se comportar, então dentro do *design* do processo civil.

Exemplifica-se. Um magistrado contaminado até o último fio de cabelo com o eficientismo, na busca de tornar seu juízo mais produtivo, indefere provas orais a torto e a direito. Como lidar com isso? O indeferimento de prova oral não é uma das hipóteses para o agravo de instrumento, conforme o artigo 1.015, do Código de Processo Civil. Logo, a interposição deste recurso em tal situação é contrária à regra. Pronto, o advogado decide por não interpô-lo. Mas veja que interessante, todo e qualquer recurso tem o chamado efeito translativo⁴⁰⁹, que é a possibilidade do julgador conhecer matérias de ordem pública. Como o cerceamento de defesa cria uma nulidade absoluta no processo, e nulidades absolutas devem ser combatidas por qualquer juiz a qualquer momento, dependendo de certas circunstâncias, há uma remota, mas há, chance de sucesso nesta via recursal. Lógico, tudo depende de sua distribuição no Tribunal e da sorte de um relator mais garantista.

Mesmo que o magistrado tenha indeferido a prova oral, nada impede que a parte que a pediu apresente um rol de testemunha, especialmente detalhado, apontando a utilidade de cada um dos testemunhos pretendidos, bem como o prejuízo pela sua não oitiva. Este movimento em nada prejudica o agente e não atrasa a marcha processual. Alguém pode pensar, “que loucura, trazer

“Tese cada vez mais influente, e progressivamente acatada, reúne noutro efeito, chamado de translativo, todas as questões passíveis de conhecimento *ex officio* pelo órgão *ad quem*, porque imunes à preclusão. Tais questões respeitam aos pressupostos processuais (de regra, excluindo os impedimentos) e às ‘condições’ da ação (legitimidade e interesse processual)” (ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 289).

um rol de testemunhas com uma decisão de indeferimento da prova oral”, mas o objetivo aqui é justamente fortalecer uma futura alegação de cerceamento de defesa e demonstrar o prejuízo sofrido.

E por que não, diante do indeferimento, colacionar aos autos declarações das pessoas que se desejava ouvir em juízo? Normativamente, uma declaração não é o mesmo que um testemunho, mas argumentativamente e estrategicamente já pode trazer algum resultado. Poder-se-ia ousar um pouco mais trazendo a própria gravação destes depoimentos aos autos. No entanto, o conhecimento de um texto escrito leva menos tempo do que um depoimento gravado, e considerando o efficientismo, o juiz deve preferir o texto escrito.

Nesta situação um pensamento poderia surgir, o de que a astúcia levaria a um movimento passivo já que, se uma sentença de improcedência por insuficiência de provas fosse proferida, poder-se-ia alegar o cerceamento de defesa como preliminar de apelação, já que faltou a produção da prova oral requerida. Ocorre que, embora a saída seja possível, ela tem uma força estratégica limitada, pois o viés de confirmação e o próprio efficientismo tensionam a manutenção da sentença tal como está. Basta ao desembargador sustentar que o autor deveria ter feito a prova de outra forma, ou que a prova oral seria irrelevante, ou mesmo que a falta da prova oral não teria trazido prejuízo e, pronto, com duas ou três linhas, o cerceamento seria afastado.

E quando um juiz avesso ao contraditório indefere ou não oportuniza prazo para alegações finais? O movimento tradicional, à luz das regras do jogo, é simplesmente conformar-se e nada fazer. Embora as alegações finais tenham sido indeferidas pelo ímpeto de dar celeridade ao feito, os autos ficam conclusos por semanas, talvez meses, até a prolação de uma sentença. Então, agindo em desobediência civil, mas amparado pelo direito fundamental ao contraditório, qual seria a desvantagem de protocolar as alegações finais tal como

desejado inicialmente? Se a presença das alegações finais for reputada como algo relevante deve-se apresentá-las mesmo ao arrepio de um indeferimento prévio. O movimento tem sentido porque não é possível ter certeza acerca de sua repercussão nos autos, pode ocorrer de seu conteúdo de fato influenciar os servidores que minutarão a sentença, ou até mesmo o magistrado.

As possibilidades são muitas e o objetivo aqui foi apenas trazer alguns exemplos nos quais a guerrilha e a desobediência civil metaforicamente se fazem presentes no litígio civil para empoderar o mais fraco. Elas apontam sempre um movimento ativo, contrário à mera conformação.

Enfim, o enfrentamento do litigante habitual no Sistema de Justiça brasileiro pode ser potencializado mediante um movimento inusitado ou mesmo subversivo, fora dos padrões habituais e contrário às regras do jogo ou à decisão judicial, o que nos remete simbolicamente as categorias da astúcia, guerrilha e desobediência civil como ferramentas históricas utilizadas pelos mais fracos.

2.3 ENFRENTANDO LITIGANTES HABITUAIS

Nesta parte do trabalho desenvolve-se teoricamente problemas estratégicos no processo civil brasileiro diante de demandas consumeristas, aproveitando as pesquisas empíricas já realizadas, valendo-se da interdisciplinaridade e do pluralismo metodológico. Destacam-se aqui os métodos crítico-dialético e sistêmico.

O texto abrange diferentes aspectos, alguns com um viés mais sociológico, outros um pouco mais processuais. Como há um grande grau de ineditismo, nem todas as questões são tratadas completamente e muitas reflexões ficam no campo das hipóteses.

Este não é um “manual” e não se tem qualquer pretensão de entregar uma fórmula mágica aos leitores. Trata-se de um texto científico, com as limitações próprias da ciência e do pesquisador, sendo oportuno lembrar que a ciência é sempre um trabalho coletivo e dinâmico. Não haveria como dar respostas mágicas e fabulosas sobre tudo, nem de uma só vez e nem muito menos em caráter definitivo.

O Sistema de Justiça brasileiro não é romantizado neste estudo. Não se vale de eufemismos e busca-se apresentar a realidade tal como ela se manifesta. Algumas passagens podem ser bem sombrias e angustiantes. A intenção não é desestimular a advocacia pró-consumidor, mas provocar um despertar de profissionais que dormem na inércia do agir cotidiano. Teoria e prática se unem com um vetor bem definido: o empoderamento do consumidor. Esta é a perspectiva adotada.

O cerne do estudo são os litígios individuais, o enfrentamento institucional, e por isso alguns tipos de luta ficaram de fora. Primeiro, talvez a mais importante, aquela travada fora das instituições, na esfera social, através dos grupos de pressão e dos movimentos sociais⁴¹⁰. Como já esclarecido, o direito sozinho não tem condições de provocar as mudanças sociais necessárias à construção de um mundo mais justo, no qual os direitos de todos sejam efetivados e o consumidor seja efetivamente protegido.

Os fornecedores encontram-se extremamente bem-organizados e com pressão constante no Poder Executivo,

410 “Nessa seara, o papel de uma Defensoria Pública atuante e plural, que permita e fomenta o diálogo entre a instituição, a sociedade civil e os movimentos sociais, torna-se primordial para a conquista de direitos humanos das populações vulnerabilizadas. Assim, ao caminhar lado a lado com movimentos populares e demais entidades da sociedade civil, as Defensorias Públicas permitem não só o acesso efetivo à justiça, como também somam esforços para conquista de direitos coletivos, que podem impactar diretamente na realidade social de vários cidadãos” (PUCHTA, Ananda Hadah Rodrigues; COSTA, Camille Vieira da; ROCHA, Helena de Souza. Planos de educação: a litigância estratégica da sociedade civil e da Defensoria Pública do estado do Paraná na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal**, Brasília, v. 1, n. 1, 2019, p. 95/106).

Legislativo e Judiciário. A mera atuação judicial individualmente é incapaz de proporcionar importantes e duradouras vitórias no âmbito social, que dependem de outros universos, como a atuação política, cultural e mesmo econômica.

O agir fora do Sistema de Justiça é, então, imprescindível para o fortalecimento dos consumidores. Ou seja, um dos meios mais potentes de enfrentar litigantes habituais é no mundo da vida, fora do processo, com organização e dispersão social. Apenas com uma melhor organização dos consumidores, sobretudo a partir da própria sociedade civil, com fortes e atuantes associações, é que a realidade sofrerá significativas mudanças. Este não é o foco do trabalho.

Dentro das instituições, uma luta muito importante é aquela através da tutela coletiva. Construída a partir do final do século XX, ela trouxe relevantes vitórias aos consumidores e incomodou e continua incomodando muito os litigantes habituais⁴¹¹. Ela consegue minimizar algumas das vantagens que as empresas detêm nas ações individuais. Entes como o Ministério Público, a Defensoria Pública, ou associações como o IDEC ou ALANA, detêm recursos humanos e econômicos não disponíveis ao advogado consumerista individual. Além disso, contam com mais informação e melhor reputação, aspectos sensíveis no campo estratégico. A desnecessidade de adiantamento de custas (art. 18, Lei 7.347/1985) e a exclusão do risco de sucumbência também fortalecem este tipo de tutela. O processamento em primeiro grau, longe dos Tribunais Superiores, permite a construção de uma jurisprudência *bottom-up*.

411

"A ação coletiva é um artifício para aumentar os riscos de um JH [jogador habitual], tornando-os maiores do que ele teria condições de suportar e, com isso, rebaixando sua posição para a de um PE [participante eventual], ao mesmo tempo que os autores são movidos para uma posição na qual podem desfrutar das vantagens dos JHs sem ter que arcar com os gastos de organização" (GALANTER, Marc. **Por que "quem tem" sai na frente**. São Paulo: FGV Direito SP, 2018, p. 118).

Justamente porque a tutela coletiva reequilibra o conflito com os litigantes habituais, ela tem sofrido severos ataques⁴¹². O modelo dos recursos repetitivos é uma forma astuta de retirar a discussão das matérias importantes ao direito do consumidor das ações coletivas, remetendo-as à tradicional estrutura individual, na qual as empresas têm gigantesca vantagem. Judicialmente a tutela coletiva é a mais vantajosa forma de combater litigantes habituais, mas não é ela o objeto de estudo.

O enfrentamento aqui analisado é aquele por consumidores individuais, em ações atomizadas, espalhadas pelo território nacional. Há um porquê desta escolha. Estas ações individuais ainda são numericamente superiores e, portanto, aquelas que se destacam quantitativamente. Logo, o impacto do empoderamento neste tipo de litígio pode ser significativo e trazer interessantes resultados nesta tensão entre consumidores e fornecedores. Acredita-se que a compreensão dos aspectos teóricos expostos aqui tem condição de modificar a forma de advogar de milhares de profissionais. Os advogados corporativos já sabem boa parte do que será exposto aqui. Eles detêm este conhecimento a partir da cultura institucional dos grandes escritórios que integram. Os demais advogados não. Ou a academia constroi este arcabouço teórico, ou então serão mantidos na ignorância.

412

"[...] a esperança que resta para nivelar esse campo de jogo, que é o processo coletivo, vive sob ataque. Além de projetos de lei que pretendem restringir o seu desenvolvimento, os quais constituem, nas eloquentes palavras de Antonio Giddi, um presente para os bancos e demais causadores habituais de danos sociais, o processo coletivo é atacado por incompreensões doutrinárias, que o consideram excessivamente desfavorável ao réu e por mudanças de entendimentos jurisprudenciais que, mesmo depois de consolidados, insistem em se sujeitas a revisão, muitas vezes com base em análises superficiais e parciais do problema"(VITORELLI, Edilson. Por que 'quem tem' sai na frente também no processo coletivo: considerações à luz da Análise Econômica do Direito. *In: Acesso à justiça, direito e sociedade: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter*. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 265).

2.3.1 A TRIÁDE: NORMAS, ARGUMENTOS E MOVIMENTOS

Embora a realidade seja complexa, para organizar o pensamento e permitir um melhor desenvolvimento teórico, entende-se que o conhecimento da ciência processual civil possa ser compreendido em três dimensões: a normativa, a argumentativa e a estratégica. Elas se encontram em constante interação e dificilmente podem ser tratadas isoladamente no fenômeno concreto, mas esta divisão é importante por uma questão didática. Normas limitam a argumentação e a estratégia, assim como a estratégia afeta a argumentação e as próprias normas. Ou seja, elas não são dimensões independentes.

Tradicionalmente, desde a construção da ciência processual civil a partir do século XIX⁴¹³, influenciada pelo paradigma dominante positivista-normativista⁴¹⁴, os estudiosos estiveram concentrados apenas na dimensão normativa. Ou seja, na compreensão das regras do jogo. Este é um padrão constante que se observa nas diferentes “correntes” do processualismo, seja no praxismo, processualismo, instrumentalismo ou neoprocessualismo⁴¹⁵.

413 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015; DINAMARCO, Cândido. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

414 “O positivismo tornou-se, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia dos juristas. A teoria jurídica empenhava-se no desenvolvimento de idéias e de conceitos dogmáticos, em busca da cientificidade anunciada” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 324); “A supremacia do positivismo jurídico nacional constrói-se no contexto progressivo de uma ideologização representada e promovida pelos dois maiores pólos de ensino do saber jurídico: a Escola do Recife e a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (São Paulo). Produto de concepções consideradas avançadas na Europa, o apelo cientificista do positivismo surgia como discurso hegemônico e uniforme, identificado com os interesses emergentes da burguesia urbana liberal e com as novas aspirações normativas da formação sócio-econômica brasileira daquele momento específico” (WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 130).

415 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3.Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Embora a visão de cada uma seja diferente acerca do processo e da ciência processual, todas analisam as regras do jogo buscando empurrar sua interpretação para um ou outro lado, seja para um rigor formalista (processualismo), seja para a efetivação de direitos fundamentais (neoprocessualismo). Mas o objeto é sempre o conjunto normativo. Há mais continuidade do que ruptura entre estas diferentes correntes⁴¹⁶. Existem muitas obras e artigos sobre a dimensão normativa, na verdade quase a sua integralidade, e não é objetivo desta tese realizar qualquer contribuição significativa neste campo.

No entanto, as regras do jogo devem ser consideradas o tempo todo na análise, pois elas impactam diretamente as demais dimensões. Ademais, dentro de uma concepção pós-positivista, o texto normativo ainda é um referencial importante para todo e qualquer desenvolvimento teórico. Não há como, portanto, discorrer sobre posições ou movimentos estratégicos sem considerar as regras existentes.

No decorrer do século XX os olhos dos juristas abriram-se para a dimensão argumentativa. A partir da virada linguística, compreendeu-se a diferença entre o texto normativo, objetivamente verificável, e a norma em si enquanto resultado da interpretação, com a forte participação do intérprete. No espaço público há tensão entre diferentes tipos de interpretação e a busca pela adesão do auditório através do convencimento ganhou grande fôlego teórico a partir

416

"Do mesmo modo, uma vez revelado que a característica publicista constitui o sinal distintivo do publicismo processual, torna-se possível rechaçar a ideia de uma terceira e quarta fase metodológica do processo. Sobretudo porque novas fases pressupõem a superação de fases pretéritas. Na verdade, a instrumentalidade do processo e o neoprocessualismo constituem apenas versões repaginadas da noção publicista de que o processo é um instrumento do poder jurisdicional. E nisso, eles não representam nenhuma novidade. Indo mais além, talvez fosse o caso de abandonar o discurso das 'fases metodológicas do processo', uma vez que este discurso quase nada contribui para a ciência do processo, baralhando discussões importantes como àquelas inerentes aos problemas dos limites da Ciência Jurídica, além de atribuir méritos de 'superação' para teorias que simplesmente não os têm" (RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Processualismo científico e 'fases metodológicas do processo': a tática erística do adjetivo científico e das 'novas fases metodológicas'. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**. Ao 14, Volume 21, número 3, Setembro a Dezembro de 2020, Rio de Janeiro, p. 296-327).

das diferentes teorias argumentativas. Compreendeu-se que a norma é uma construção hermenêutica e não se encontra pronta e acabada no próprio texto. De fato, são amplos os estudos sobre a linguagem no último século, abrindo diferentes frentes de pesquisa (v.g. hermenêutico-filosófica, estruturalista, analítica e pragmático-transcendental⁴¹⁷).

Na dimensão argumentativa o objeto é o discurso jurídico, em busca da adesão a uma tese. Concentra-se no aspecto da linguagem. Os teóricos da argumentação são centrais neste ponto. Um referencial interessante é Chaïm Perelman⁴¹⁸, pois suas obras trazem uma importante contribuição para a compreensão do assunto, com uma visão estruturalista sobre o tema que muito ajuda a organizar as ideias. É necessário compreender as regras do jogo, mas também entender os objetos de acordo (valores, fatos, lugares, hierarquias) para obter sucesso no âmbito argumentativo. Apesar da relevância desta dimensão e da baixa produção a seu respeito na ciência processual contemporânea, ela não é central nesta tese. Como já exposto, não se pode confundir retórica e estratégia, dois saberes distintos.

Resta, então, a dimensão teoricamente esquecida. Aquela cujo conhecimento o senso comum reputa exclusividade da experiência. Técnicas ocultas, que apenas os iniciados poderiam ter acesso. Informações que são transmitidas culturalmente e que só poderiam ser assimiladas a partir do dia a dia forense. Trata-se da dimensão estratégica. Seu objeto não são as regras do jogo e nem muito menos a realidade discursiva, mas o jogo em si.

Por exemplo, é importantíssimo saber as regras do jogo acerca da inversão do ônus da prova, que limita o universo do discurso, e como construir argumentos fortes para obter sua concessão pela

417 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 717.

418 PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005; PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998; PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004; PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

autoridade judicial, mas também é fundamental compreender quando e como pedi-la, quais saídas adotar nas hipóteses de indeferimento, enfim, como agir para uma melhor performance processual. Uma petição inicial deve respeitar as regras do jogo e também precisa ser convincente, mas não pode criar desvantagens estratégicas.

É exatamente nesta dimensão que se pretende realizar algum avanço teórico. As regras são importantes, a linguagem também, mas os movimentos não podem ser negligenciados. Um ensino jurídico que passa anos empanturrando o estudante com as regras do jogo, esmiuçando microscopicamente os elementos normativos, impede a compreensão do jogo em si, permitindo que o *status quo* se perpetue, e o direito continue sendo utilizado hegemonicamente, como instrumento de dominação. A ciência precisa romper este ciclo. A ciência processual precisa estudar e lidar com problemas estratégicos, entregando um conhecimento teórico que dê condições mínimas de atuação nos tribunais brasileiros. Hoje uma boa advogada obteve conhecimentos sobre as regras do jogo formalmente, através da faculdade, e obteve conhecimentos sobre argumentação e estratégia a partir de sua experiência pessoal. Mas não precisaria ser assim. Algum conhecimento teórico sobre argumentação e estratégia já poderia ser apresentado na graduação.

Aliás, todo o conjunto tradicional de institutos processuais já poderia ser abordado considerando tanto o aspecto normativo, quanto o argumentativo e o estratégico. Afinal, como já salientado, as dimensões normativa, argumentativa e estratégica são interdependentes e fluídas, manifestando-se na realidade sempre conjuntamente.

O estudo apenas das regras do jogo não só afasta a compreensão dos universos argumentativo e estratégico, como contribui para certas distorções. Eis um exemplo trivial. Aprende-se o famoso brocardo romano *iura novit curia*, a presunção de que os magistrados devem conhecer o direito. Logo, não haveria necessidade de uma detalhada argumentação jurídica, com exposição dos textos de leis

ou mesmo explicações de ordem jurídica. No entanto, a argumentação e a estratégia revelam justamente o contrário. Se não houver uma exposição clara sobre a Súmula X, e não houver a oposição de embargos declaratórios quando o juiz silenciar-se a seu respeito, ela será ignorada no julgamento. Ou seja, o princípio da *iura novit curia* continua valendo e deve ser aprendido pelo estudante, mas ele é uma meia-verdade, já que no campo prático é muito recomendável, tanto pelo viés argumentativo quanto estratégico, que se suponha certo desconhecimento do julgador, realizando uma efetiva e cabal exposição mesmo de questões jurídicas.

Logo, a regra do jogo dispõe que o magistrado deveria conhecer o direito, todo ele, mas o jogo em si se revela bem diferente. A dimensão estratégica está preocupada com o “ser”, ou seja, com a realidade como ela se manifesta, como as instituições efetivamente funcionam. Há aqui uma ânsia de reconectar o direito à realidade, fazendo com que sua ciência reflita os fatos⁴¹⁹.

Assim, para fins didáticos e organização do pensamento tem-se esta tríade: norma, argumento e movimento, relacionadas às dimensões normativa, argumentativa, e estratégica do processo civil.

2.3.2 O MODELO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

As regras do jogo impactam diretamente o campo da estratégia. O litígio a partir de sua formalização institucional desenvolve-se conforme um certo modelo, que nada tem de natural e foi humanamente construído. O processo civil tem um *design* próprio que estruturalmente limita a atuação de seus participantes.

419

Nas palavras de Ovídio A. Baptista da Silva: “A dramática distância entre direito, enquanto norma intemporal, e o fato social, o terrível descompasso entre Direito e História entremostam-se em toda sua crueza quando se percebe que a doutrina limita-se a auto-reproduzir-se quase mecanicamente, sem sequer tematizar seus grandes fundamentos e sem libertar-se da teia ideológica que a prende ao racionalismo dos séculos passados” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **“Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica”**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 199).

Não se pretende desenvolver problemas relacionados às regras processuais, mas algumas características do modelo processual civil brasileiro merecem destaque. Ele é composto de instrumentos normativos como a Constituição Federal de 1988, a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem), Lei 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal), Lei 12.153/09 (Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública), Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil) e Lei 13.140/15 (Lei da Mediação).

Há um ambiente minimamente democrático, com o reconhecimento do acesso à Justiça como um direito fundamental (art. 5º, XXXV, CF). O sistema normativo não impõe o esgotamento da via administrativa e muito menos impõe a via arbitral para as relações de consumo. Embora existam projetos tentando limitar o acesso do consumidor ao Judiciário⁴²⁰, nenhum deles encontra-se em estágio avançado e merece maiores considerações. O fato é que, em tese, o Judiciário encontra-se aberto para toda e qualquer demanda, não estando condicionado a qualquer prévia e definitiva solução pelo Poder Executivo. Se é conveniente ou não “pular” a esfera administrativa, é algo melhor desenvolvido em outro tópico.

Para acessar esta Justiça há algumas restrições, pois o consumidor não tem sempre capacidade postulatória. Em regra, esta representação do consumidor individual pode ser feita por advogados ou por defensores públicos, estes últimos com atuação perante pessoas naturais com hipossuficiência econômica. Há a exceção das causas que não ultrapassem 20 salários mínimos⁴²¹ e tramitem no primeiro grau dos Juizados Especiais. Se é conveniente enfrentar litigantes habituais sem um causídico, é tema de outro tópico.

420 V.g. Projeto de Lei 533/2019 do Deputado Federal Júlio Delgado (PSB/MG).

421 Durante a produção deste texto o salário mínimo nacional era de R\$ 1.518,00, conforme Decreto 12.342/2024, o que implica a possibilidade de demandar judicialmente sem advogado em causas de até R\$ 30.360,00.

Uma outra restrição diz respeito ao procedimento. Nas ações com valor até 60 salários mínimos promovidas em face de entes públicos, o ordenamento estabelece a competência absoluta dos Juizados Especiais, afastando a Justiça Comum, exigindo este procedimento especial. Por exemplo, uma ação promovida em face da Caixa Econômica Federal, empresa pública federal, obrigatoriamente deve ser processada no Juizado Especial Federal se tiver um valor da causa até 60 salários mínimos. Não existe norma explícita com o mesmo teor na Lei 9.099/95, entendendo-se que a competência então é relativa, ficando a cargo do autor a escolha⁴²². Se é conveniente valer-se dos juizados, é algo melhor desenvolvido em outro tópico.

Os processos são dirigidos e processados por juízes profissionais. O ordenamento jurídico brasileiro limita o júri popular à esfera penal e apenas aos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, "d", CF). Estes juízes profissionais têm algumas características diferentes. O sistema prevê o chamado quinto constitucional (art. 94, CF), de modo que parte dos tribunais é composto por ex-promotores e ex-advogados. O Superior Tribunal de Justiça tem em sua composição um terço de ministros oriundos do Ministério Público e da Advocacia (art. 104, parágrafo único, II, CF). No âmbito dos Juizados existe a figura do juiz leigo, que é um auxiliar da Justiça nomeado entre advogados com mais de cinco anos de experiência. Logo, o espectro dos julgadores vai do juiz leigo de primeiro grau a um Ministro do Supremo Tribunal Federal.

As decisões de primeiro grau são singulares, tomadas por um único julgador, e as decisões dos órgãos superiores deveriam ser colegiadas. No entanto, desde a década de 90 do século passado, dentro da ideologia do eficientismo, ampliaram-se os poderes do relator, de modo que decisões monocráticas tornaram-se comuns nos Tribunais.

422 Jurisprudencialmente esta orientação encontra amparo nas decisões do Superior Tribunal de Justiça proferidas nos seguintes casos: REsp 146189 / RJ, RMS 53227 / RS, REsp 1725663 / RS e AgInt no REsp 1837659 / SP.

A Justiça é hierarquizada e fortemente centralizada, estando os tribunais concentrados nas capitais e grandes centros. Aliás, historicamente o Judiciário tem duas características bem marcantes, ele é hierárquico e formal⁴²³. Esta estrutura é mantida embora a Emenda Constitucional nº 45/2004, marco importante na história da Justiça Brasileira, tenha incluído a descentralização expressamente no texto constitucional⁴²⁴. As câmaras regionais não foram instaladas nos últimos 20 anos e não há qualquer perspectiva que o sejam no futuro próximo. Em que grau esta estrutura judicial afeta o enfrentamento do litigante habitual é algo desenvolvido adiante.

Em termos político-organizacionais, nos últimos anos tem ganhado ênfase o discurso da eficiência da Justiça⁴²⁵, o que será chamado neste trabalho de eficientismo. Há uma preocupação com a “gestão” dos processos e a necessidade de atacar a taxa de congestionamento⁴²⁶. Existe uma crença de que há muitos processos no Brasil, de uma litigiosidade excessiva. Então aquele discurso do acesso à Justiça tão típico da década de 80 e 90 do século

423 “Modelos mais hierárquicos ou autoritários opõem-se aos mais participativos e modelos mais formais opõem-se a modelos informais. O processo judicial de tradição romano-germânica, por exemplo, enquadra-se dentre os modelos hierárquicos e formais, típicos de Estados burocráticos legalistas de matriz weberiano” (SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 50).

424 “O Tribunal de Justiça poderá funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo” (Art. 125, § 6º, CF).

425 “Duas tendências político-organizacionais se destacam na legislação processual de 2015, estruturantes o suficiente para abarcar as demais: uma premissa geral de eficiência e a ampliação do controle das partes sobre o processo. Junto a elas, mas menos inédita, aparece a interminável busca pela redução das formalidades excessivas do processo, velho desafio das políticas judiciárias brasileiras desde os tempos imperiais” (SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 211).

426 “A gestão constrói processos preocupada em maximizar os resultados de eficiência; a justiça desses processos praticamente é irrelevante” (SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 222).

passado⁴²⁷, encontra-se extremamente enfraquecido⁴²⁸. Com efeito: "A tônica ora predominante não é a da ampliação dos serviços de Justiça a conflitos e partes por ela não atendidos, mas a de conformar seu acesso às capacidades estruturais do sistema"⁴²⁹.

O que importa é a eficiência, são os números, é o aspecto quantitativo. Confunde-se o valor justiça com o valor eficiência. A seguinte passagem bem representa esta ideia:

Como dito, se os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (i.e. eficiência). Não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta, por isso, não consigo vislumbrar qualquer conflito entre eficiência e justiça, muito pelo contrário, uma é condição de existência da outra.⁴³⁰

427 "As propostas de Cappelletti e Garth foram amplamente difundidas no Brasil e inspiraram políticas e leis para a assistência jurídica aos necessitados, a proteção de interesses coletivos e a criação de procedimentos diferenciados — como os Juizados Especiais e os métodos 'alternativos' de solução de conflitos, especialmente a arbitragem e mediação" (SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 53).

428 "[...] a expressão "acesso à justiça" não pode ser interpretada apenas em seu sentido estrito, mas contempla interpretação extensiva para que alcance todos os seus significados. Dentre eles, devem ser destacados: i) o ingresso em juízo; ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos); vi) amplos meios de autocomposição do litígio para, inclusive, inibirem a judicialização de demandas" (CAMBI, Eduardo; CORRALES, Eluane de Lima. Neoinstrumentalismo do processo? Expansão dos métodos atípicos de resoluções de conflitos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 1. Janeiro a Abril de 2018, p. 89).

429 SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 127.

430 GICO JR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n° 1, p. 7-33, Jan-Jun de 2010.

Para enfrentar esta “litigiosidade excessiva”, ao invés de fortalecer o modelo da tutela coletiva⁴³¹, dispersando o poder, criando desvantagens ao litigante habitual, optou-se pela centralização do regime dos repetitivos, com o fortalecimento dos tribunais superiores. Como isto impacta o enfrentamento do litigante habitual é algo abordado adiante.

O atual Código de Processo Civil de 2015 foi elaborado para harmoniosamente se adequar ao texto constitucional⁴³². O seu teor democrático é algo complexo e não merece visões reducionistas e muito menos estereotipadas. Há neste novo código uma ambivalência muito forte.

Entre continuidades e rupturas, o Código de Processo Civil fortaleceu o convencionalismo processual⁴³³, sendo exemplo disso os negócios jurídicos processuais (art. 190, CPC), diminuiu o formalismo, sendo representativo disso o princípio da primazia do julgamento de mérito (art. 4º e 317, CPC), e fortaleceu a jurisprudência dos tribunais superiores, como quando obrigou o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (art. 927, IV, CPC).

431 “A tutela dos interesses coletivos, expoente da segunda ‘onda’, também não recebeu do Código grande incentivo. O Código optou por coletivizar o julgamento em vez do processamento, o que tem efeitos sensíveis em termos de acesso à justiça” (SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 134).

432 Conforme o artigo 1º, do Código de Processo Civil de 2015: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

433 “A possibilidade de convenção sobre regras processuais tende a favorecer a parte com melhores condições de litigar em juízo, maior experiência, capacidade técnico-jurídica etc — o que, no Brasil, é o chamado ‘grande litigante’, cuja presença e uso do Judiciário já são altamente concentrados” (SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 263).

Tentou-se criar no âmbito do processo civil um “sistema de precedentes” com inspiração no direito norte-americano⁴³⁴. Supostamente súmulas e temas repetitivos suscitariam menos conflitos interpretativos do que os textos de lei e poderiam amenizar um “grande” afluxo de novas ações. Na prática, os próprios tribunais superiores têm dificuldade de seguir seus precedentes⁴³⁵.

O Código de Processo Civil de 2015 não trouxe dispositivos para combater a desigualdade entre os litigantes. Ou seja, seu *design* desconsidera esta realidade econômico-social. Mantém-se a mesma ideologia das legislações processuais anteriores, de uma igualdade processual formal. O processo civil brasileiro ainda parte da premissa de que as normas processuais não deveriam compensar as assimetrias entre um consumidor e um banco, por exemplo. Na verdade, o modelo é construído como se tais assimetrias não existissem. Com efeito: “As características da jurisdição e o modo como funcionam, bem como o modo como são elaboradas as leis processuais, tendem a ampliar a assimetrias entre os litigantes repetitivos e os eventuais, em vez de reduzi-las”⁴³⁶.

Emblemático o teor do artigo 7º, do Código de Processo Civil: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”. Ora, a paridade

434 “[...] a inserção de uma lógica de julgamento por precedentes pelo Código de Processo Civil de 2015 decorre da influência do sistema *common law*. A dúvida recai no grau de absorção que nosso sistema realizará dessa metodologia de longa tradição histórica nos países de origem inglesa, principalmente no que se refere à criação do direito pelo juiz, característica do *common law* que pratica o *judge-made law*” (CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Sistema de precedentes brasileiro: compreensão crítica a partir da tradição inglesa e norte-americana. **Prisma Jur.**, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 83-116, 2018).

435 “No Brasil, a força vinculante dos precedentes é mitigada, quando o próprio STF e o STJ deixam de respeitar e seguir, com rigor, suas próprias decisões” (CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. Casuísmo judiciais e precedentes judiciais. **Repro**, vol. 248, outubro/2015).

436 SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 72.

de tratamento entre litigantes desiguais, extremamente desiguais, só pode ter um resultado em escala: injustiça. A leitura crítica do mencionado artigo 7º revela não uma norma de justiça e equidade, pelo contrário, uma regra conservadora, capaz de manter as vantagens que certos litigantes detêm.

Veja-se que o Código de Processo Civil de Portugal (Lei n.º 41/2013) já enuncia a necessidade de observar uma igualdade substancial entre as partes nos termos de seu artigo 4º: "O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais"⁴³⁷. E estabelece que "sociedades comerciais" com 200 ou mais ações têm uma "taxa de justiça" diferenciada (art. 530º, item 6, do Código de Processo Civil de Portugal).

O Código de Processo Civil de 2015 não versa sobre o litigante habitual. Ele é invisível na estrutura normativa atual. A perspectiva adotada é que o problema do sistema são as "demandas", um excesso de utilização do Judiciário pela população brasileira. Deve-se combater as demandas repetitivas e não o litigante habitual.

Em pleno século XXI, no Brasil, o processo civil ainda não viveu a transformação que ocorreu no Direito Civil no século XX, com o reconhecimento das vulnerabilidades e a construção de um arcabouço normativo para reequilibrar o jogo de forças. E não há qualquer perspectiva que isto mude nos próximos anos.

Quanto à marcha processual, ela é sequencial, impulsionada oficialmente, ainda com um forte traço inquisitorial, com a condução centralizada na autoridade judicial, aplicando-se a regra

437

PORTUGAL. Lei n.º 41/2013. "Aprova o Código de Processo Civil". Diário da República n.º 121/2013, Série I de 2013-06-26. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575>. Acesso em 10 de abril de 2025.

da preclusão⁴³⁸. Existem fases bem definidas e o ápice em primeiro grau é a prolação da sentença. Depois se desenvolve toda uma fase recursal, cuja jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores coloca em relevo os Tribunais locais.

Lembre-se que o grau de virtualização é alto no Brasil, já tendo chegado a 86% dos processos em tramitação⁴³⁹. O impacto disto no enfrentamento do litigante habitual também precisa ser considerado no campo estratégico.

O raciocínio estratégico apenas pode ser desenvolvido a partir de um bom conhecimento das regras do jogo e do *design* processual brasileiro, por isso o conhecimento tradicional já desenvolvido nos livros pela ciência processual é imprescindível, mas deve ser visto criticamente, evitando-se idealizações tão comuns no discurso jurídico.

2.3.3 O LITIGANTE HABITUAL E SUAS VANTAGENS

A noção de “litigante habitual” não é um conceito jurídico ou processual no direito brasileiro. Ela não aparecia no Código de Processo Civil de 1973, não aparece no Código de Processo Civil de 2015, e muito menos aparece nas demais leis que compõem nosso sistema processual civil. Trata-se de conceito da sociologia jurídica que tem despertado importantes debates políticos. Com efeito “A judicialização no Brasil é composta basicamente por disputas entre

438 “O procedimento brasileiro apresenta a característica da rigidez. É dividido em fases, sendo inadmissíveis, em princípio, retrocessos não permitidos em lei. Embora não se trate de divisões estanques, o legislador não admite idas e vindas — isso para possibilitar o normal desenvolvimento do processo e evitar atos protelatórios” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 134).

439 BRASIL, CNJ, Sumário executivo — Justiça em Números 2023.

'davis' e 'golias'""⁴⁴⁰. O Conselho Nacional de Justiça, principal órgão para estudo de políticas públicas no Poder Judiciário brasileiro, monitora os litigantes habituais há muitos anos⁴⁴¹.

Deve-se esclarecer desde o início que nem toda empresa, nem todo fornecedor, é um litigante habitual. Aliás, o Brasil tem muitas microempresas e empresas de pequeno porte que não detêm um departamento jurídico e muito menos uma advocacia de representação contínua. Ou seja, não há identidade entre as noções de fornecedor e litigante habitual.

Esta distinção é relevante, pois em termos políticos, o litigante habitual coopta a opinião pública ao se comparar com o dono da padaria da esquina. Então quando se propõe a criação de um tipo de "*punitive damages*" no sistema jurídico brasileiro⁴⁴², ainda muito aquém daquele previsto nos EUA, que atingiria diretamente os litigantes habituais, propaga-se o alarde de que todo o empresariado será afetado e que, então, os fornecedores precisam se unir contra a referida proposta.

Então teorizar sobre litigantes habituais não é teorizar sobre toda e qualquer empresa ou sobre todo e qualquer fornecedor, mas sobre uma parcela bem específica, justamente aquela que mais lesões e prejuízos causa à população de consumidores.

Uma obra muito referenciada sobre o tema é o artigo "*Why the 'Haves' Come Out Ahead*" do professor norte-americano Marc

440 SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 175.

441 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/28383cca082cb68ac79144e7b40f5568.pdf>. Acesso: 20 de maio de 2025.

442 O "Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil" prevê a criação de um artigo 944-A no Código Civil, versando sobre a indenização do dano extrapatrimonial, que possibilita a fixação de uma "sanção pecuniária de caráter pedagógico" em até 4 vezes o valor do dano moral fixado, nos casos de dolo, culpa grave e reiteração de conduta danosa.

Galanter, publicado em 1974⁴⁴³. Ela apresenta a hoje clássica distinção, em uma tipologia ideal, entre o “*repeat player*”, traduzido como “jogador habitual” ou “litigante habitual” e o “*one shooter*”, traduzido como “participante eventual” ou “litigante eventual”. A maior contribuição de Galanter não foi a constatação desta divisão, mas a demonstração teórica que o litigante habitual tem vantagens estruturais no Sistema de Justiça.

O artigo de Galanter insere-se dentro do movimento *Law and Society* ao lado de outras correntes críticas como a *Critical Legal Studies*⁴⁴⁴. Para os críticos, o direito é um instrumento de poder que reflete e reforça os interesses das elites econômicas e políticas, em vez de garantir a justiça ou a igualdade. Teóricos como Duncan Kennedy e Roberto Mangabeira Unger, associados ao *Critical Legal Studies*, aprofundaram essas críticas, argumentando que o direito não apenas reflete a ideologia dominante, mas é moldado por ela para garantir que a distribuição desigual de poder e recursos permaneça intacta.

Naquele período, nos EUA, uma outra escola se desenvolvia à luz dos trabalhos de Richard Posner, a análise econômica do direito. Esta menção é importante, porque a matriz teórica das duas escolas é bem distinta, e atualmente no Brasil há um grande avanço justamente da análise econômica do direito⁴⁴⁵, em detrimento do discurso crítico.

Enfim, no pensamento crítico a desigualdade é um fator fundamental. Há uma primeira ideia muito relevante, de que não haveria

443 GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente**. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

444 “[...] a *Critical Legal Studies* tem por finalidade, de um lado, denunciar as tensões e as contradições entre ‘os ideais normativos e a estrutura social’ e, de outro, questionar interdisciplinarmente ‘as formas abaixo das quais o Direito exerce seu papel institucional nos processos de integração e estabilização dos fenômenos de poder na sociedade’ (WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37).

445 V.g. WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

como corrigir a Justiça sem antes corrigir a sociedade. Em uma sociedade extremamente desigual, que proporciona vantagens aos que têm maior capital econômico, cultural, social e simbólico, esta desigualdade afetaria também o Sistema de Justiça na mesma proporção⁴⁴⁶. Não se pode esperar que o processo civil deixe de espelhar as características da sociedade na qual ele se desenvolve. Ou seja, a Justiça não estaria imune aos efeitos da desigualdade da sociedade. Logo, ela reproduz a injustiça própria da sociedade existente. A única forma de deixar o Judiciário mais justo seria combatendo exatamente esta desigualdade na origem, na própria sociedade. Registre-se que este tipo de análise não é exclusividade da *Critical Legal Studies* e aparece em muitos outros pensadores (v.g. Pierre Bourdieu⁴⁴⁷).

Este tipo de argumento incomoda o *status quo*, já que impõe uma transformação social abrangente em prol dos menos favorecidos e contra, por óbvio, a todos os privilegiados, justamente aqueles que mantêm a sociedade exatamente como está. Aponta, portanto, para uma transformação social ampla que modifique as próprias bases da sociedade, de modo capaz de afetar a sua estrutura.

Este problema estrutural não impede que se analise especificamente como a desigualdade se apresenta no Sistema de Justiça e, então, a partir desta compreensão se avance em prol dos menos favorecidos. Ou seja, como a Justiça reproduz a desigualdade da sociedade, diante desta realidade, é possível pensar mecanismos

446 "Ainda que as leis conseguissem um balanço isonômico perfeito, as diferentes capacidades jurídicas e financeiras dos litigantes e de seus representantes, desequilibrariam a disputa, resultando afinal em desigualdade e injustiça na aplicação da lei" (SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 66).

447 "[...] o conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das 'regras possíveis'; e de os utilizar eficazmente, quer dizer, como armas simbólicas, para fazerem triunfar a sua causa; o efeito jurídico da regra, quer dizer, a sua significação real, determinada-se na relação de força específica entre os profissionais, podendo-se pensar que essa relação tende a corresponder (tudo o mais sendo igual do ponto de vista do valor na equidade pura das causas em questão) à relação de força entre os que estão sujeitos à jurisdição respectiva" (BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 224).

que amenizem este fenômeno. Mas é fundamental, portanto, entender como esta desigualdade se manifesta no seio do processo.

Galanter identifica algumas vantagens que o jogador habitual detém: conhecimento prévio (*expertise*); pronto acesso a especialistas; economias de escala; desenvolvimento de relações informais; interesse na ‘reputação de negociador’; joga com a probabilidade; influencia a elaboração de regras; e disputa regras da própria litigância⁴⁴⁸.

Embora a análise de Galanter tenha sido feita a partir da conjuntura dos EUA da década de 70 do século passado, ela encontra ampla aplicação em outros contextos sociais, mesmo em países historicamente ligados à família romano-germânica⁴⁴⁹. Há certas semelhanças entre a realidade norte-americana e a brasileira que permitem não o simples transplante daquele estudo mas sua assimilação dentro das peculiaridades nacionais⁴⁵⁰.

Conquanto o estudo de Galanter date de 1970, pesquisas posteriores e mais atuais confirmaram sua consistência teórica. Há pesquisa de 2010 de Bahaar Hamzehzadeh, com metodologia empírica, analisando vários litígios trabalhistas envolvendo a empresa Wal-Mart de 1970 a 2000⁴⁵¹. Ele concluiu pela posição predominante do litigante habitual e o seu maior índice de sucesso nas cortes norte-americanas.

448 GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente**. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

449 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

450 “Essa constatação fundamental — da diferença de resultados alcançados por determinado tipo de parte — é plenamente aplicável à nossa realidade, pois refletem características similares em nosso sistema jurisdicional. Aqui, como lá, as diferenças materiais das partes no processo podem resultar melhores ou piores resultados nos julgamentos e vantagem na consolidação da posição jurídica da parte vencedora” (SALLES, Carlos Alberto. Os “haves” continuarão à frente? Possíveis impactos de um modelo de litigância tecnológica. In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 156).

451 HAMZEHZADEH, Bahaar. Repeat Player vs. One-Shotter: Is Victory all that Obvious. **Hastings Business Law Journal**, vol. 6, número 1, 2010, Disponível em: https://repository.uchastings.edu/hastings_business_law_journal/vol6/iss1/6

Cabe notar que Galanter é um norte-americano analisando a realidade norte-americana. Por isso, em seu estudo, embora ele evidencie a força do mundo corporativo e das vantagens estruturais das grandes empresas, ele não considera o contexto da globalização e os impactos próprios para o Sul Global. Em outros termos, por exemplo, se a empresa Apple tem vantagens perante a Justiça norte-americana, esta vantagem perante a Justiça brasileira se reproduz nos mesmos moldes? Em grau maior ou menor? Qual é o impacto quando o litigante habitual, além de ser uma grande empresa, é uma grande empresa multinacional? Estes são questionamentos relevantes, que demonstram a maior complexidade do cenário brasileiro, e a necessidade de entender o processo civil dentro de uma perspectiva mais ampla, considerando a própria inserção do Brasil na realidade internacional.

De qualquer forma, a partir de Galanter, vislumbra-se a existência de vantagens estruturais ao litigante habitual que impactam diretamente a atuação da Justiça, sendo um importante ponto de partida para a reflexão e desenvolvimento de dilemas estratégicos.

No Brasil estes litigantes habituais são bem conhecidos. Em 2011 o CNJ traçou o perfil da judicialização no Brasil e constatou que o setor público e os bancos respondiam por quase 80% da litigância⁴⁵². Em 2025 o portal do CNJ “Justiça em Números”⁴⁵³ registrou o seguinte cenário:

Tabela 1 - Casos Pendentes dos 20 maiores litigantes - 2025

Casos Pendentes em 28/02/2025 dos 20 maiores Litigantes (Processos pendentes líquidos e suspensos ou arquivados provisoriamente)			
Polo Passivo		Polo Ativo	
Instituto Nacional do Seguro Social	4,86%	Ministério da Fazenda	2,66%
Caixa Econômica Federal	1,76%	São Paulo Tribunal de Justiça	1,22%

452 SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 170.
453 Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/> — acesso em 24 de abril de 2025.

Banco Bradesco S.A	0,78%	Município de São Paulo	0,90%
Banco do Brasil S.A	0,69%	Banco Bradesco S.A	0,54%
Estado de São Paulo	0,58%	Caixa Econômica Federal	0,47%

Fonte: Conselho Nacional de Justiça - <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/> (2025).

Ou seja, os dados empíricos revelam os dois segmentos que oligopolizam a Justiça Brasileira: o próprio Estado e o mercado financeiro.

Deve-se lembrar que a prestação jurisdicional é mantida pelo Estado enquanto serviço público essencial, e que embora parte dos custos da Justiça sejam suportados pelas próprias taxas que recolhe, ou seja, pelos próprios litigantes, há uma parcela que acaba sendo subvencionada pelos cofres públicos⁴⁵⁴, afetando diretamente os bolsos dos contribuintes. Além de prejudicar os cofres públicos, o litigante habitual afeta a própria imagem da Justiça, deteriorando-a enquanto importante agente da democracia⁴⁵⁵. Ou seja, a perpetuação da litigância habitual impacta não só os diretamente envolvidos com estes processos, mas a sociedade como um todo.

454 "Subsidiar a litigância é justamente o que o Brasil vem fazendo nos últimos anos, quando (a) criou os juizados especiais de pequenas causas, nos quais não é necessário um advogado e não há custas processuais; (b) criou a defensoria pública (advogados públicos pagos pelo contribuinte); (c) criou a assistência judiciária gratuita — AJG (possibilidade de não pagamento das custas processuais — mesmo na justiça comum —, nem dos honorários de sucumbência); (d) manteve o sistema de custas processuais abaixo do custo social de cada processo etc.Tudo isso significa que é o contribuinte quem arca com parte dos custos de cada processo, e não a parte litigante — o que claramente é um subsídio ao litígio e à parte da sociedade que litiga" (GICO JR, Ivo Teixeira. O capital jurídico e o ciclo da litigância. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, jul-dez 2013, p. 435-464).

455 "O excesso de judicialização de demandas e o abuso do direito processual, por parte dos litigantes habituais, associado a ausência de universalidade no acesso à justiça e a lentidão na prestação jurisdicional, são fatores de degradação da legitimação do Poder Judiciário perante a sociedade brasileira contemporânea" (CAMBI, Eduardo; CORRALES, Eluane de Lima. Neoinstrumentalismo do processo? Expansão dos métodos atípicos de resoluções de conflitos. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 1. Janeiro a Abril de 2018, p. 92).

Enquanto a academia mostra-se omissa no estudo da estratégia, as grandes bancas de advocacia, que inclusive atuam junto aos Tribunais Superiores, pensam estrategicamente todo o tempo e o tempo todo, e inclusive detêm uma *expertise* diferenciada em relação a outros jogadores.

Os litigantes habituais contam com advocacia de representação constante⁴⁵⁶, especializada, com grandes recursos humanos e econômicos, com acompanhamento integral dos processos, do início aos recursos aos tribunais superiores, e também encontram-se organizados através de associações específicas (v.g. Febraban). Têm totais condições de dissuadir consumidores e seus advogados pela demora e custo do processo.

A mera representação por advogado não é suficiente para neutralizar a assimetria existente, podendo apenas amenizá-la⁴⁵⁷. No entanto, há estudo demonstrando que “Partes com advogados se saem melhor”⁴⁵⁸. Por isso, uma forma inadequada de enfrentar litigantes habituais no Sistema de Justiça brasileiro é fazê-lo sem representação técnica. As vantagens do litigante habitual potencializam-se quando o consumidor não tem advogado.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal reconheceu unanimemente a constitucionalidade do artigo 9º, da Lei 9.099/95

456 “Não só essas entidades tendem a ser vencedoras na maioria das ocasiões, mas também são mais preparadas para lidar com as contingências legais anteriores às transações ou à disputa. A condição jurídica superior dessas pessoas artificiais deriva em boa medida da escala e da continuidade com que recorrem a serviços jurídicos: elas podem planejar transações antecipadamente, seja empregando serviços jurídicos especializados, utilizando inteligência avançada, desenvolvendo expertise ou cultivando relações informais facilitadoras com os incumbentes institucionais” (GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade em expansão. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun., 2015).

457 “O advogado, em si um ‘jogador habitual’, tem condições de neutralizar a assimetria entre as partes. Entretanto, o efeito é pequeno, já que ambas as partes podem estar acompanhadas de advogados. Além do que, advogados também são diferentes entre si” (SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 71).

458 GALANTER, Marc. Por que “quem tem” sai na frente. São Paulo: FGV Direito SP, 2018, p. 72.

(Lei dos Juizados Especiais Estaduais), no julgamento da ADI 1539, relatada pelo Ministro Maurício Corrêa, admitindo que o consumidor litigue no Juizado em causas até 20 salários mínimos sem qualquer assistência técnica.

Aliás, diante da atual febre acerca dos meios alternativos de resolução de disputas, é importante enfatizar que nada indica que os litigantes habituais percam suas vantagens neste cenário. Cabe mencionar o chamado efeito Mateus⁴⁵⁹, bastante citado em livros de negociação. Trata-se da ideia de que não há como o mais fraco se sair bem ao barganhar com o mais forte⁴⁶⁰. A imposição da conciliação não é a saída para todos os problemas, pois “Não é porque as corporações levam vantagem no processo adjudicatório tradicional que sua substituição por mecanismos consensuais vai modificar o cenário”⁴⁶¹.

A desigualdade entre litigantes se manifesta bastante pelo aspecto econômico. O custo marginal dos processos para o litigante habitual é muito inferior do que para o litigante eventual. A manutenção de uma estrutura de representação jurídica pré-estabelecida, seja em departamento jurídico próprio ou mediante contrato de prestação de serviços (terceirização), faz com que uma nova ação

459 O nome tem origem em passagens do Evangelho de Mateus como o capítulo 13, versículo 12: “Pois ao que tem se lhe dará, e terá em abundância; mas ao que não tem, até o que tem lhe será retirado,” ou capítulo 25, versículo 29.

460 “[...] tipicamente a maior porção relativa do produto conjunto é atribuída ao ator mais forte. Esse é o ‘efeito Matthew’ na teoria da negociação; ao que já tem, mais será dado. Para um ator pobre, mesmo um pequeno ganho é tão importante que ele pode contentar-se com isso; um ator rico, pelo contrário, pode dizer com equanimidade: ‘é isso, ou então nada feito’” (ELSTER, Jon. **Marxismo, funcionalismo e teoria dos jogos**. Lua Nova, número 17, São Paulo, junho de 1989, p. 36).

461 TAKAHASHI, Bruno Galanter e a litigiosidade: uma reapresentação. In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 117.

impacte pouco o planejamento financeiro da empresa⁴⁶². Já para o consumidor, que muitas vezes sequer tem tempo livre para conseguir ser atendido por um advogado, os custos com este profissional impactam diretamente seu orçamento doméstico, colocando-o sempre em uma situação de considerável desconforto financeiro.

Esta limitação econômica, somada à estrutura hierarquizada e centralizada do Poder Judiciário, impede os consumidores de acompanhar e exercer pressão nas causas durante a fase recursal, tanto em sede de Tribunal local quanto perante os Tribunais Superiores.

Já foi mencionado que a partir de 2010 o Superior Tribunal de Justiça passou a decidir sistematicamente de modo contrário à proteção dos consumidores⁴⁶³. De fato: “Em pesquisa empírica realizada, constatou-se que os recursos repetitivos decididos pelo Superior Tribunal de Justiça desfavorecem os autores em quase 60% dos casos que tratam de Direito Bancário e quase 70% dos relativos a direito do consumidor em geral”⁴⁶⁴. Estes dados demonstram a força dos advogados corporativos no Superior Tribunal de Justiça e como seu trabalho tem surtido efeito. Revelam também que os consumidores isolados, sem organização, não têm condições alguma de contrabalançar este jogo.

462 “Quanto maior for o número de causas, menor será o seu custo unitário para o litigante habitual. Os lesados, por outro lado, só têm uma chance de vitória, que é a do seu próprio caso, o qual enseja interesse econômico diminuto e, com isso, poucos investimentos no desenvolvimento da causa” (VITORELLI, Edilson. Por que ‘quem tem’ sai na frente também no processo coletivo: considerações à luz da Análise Econômica do Direito. *In: Acesso à justiça, direito e sociedade: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter*. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 254).

463 RUZON, Bruno Ponich. Consumidor nem sempre tem realidade cor-de-rosa nas decisões do STJ. **CONSULTOR JURÍDICO (SÃO PAULO. ONLINE)**, v. 29/01/2017, p. 1, 2017.

464 VITORELLI, Edilson. Por que ‘quem tem’ sai na frente também no processo coletivo: considerações à luz da Análise Econômica do Direito. *In: Acesso à justiça, direito e sociedade: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter*. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 261.

Inclusive a manipulação da Justiça dá-se antes mesmo de se chegar aos Tribunais Superiores, mediante estudos de jurimetria⁴⁶⁵ para que a jurisprudência seja produzida exatamente nos moldes desejados pelos litigantes habituais. Eles podem levar a julgamento apenas os casos com maior probabilidade de decisões favoráveis⁴⁶⁶. Esta manipulação é feita mediante a seleção de causas para celebração de acordos. Nas palavras de Edilson Vitorelli:

Ciente das chances de êxito de determinada demanda, o litigante habitual pode passar a se comportar de maneira estratégica, oferecendo, seletivamente, a celebração de acordos apenas para as vítimas que tenham maiores chances de vitória. Essa conduta lhe acarreta uma dupla vantagem. Primeiro, ele economiza recursos, fazendo acordos apenas nos casos em que potencialmente seria derrotado. Segundo, ele eleva as chances de proliferação de decisões favoráveis as suas teses, fazendo com que, como o tempo, a jurisprudência se incline a seu favor e, com isso, reduza o percentual de casos com chances significativas de vitória.⁴⁶⁷

Não se trata de “teoria da conspiração”, ou mera especulação teórica, mas de fato empiricamente já demonstrado. Este tipo de comportamento foi concretamente constatado em demandas trabalhistas envolvendo motoristas de aplicativos de transporte⁴⁶⁸. As empresas de aplicativos evitavam que os casos fossem julgados por certas turmas da Justiça Trabalhista, ofertando acordos substanciais nestes, dei-

465 Sobre jurimetria vide: NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

466 GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente**. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

467 VITORELLI, Edilson. Por que ‘quem tem’ sai na frente também no processo coletivo: considerações à luz da Análise Econômica do Direito. *In*: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 257.

468 ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LEME, Ana Carolina Reis Paes. Litigância manipulativa da jurisprudência e plataformas digitais de transporte: Levantando o véu do procedimento conciliatório estratégico. *In*: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, v. 10, número 95, 2012.

xando os demais ir para julgamento. Com o tempo, apenas acórdãos favoráveis a suas teses seriam produzidos e, então, os juízes de primeiro grau, pautando seus julgamentos em tais acórdãos passariam a produzir sentenças também sempre favoráveis ao litigante habitual. A estratégia gera um círculo virtuoso em favor do litigante habitual e torna muito difícil a reversão da situação no campo da jurisprudência.

Isto explica por que o advogado consumerista às vezes tem dificuldade de encontrar julgados a seu favor, sobretudo quando envolvem litigantes habituais. Lembre-se que o ambiente judicial é complexo, incidindo o princípio da incerteza, de modo que os litigantes habituais não têm o total controle da formação da jurisprudência. No entanto, eles conseguem influenciá-la consideravelmente.

Novos fatores potencializaram as vantagens dos litigantes habituais. Um deles diz respeito à digitalização dos processos e virtualização da Justiça. Na época do clássico artigo de Galanter os processos tinham um suporte físico, os “autos”. Hoje já não é mais assim. O grau de virtualização é alto no Brasil, já tendo chegado a 86% dos processos em tramitação⁴⁶⁹.

Esta virtualização diminuiu o “custo de transação”⁴⁷⁰ para os litigantes habituais, que antes tinham em cada processo um custo de acompanhamento, bem como custos com deslocamento ou contratação de um advogado substabelecido para realização de audiências conciliatórias ou de instrução, e prática de outros atos. Todos estes valores entravam no cálculo econômico da empresa o que, muitas vezes, tornava o acordo a melhor saída.

469 BRASIL, CNJ, Sumário executivo — Justiça em Números 2023.

470 A expressão não é aqui utilizada em seu sentido estritamente técnico de “[...] custos necessários para a realização de contratos de compra e venda de fatores num mercado composto por agentes formalmente independentes” (SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do Século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 217).

A redução deste “custo de transação” também afetou o lado dos consumidores, e o exemplo mais contundente é a possibilidade de sustentação oral *on line*. Como os Tribunais estão centralizados, para uma sustentação oral o consumidor teria que suportar custos de deslocamento do advogado até a capital ou então com a contratação de um advogado de lá para isso. Agora, é possível sustentar virtualmente mesmo no município no interior do Estado.

Logo, embora a virtualização tenha proporcionado benefícios aos litigantes em geral, como o “custo de transação” do deslocamento pesava mais para o litigante habitual e proporcionava vantagem ao consumidor em demandas de baixo valor, verifica-se que o litigante habitual foi o mais fortalecido neste cenário de virtualização.

Por fim, esta é uma premissa fundamental: o litigante habitual sempre está em vantagem durante o processo civil. A não ser que haja mudanças significativas na sociedade e no modelo do processo civil ele continuará com esta vantagem. Nada do que será explicado e desenvolvido nesta tese é capaz de inverter esta realidade estrutural. Isto não torna a discussão sobre estratégia irrelevante, pelo contrário, coloca-a em primeiro plano, pois é o instrumento que o mais fraco tem para melhorar sua performance.

2.3.4 OS CONSUMIDORES E SUAS MÚLTIPLAS LIMITAÇÕES

Enfrentando os litigantes habituais estão os consumidores. Geralmente eles são compreendidos em uma perspectiva universalizante. No discurso do presidente norte-americano John F. Kennedy de 15 de março de 1962, mencionando como importante marco histórico⁴⁷¹, afirmou-se que todos nós somos consumidores.

471

SODRÉ, Marcelo Gomes. A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009; MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. São Paulo: Thomson Reuters, 2019;

De fato, como o conceito jurídico de consumidor abrange não só quem adquire um produto e serviço, mas também quem o utiliza, tanto um bebê de 6 meses com suas fraldas descartáveis quanto um idoso acamado com seus medicamentos são consumidores. Como a legislação brasileira admite a pessoa jurídica como consumidora, até mesmo grandes empresas podem ser contempladas com este *status*.

No entanto, em uma visão crítica e também da complexidade, é fundamental ter em mente que não existe apenas “o” consumidor. Trata-se de uma realidade plural, com toda uma plêiade de diferenciação, quanto à idade, gênero, raça, condição de saúde, e também renda.

O consumidor rico, o da classe média e o pobre não recebem o mesmo tratamento do mercado e esta diferenciação sequer é feita ocultamente. Os bancos operam com seu segmento privado (*private*) com as agências “*premium*” (estilo, *personalité*, *select*, etc) e com as demais agências. As operadoras de cartão de crédito, as companhias aéreas etc. operam pela mesma lógica. A segmentação por classes, A, B, C, D é detalhadamente estudada por todos os ramos do saber empresarial (Administração, *Marketing*, *Design* etc.).

Esta divisão em classes é acentuada pela grande desigualdade brasileira, que é relativamente estável na nossa história⁴⁷². Em uma ponta há grande concentração de renda e na outra aqueles excluídos do próprio consumo. Oportuno diferenciar pobre

472

“As estimativas com base nos dados tributários apontam, a menos até agora, uma inequívoca estabilidade da concentração no topo nos últimos anos. A maior permeabilidade do Estado às reivindicações das camadas mais pobres resultou mais em uma acomodação do que em uma reviravolta no seu padrão de atuação. Como discutido no Capítulo 6, muitos privilégios foram mantidos ou reforçados, e algumas dimensões estruturais tampouco passaram por grandes transformações. No limite, é razoável postular que a democracia pode servir mais para conter o aumento de nossa desigualdade do que para reduzi-la” (SOUZA, Pedro H.G. Ferreira de. **Uma história da desigualdade**: a concentração de renda entre os ricos no Brasil, 1926-2013. São Paulo: Hucitec/Anpocs, 2018, p. 379).

e miserável⁴⁷³. Diferentemente do pobre, o miserável não tem nada a oferecer e, portanto, dentro da lógica de mercado, é totalmente descartável. Ele está verdadeiramente excluído do mercado, que não lhe tem qualquer tipo de interesse. O miserável ocupa, portanto, um extremo. Não obstante, comumente se sobrepõem os conceitos de pobre e miserável, causando distorções e minando a consciência de classe. Então: “Hoje em dia, o trabalhador precário não se considera pobre, mas de classe média. Os pobres são apenas os excluídos e marginalizados”⁴⁷⁴.

Neste cenário de complexidade social, no qual os consumidores não compõem uma massa homogênea, deve-se compreender a especial participação da classe média. Isto porque quem compõem os profissionais da Justiça, juízes, servidores, promotores e advogados, e a grande maioria dos clientes do processo civil — é importante esta qualificação, pois a Justiça Criminal e Trabalhista opera com outra base — não são os pobres. Nestes grupos o que se tem é exatamente a classe média.

Seguindo Jessé Souza, deve-se reconhecer a existência de uma “alta classe média” e de uma “massa de classe média”⁴⁷⁵. A maior parte dos juízes integra esta alta classe média⁴⁷⁶. Na advocacia,

473 “O exame do papel atual dos pobres na produção do presente e do futuro exige, em primeiro lugar, distinguir entre pobreza e miséria. A miséria acaba por ser a privação total, com o aniquilamento, ou quase, da pessoa. A pobreza é uma situação de carência, mas também de luta, um estado vivo, de vida ativa, em que a tomada de consciência é possível” (SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2025, p. 151).

474 SOUZA, Jessé. **A classe média no espelho**: sua história, seus sonhos e ilusões, sua realidade. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2018, p. 17.

475 “A alta classe média é o verdadeiro representante, o real ‘capataz’ que, por delegação, exerce a função de comando da sociedade em todos os níveis, mas em nome de uma ínfima elite de proprietários efetivos [...] Já a massa da classe média perfaz o que se costuma denominar classe média baixa ou média — ou ainda, pelos critérios aproximativos de renda, as chamadas classes A e B. Nesse sentido, de acordo com o critério exclusivo de renda, a massa da classe média abrange a maioria da classe A e a totalidade da B” (SOUZA, Jessé. **A classe média no espelho**: sua história, seus sonhos e ilusões, sua realidade. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2018, p. 21).

476 BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros - 2018**. Brasília: CNJ, 2018.

os grandes advogados corporativos também fazem parte desta alta classe média. Não se quer aqui generalizar e muito menos estereotipar, mas apenas demonstrar as tendências existentes.

Em pesquisa realizada no Brasil em 2009, infelizmente não repetida, verificou-se que três fatores são determinantes na reivindicação de direitos: idade, escolaridade e renda⁴⁷⁷. A Justiça é mais acionada por pessoas de 40 a 49 anos de idade, com ensino superior completo e com renda superior a 5 salários-mínimos. Ou seja, a grande clientela da Justiça civil é a classe média.

Todo e qualquer consumidor é vulnerável e sofre certas limitações. Mas elas se apresentam em maior intensidade em pessoas pobres. Por isso as dificuldades adiante indicadas abrangem todos os consumidores, mas se manifestam com mais força na população pobre.

O primeiro desafio é que a pessoa tenha consciência de que teve um direito violado⁴⁷⁸. Como se sabe “[...] para que haja o surgimento de uma disputa, aquele que sofre a ofensa deve se reconhecer como lesado; em seguida, deve ser capaz de atribuir a situação a alguém; por fim é necessário que possa reclamar seu direito perante o suposto ofensor”⁴⁷⁹. Depois, sabendo da violação, a pessoa deve efetivamente se dispor a procurar a Justiça⁴⁸⁰.

477 SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 143.

478 “[...] os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico” (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2013, p. 208).

479 TAKAHASHI, Bruno Galanter e a litigiosidade: uma reapresentação. In: **Acesso à justiça, direito e sociedade: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter**. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 106.

480 “Os dados mostram que os indivíduos das classes baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais, mesmo quando reconhecem estar perante um problema legal” (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2013, p. 209).

A primeira limitação, portanto, diz respeito ao conhecimento dos próprios direitos. A falta de políticas públicas robustas e eficientes impede que boa parte dos cidadãos brasileiros sequer saiba de seus direitos. A manutenção de um exemplar do Código de Defesa do Consumidor nos estabelecimentos comerciais (Lei 12.291/2010) é importante, mas não resolve o problema.

Outra limitação diz respeito ao tempo. Mesmo que a pessoa reconheça a lesão a um direito seu, a manutenção de uma jornada de trabalho grande, como a brasileira, de 8 horas diárias e 44 horas semanais (art. 7º, XIII, Constituição Federal de 1988), se não impede, dificulta em elevadíssimo grau a reivindicação de direitos. Este é um ponto importante e esta pauta precisa ser trazida com mais veemência. O controle do tempo não só afeta a qualidade de vida destas pessoas e retira-lhe o direito ao lazer e ao próprio convívio familiar, mas obstaculiza a própria luta por direitos.

Depois há a limitação estrutural. Ainda que o consumidor perceba a lesão e tenha tempo para reivindicar seus direitos, dificilmente encontrará um Procon eficiente e bem preparado para protegê-lo. Há um déficit de Procons na realidade brasileira⁴⁸¹, e muitos deles limitam o acesso por questões geográficas ou mesmo por matéria. O Procon seria uma ótima saída, pois sem custos para o consumidor e com condições de efetivamente assegurar o seu direito, se adequadamente estruturado e orientado.

Há ainda a limitação econômica. Para reivindicar direitos e ter boas chances de êxito é necessária uma representação profissional, ou por advogados ou por defensores públicos. Aqui é importante ter em mente a distinção entre a realidade normativa e a realidade social. Nos termos da Constituição Federal de 1988 todos os pobres deveriam ser qualitativamente assistidos pela Defensoria Pública.

481

RUZON, Bruno Ponich; BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues. O déficit de Procons no Brasil: empecilho ao direito fundamental da defesa do consumidor? **Revista Brasileira de Direito Comercial**, Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Nov/Jan 2025, ano XI, número 61.

Passados mais de 30 anos, a Defensoria Pública ainda se encontra em um estado deficitário gigantesco. Em pesquisa publicada em 2024⁴⁸², demonstrou-se que o Brasil vive um estado de coisa inconstitucional quanto à implementação da Defensoria Pública, sendo que apenas em 11 unidades federativas, de um total de 27, há cobertura para todas as comarcas. E mesmo nos locais em que ela existe, há um déficit orçamentário em comparação a instituições como o Ministério Público e o próprio Poder Judiciário.

Há muitos advogados espalhados pelo Brasil, mas eles não dão conta de atender os pobres, a não ser que a causa seja rentável. Aliás, mesmo uma pessoa da classe média pode não conseguir representação se a causa não tiver alguma expressão econômica.

O Brasil adota o paradigma da advocacia liberal, sendo o advogado um profissional não ligado aos quadros públicos. No modelo brasileiro, que segue historicamente o francês⁴⁸³ e não o americano, a advocacia não é regulada como uma atividade mercantil⁴⁸⁴.

No entanto, nos grandes centros há décadas a advocacia não é exercida nos moldes estipulados normativamente. Existem muitos escritórios que contam com mais de 100 advogados em seus

482 ESTEVES, Diogo *et al.* **Pesquisa sobre o sistema suplementar de advocacia dativa remunerada no Brasil 2024**, Brasília: DPU, 2024.

483 "Em 14 de dezembro de 1931 foi aprovado o Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil, adotando-se este nome pelo Decreto n. 20.784, cuja redação deve-se a Levi Fernandes Carneiro, primeiro presidente da entidade, com vigência diferida pelo Decreto n. 22.266, de 28 de dezembro de 1932, para 31 de março de 1933. O modelo adotado foi o do Barreau de Paris, tanto para a organização da entidade como para o paradigma liberal da profissão de advogado" (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 4ª Ed., 2000, p. 249).

484 "A lei brasileira optou por rejeitar o modelo anglo-americano das *law firms*, que não se distinguem das demais empresas mercantis, pois destas absorvem a ética dos negócios e dos resultados lucrativos" (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 4ª Ed., 2000, p. 120)

quadros⁴⁸⁵. Trata-se de um destes casos de total descolamento entre a norma e a realidade social. O fenômeno é bem observado em Portugal⁴⁸⁶, na Espanha⁴⁸⁷, mas também no Brasil⁴⁸⁸. Escritórios de advocacia são organizados exatamente como grandes corporações. Nestes escritórios gigantescos o traço econômico é reforçado, mas também na advocacia liberal tradicional o aspecto econômico é fundamental, já que a advocacia é uma profissão.

485 REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Brasil tem 40 escritórios com mais de 100 advogados. Notícia disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-out-29/brasil-40-escritorios-advocacia-100-advogados>. Acesso em 27 de abril de 2025.

486 "Com particular destaque na região de Lisboa, a advocacia portuguesa sofreu transformações mais profundas e céleres nos últimos 20 anos do que ao longo de todo o século XX. Tais alterações são em tudo semelhantes às que tiveram lugar antecipadamente noutros países, com realce para os EUA, onde remontam aos inícios do século XX. Sinteticamente, poderíamos descrevê-las como o resultado da aproximação da profissão ao sistema económico capitalista [...] as mudanças que se fizeram sentir no campo da advocacia tiveram como efeito o fim da hegemonia da forma liberal de exercício da profissão. Com o advento do modelo societário — institucionalizado sob a forma de médias ou grandes sociedades de advogados — o exercício da profissão é permeado pela lógica da empresa capitalista. Nesses loci societários, a prática da advocacia afasta-se significativamente do protótipo liberal"(CHAVES, Miguel, e NUNES, João Sedas. Deontologia e capitalização simbólica na advocacia portuguesa contemporânea. **Revista do Instituto de Ciência Sociais da Universidade de Lisboa**, número 202, volume XLVII, primeiro trimestre, ano de 2012, p. 114-145).

487 "Os gabinetes jurídicos transnacionais se criaram partindo de modelos norte-americanos de exercício do direito, a cargo de firmas. Estas são empresas a serviços jurídicos em cuja cúspide há uns poucos advogados que detêm a propriedade ou o controle do escritório, com numerosos advogados associados responsáveis de setores de atividade determinados ou com clientela especiais, ademais de juristas contratados por razões de prestígio e relações sociais e de outros especialistas, e um número muito maior ainda de advogados assalariados, aos quais se encomendam parcelas de cada assunto" (CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 285).

488 "O segundo caso estudado é o de Tozzini, Freire, Teixeira e Silva Advogados (TFTS), escritório de advocacia fundado em 1976, em São Paulo (SP). Atualmente conta com mais de 1000 pessoas integrando suas equipes de trabalho, sendo aproximadamente 360 advogados, dos quais 61 são sócios. Teve um impressionante crescimento nos últimos 8 anos, experimentando um aumento de quase 1000% no número de advogados. Além da sede em São Paulo, possui escritórios filiais no Rio de Janeiro (RJ), Brasília (DF), Porto Alegre (RS), Fortaleza (CE), Recife (PE), Natal (RN), João Pessoa (PB), e uma unidade internacional em Nova York (EUA)" (HAPNER, Paulo Afonso Manfredini. **O Estado organizacional dos grandes escritórios de advocacia do Brasil**: dois estudos de caso. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial). Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2002, p. 105).

Embora exista a chamada advocacia *pro bono*⁴⁸⁹, contratos de prestação de serviços advocatícios são celebrados com o propósito de remuneração do advogado contratado pelo trabalho realizado. Ou seja, há sim um fator econômico em cada contratação. Por isso, existem causas, aliás, muitas causas, que são economicamente inviáveis, seja porque a quantidade de trabalho a ser empreendida pelo advogado é muito superior a uma eventual remuneração possível, seja porque o proveito econômico da causa para a parte é inferior à remuneração do advogado.

De acordo com a atual Tabela de Honorários Advocatícios do Estado do Paraná⁴⁹⁰, para uma ação cível (pelo procedimento ordinário) a remuneração do advogado deve ser de no mínimo 10% do proveito ao cliente, ou então no mínimo R\$ 3.537,08.

Logo, por exemplo, um consumidor que teve recusado por seu plano de saúde um exame no valor de R\$ 500,00 dificilmente conseguiria contratar um advogado. Mesmo que o advogado cobrasse 30% sobre o êxito teria uma remuneração de R\$ 150,00, o que seria totalmente insuficiente para compensar o trabalho a ser desenvolvido. Esta causa só se tornaria economicamente viável se além dos R\$ 500,00 houvesse a perspectiva de uma condenação em danos morais. Mas como nesta hipótese a jurisprudência nacional inclina-se pela inexistência de danos morais, o que restará para o consumidor é valer-se dos Juizados Especiais, sem advogado mesmo.

Na verdade, como já dito, em um sistema funcional o consumidor deveria ser atendido pelo Procon, órgão administrativo

489 A advocacia *pro bono* encontra-se regulamentada pelo Provimento nº 166/2015 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. É conceituada como "a prestação gratuita, eventual e voluntária de serviços jurídicos em favor de instituições sociais sem fins econômicos e aos seus assistidos, sempre que os beneficiários não dispuserem de recursos para a contratação de profissional". Também é autorizada a prestação para pessoas naturais que não tenham recursos para contratação de advogado.

490 Resolução 08/2025 da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Paraná. Diário Eletrônico da OAB, ano VII, nº 1580, 7 de abril de 2025, p. 138.

próprio para a sua proteção, e deveria ver o seu direito respeitado já na esfera administrativa.

Ainda existe a limitação cultural, que mais atinge a classe pobre, já que muitas vezes advogados são retratados como predadores, fomentadores e aproveitadores de discórdias⁴⁹¹, e a percepção de uma demanda judicial é mal-vista, como se a pessoa estivesse realizando algo eticamente reprovável.

Há também o chamado viés de passividade da vítima⁴⁹². Ou seja, mesmo que a pessoa reconheça a violação, tenha tempo e dinheiro, pode entender que lutar na Justiça não vale o esforço. Aliás, a teoria da análise econômica do direito muitas vezes pressupõe uma neutralidade ao risco. Mas a economia comportamental demonstra a existência de uma geral aversão ao risco pela maior parte das pessoas⁴⁹³. Este fator é reforçado quando se trata de pessoas de baixa renda. Por isso, há uma tendência de não se buscar a Justiça. Embora se exalte em trabalhos acadêmicos que o Brasil tem um número assustador de processos, eles não contemplam a maior parte das violações cometidas diariamente.

Todas estas limitações se manifestam antes, durante e depois do processo, e impactam-no diretamente. Ou seja, não se

491 YARSHELL, Flávio Luiz. Piadas sobre advogados: o que ainda elas nos dizem? In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 352.

492 "[...] qualquer réu pode contar com algum grau de probabilidade (variável em cada caso, seguramente) de que o autor preferirá não enfrentar as dificuldades inerentes ao processo judicial, consistentes em procurar um advogado, custear as despesas processuais, comparecer a audiências e aguardar o resultado, ainda que tenha um valor razoável a ganhar" (VITORELLI, Edilson. Por que 'quem tem' sai na frente também no processo coletivo: considerações à luz da Análise Econômica do Direito. In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 251).

493 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012; THALER, Richard. **Misbehaving - a construção da economia comportamental**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

trata apenas de compreender as vantagens do litigante habitual, mas também as severas limitações do consumidor.

Para a teoria jurídica tradicional: “As partes são tratadas como se fossem igualmente dotadas de recursos econômicos, oportunidades investigativas e habilidades jurídicas”⁴⁹⁴. Mas isto, como se viu, é absolutamente falso.

O advogado do consumidor vive em um cenário de escassez de recursos. De todos os tipos. Não encontra normas claras que amparem seus clientes, não encontra jurisprudência forte a seu favor, não encontra provas, não encontra orçamento para importantes providências, e na maior parte das vezes não encontra uma Justiça protetiva, como determina a ordem constitucional.

Contornar essas limitações é um dos grandes problemas a ser enfrentando dentro de uma abordagem estratégica. As regras do jogo e a argumentação jurídica não dão conta disso sozinhas. É na estratégia que isto precisa ser resolvido.

2.3.5 ADVOGANDO PARA O LADO MAIS FRACO

De um lado os litigantes habituais e do outro os consumidores. Mediando os conflitos judiciais estão os advogados, atuando de um ou outro lado. Como a perspectiva deste trabalho é a do consumidor, o cerne deste tópico é a advocacia que o representa. Ela precisa ser compreendida em sua complexidade. Existem diferentes formas de advogar contra litigantes habituais na perspectiva do consumidor.

É bom lembrar que a advocacia é majoritariamente composta pela classe média. O perfil sociodemográfico da advocacia realizado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 2024 demonstrou que apenas 14% dos advogados têm renda inferior a 2

494

GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente**. São Paulo: FGV Direito SP, 2018, p. 83.

salários mínimos⁴⁹⁵. Com renda superior a 5 salários mínimos há 31% dos advogados. Os outros 45% têm renda de 2 a 5 salários mínimos. Então, a advocacia tende a reproduzir pensamentos e a própria ideologia de uma classe média.

Hoje na advocacia como um todo, e não só no segmento consumerista, existem dois grandes modelos competindo espaço, a tradicional advocacia liberal e uma advocacia “empresarial”. As aspas são necessárias, já que este tipo de advocacia sequer é normativamente permitida pelo Estatuto da Advocacia (art. 16, da Lei 8.906/94). Há na advocacia, como em qualquer outro ramo profissional, certos abismos entre a realidade normativa e a realidade social.

A advocacia “empresarial” não só cresce como recebe significativos estímulos, como a Lei 14.365/2022, que incluiu os artigos 17-A e 17-B no Estatuto da Advocacia, disciplinando a figura do associado. Um ser transmorfo, meio prestador de serviço, meio trabalhador, que é fundamental para o funcionamento dos grandes escritórios. No entanto, a advocacia “empresarial” ainda é quantitativamente menor. Os dados revelam que 72% dos advogados são autônomos e 29% integram alguma empresa ou escritório de advocacia⁴⁹⁶.

Evitando-se generalizar, pode-se afirmar que os litigantes habituais tendem a contratar, no que tange à grande massa de litígios consumeristas, escritórios de advocacia “empresarial”. Por outro lado, os consumidores tendem a contratar escritórios menores, ou mesmo advogados autônomos. Há também, não se pode esquecer, a atuação da Defensoria Pública. Nada impede que um escritório “empresarial” represente um consumidor, e muitos de fato ofertam este tipo de serviço, mas esta não é sua prioridade.

495 OAB NACIONAL, **Perfil adv**: 1º estudo demográfico da advocacia brasileira. (Coord) José Alberto Simonetti, Rafael de Assis Horn, Luis Felipe Salomão. Brasília; Rio de Janeiro: OAB Nacional; FGV Justiça, 2024, p. 33.

496 OAB NACIONAL, **Perfil adv**: 1º estudo demográfico da advocacia brasileira. (Coord) José Alberto Simonetti, Rafael de Assis Horn, Luis Felipe Salomão. Brasília; Rio de Janeiro: OAB Nacional; FGV Justiça, 2024, p. 77.

Os escritórios de advocacia e os advogados autônomos que advogam na área consumerista não o fazem de forma especializada. Sua estrutura não está nem mesmo próxima dos grandes escritórios empresariais (sem aspas porque é bom dar às coisas o nome que elas deveriam ter). Há advogados consumeristas espalhados por todo o Brasil e nosso país não se restringe às capitais. Não é incomum que a ciência do direito seja construída de uma perspectiva dos grandes centros. No entanto, na advocacia, por exemplo, 42% dos advogados atuam exclusivamente no interior, e 46% atuam exclusivamente nas capitais e regiões metropolitanas⁴⁹⁷. Logo, há o advogado consumerista em Curitiba, mas há também aquele de Nova Fátima.

Para construir uma teoria estratégica de enfrentamento do litigante habitual esta realidade precisa ser considerada, já que existem obstáculos próprios na capital e no interior. Suspeita-se que seja menos difícil advogar para o consumidor nos grandes centros, mas não há dados que comprovem esta suspeita.

Existem diferentes formas de exercer uma advocacia em prol do consumidor, podendo-se pensar em causas individuais, de massa e coletivas. O impacto delas para os litigantes habituais é distinto. As que mais têm condições de incomodá-los são as de massa e as coletivas. Por isso, todo o esforço das grandes corporações nos últimos anos tem sido para dismantelar as ações coletivas e frear as causas de massa.

O litígio pela demanda coletiva é muito forte em vários aspectos. Em termos processuais, a ação civil pública conta com gratuidade, não enseja riscos de sucumbência, e sua coisa julgada tem o regime próprio do artigo 103, da Lei 8.078/90. Além disso, quando promovida por associação civil, o Ministério Público pode revelar-se um poderoso aliado. A gestão de uma ação coletiva, apesar de algumas peculiaridades, não exige grandes recursos

497

OAB NACIONAL **Perfil adv: 1º estudo demográfico da advocacia brasileira**. (Coord) José Alberto Simonetti, Rafael de Assis Horn, Luis Felipe Salomão. Brasília; Rio de Janeiro: OAB Nacional; FGV Justiça, 2024, p. 40.

humanos e organização logística. Para além do processo, este tipo de causa desperta interesse midiático e pode provocar clamor público, trazendo vantagens estratégicas neste âmbito. Não se quer romantizar as ações coletivas, elas também têm os seus problemas e obstáculos. Mas como este estudo concentra-se em demandas individuais, não se enveredará por este caminho.

Destaca-se uma vez mais que as ações coletivas perderam força a partir do regime das demandas repetitivas, pois os grandes temas passaram a ser resolvidos *top down*, ou seja, pelos tribunais superiores, invertendo-se a lógica da construção jurisprudencial *bottom up*, mais próxima da realidade dos consumidores.

O litígio pela demanda de massa também tem sua força particular. Embora não haja uma diferença qualitativa em relação às demandas individuais, como se vê na tutela coletiva, existe uma diferença quantitativa que muda a dimensão do jogo. Isto porque uma das vantagens dos litigantes habituais é a economia de escala⁴⁹⁸. Ela reduz o custo marginal dos processos e permite uma atuação estratégica melhor. Quando um escritório atua com ações em massa, aqui compreendidas como aquelas superiores a 200, versando sobre as mesmas questões de direito e fatos, isto amplia os tipos de movimentos possíveis. Mas também exige uma mudança estrutural do escritório. Diferentemente da ação coletiva, a gestão das ações de massa impõe considerável recursos humanos e organização logística. Ou seja, elas dependem de um certo investimento.

O grande volume destas ações, que tendem a crescer exponencialmente após as primeiras sentenças favoráveis, realmente incomoda o litigante habitual, dando significativo trabalho para o escritório que o representa.

498 "Economia de escala, no sentido de maximizarem recursos, na medida em que permitem sua aplicação a um número significativo de casos." (SALLES, Carlos Alberto. Os "haves" continuarão à frente? Possíveis impactos de um modelo de litigância tecnológica. In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 160).

Não é à toa que nos últimos anos surgiu no debate público a expressão “litígio predatório”. Os bancos apostaram muitas fichas no Tema Repetitivo 1198/STJ para frear as ações de massa, sobretudo versando sobre contratações eletrônicas fraudulentas. No entanto, a tese aprovada foi “Constatados indícios de litigância abusiva, o juiz pode exigir, de modo fundamentado e com observância à razoabilidade do caso concreto, a emenda da petição inicial a fim de demonstrar o interesse de agir e a autenticidade da postulação, respeitadas as regras de distribuição do ônus da prova”. O ministro Moura Ribeiro ressaltou que “essa litigância de massa, conquanto apresente novos desafios ao Poder Judiciário, constitui inegavelmente manifestação legítima do direito de ação amparado constitucionalmente”. Eis uma rara derrota dos litigantes habituais no Superior Tribunal de Justiça nos últimos tempos.

Outra investida foi através do Tema Repetitivo 1178/STJ, que versa sobre os critérios para a gratuidade da justiça, ainda em julgamento. O objetivo dos fornecedores aqui é muito claro, criar obstáculos e constrangimentos ao pedido de gratuidade, que no âmbito das ações de massa tem especial relevância.

Já se viu que em litígios individuais há uma tendência de improcedência e este efeito é potencializado no litígio de massa. De fato, a procedência de uma demanda de massa impacta significativamente o Poder Judiciário, razão pela qual o magistrado é influenciado a proferir sentença contrária à pretensão do consumidor. Dar vazão à pretensão e reconhecer o direito significa receber em seu gabinete uma enxurrada de novas ações, aumentando significativamente o volume de trabalho. Por isso, a advocacia de massa tem um alto risco, o que exige do profissional uma precificação adequada, sob pena de “quebrar” o escritório ao praticá-la.

As ações individuais são aquelas para as quais os litigantes habituais encontram-se melhor preparados. Em regra, seus custos já foram incorporados nas finanças da empresa e foram até repassados

aos consumidores. Justamente porque causam pouco impacto nas empresas, as ações individuais são geridas de maneira “*standard*”, sem maiores apuros técnicos, contando com a boa-vontade e todo o controle ideológico já exercido em cima do Judiciário.

Antes de encerrar este tópico, é preciso tecer algumas considerações acerca de uma peculiaridade do Brasil e que se estende a outros países periféricos, dentro de uma economia globalizada, na qual o capital estrangeiro faz frente às instituições nacionais, inclusive ao Sistema de Justiça.

Há uma literatura predominante, tanto internacional⁴⁹⁹ quanto nacional⁵⁰⁰, que adota a ideia de que os litígios são fruto de um desentendimento entre as partes, seja em razão dos fatos seja quanto ao direito aplicável.

Embora esta ideia não seja de todo inadequada e realmente explique muitos dos litígios existentes, ela é incompleta e oculta uma outra importante natureza dos litígios: o comportamento deliberadamente contrário à lei. Ou seja, não é apenas uma diferente interpretação sobre os fatos ou sobre o direito que conduz ao litígio. Muitas vezes, aquele que dá causa ao processo sabe exatamente a realidade dos fatos e a realidade jurídica e tem a exata mesma percepção do autor a seu respeito, mas ainda assim é mais lucrativo seguir com o deliberado descumprimento da lei. Este tipo de comportamento aparece no agir de muitos litigantes habituais, sobretudo em instituições financeiras. Esta resistência é potencializada quando há

499 NIBLETT, Anthony; YOON, Albert. A.I. and the Nature of Disagreement. **PHILOSOPHICAL TRANSACTIONS OF THE ROYAL SOCIETY**, October 31, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4735851> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4735851>

500 “A teoria juseconômica sugere que o litígio é o resultado da incapacidade das partes em alcançar um acordo, e essa incapacidade decorre de estimativas distintas de autor e réu sobre as reais chances de sucesso de cada um (hiato de expectativas) e, portanto, resulta de uma incapacidade em se concordar com o retorno esperado do litígio” (GICO JR, Ivo Teixeira. O capital jurídico e o ciclo da litigância. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, jul-dez 2013, p. 435-464).

interesses de empresas estrangeiras envolvidas, mas também existe em empresas nacionais.

Isto significa que, muitas vezes, o advogado consumerista depara-se com situações de inegável e indiscutível ilegalidade, nas quais inexistente qualquer tipo de margem de discussão acerca dos fatos e acerca do direito. Mas ainda assim a situação não é resolvida administrativamente e a empresa resiste em oferecer um acordo após o ajuizamento da ação.

Os exemplos estão espalhados pelo cotidiano das relações consumeristas contemporâneas. Mesmo com legislação clara e o Tema Repetitivo 972/STJ⁵⁰¹, os bancos continuam impondo a contratação de seguros em venda casada. Eventual litígio sobre esta questão, portanto, não é fruto de um desentendimento acerca dos fatos ou sobre o direito, mas resultado de uma deliberada postura ilegal da instituição financeira. Postura esta que continua sendo muito lucrativa.

Em visão macro, esta resistência à lei e ao Judiciário recentemente foi bem destacada pela posição das *Bigtechs*, opondo-se deliberadamente a decisões judiciais preclusas, nas quais a autoridade judicial já havia resolvido em definitivo a controvérsia.

Outro caso interessante é o da empresa Uber. Quando ingressou no mercado brasileiro sabia exatamente que violava inúmeras legislações municipais disciplinadoras do transporte público brasileiro, mas agiu com sua força econômica, contra todas estas leis, buscando a mudança do próprio direito. Teve êxito graças à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 1054110 em 2019, relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso. A corte decidiu por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, que a Uber estava acima

501

"Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada" (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 972**).

das leis municipais brasileira, tendo sido gerado o Tema 967/STF, com a fixação da tese de que “A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência”⁵⁰².

Logo, neste cenário bem particular dos países periféricos, nos quais a autoridade do Poder Executivo e da própria Justiça não alcançou *status* suficiente para se sobrepôr ou mesmo equivaler ao poder das grandes corporações, não são raros os casos nos quais os advogados consumeristas deparam-se com uma flagrante e inegável ilegalidade dos fornecedores e, então, torna-se facilitada a defesa em juízo, o que não significa a existência de uma “causa ganha”.

Como não há no horizonte qualquer perspectiva de mudança desta realidade, apesar de todas as limitações destacadas, os advogados consumeristas ainda se depararão com muitas causas de flagrante e inegável ilegalidade, o que facilita em certa medida o trabalho a ser realizado neste tipo de litígio.

Enfim, um advogado consumerista pode atuar com ações coletivas, de massa e individuais. O enfrentamento do litigante habitual no Sistema de Justiça Brasileiro ocorre por todas estas frentes. No entanto, as ações individuais representam quantitativamente o maior número de demandas, o que justifica a atenção a elas concedidas nesta tese. De qualquer forma, as análises aqui feitas podem ser transpostas para as ações coletivas e ações de massa, desde que com as devidas adaptações.

2.3.6 TENSÕES ENTRE ADVOGADO E CONSUMIDOR: A RELAÇÃO DE AGÊNCIA

Geralmente quando se estuda processo civil a parte e seu advogado são tratados como um conjunto unitário. Embora esta simplificação para fins didáticos não traga maiores repercussões, em termos científicos pode provocar distorções. A análise mais precisa da realidade processual, conforme sua complexidade, não pode desconsiderar as tensões entre a parte e seu advogado. Afinal, há uma relação de poder entre eles. Dentro de uma perspectiva crítica:

O desvio entre a visão vulgar daquele que se vai tornar num 'justiciável', quer dizer, num cliente, e a visão científica do perito, juiz, advogado, conselheiro jurídico etc., nada tem de acidental; ele é constitutivo de uma relação de poder, que fundamenta dois sistemas diferentes de pressupostos, de intenções expressivas, numa palavra, duas visões do mundo.⁵⁰³

A teoria comportamental dos jogos está a par deste problema e o desenvolve a partir da teoria da agência⁵⁰⁴. Há situações nas quais um sujeito contrata um agente para agir em seu nome, buscando alcançar seus objetivos. Mas os interesses do contratante e do agente podem não estar alinhados em virtude dos riscos, incentivos e esforços. É exatamente o que acontece na relação entre cliente e advogado.

Este é um ponto importante: para que o enfrentamento de litigantes habituais no Sistema de Justiça brasileiro se potencialize o advogado do consumidor, o agente, precisa receber os incentivos adequados. Economicamente isto é feito mediante a cláusula de remuneração do trabalho do advogado.

503 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 226.

504 "Conceito desenvolvido por Stiglitz em seu livro *Incentives and risk sharing in sharecropping* (1974), a teoria da agência refere-se à eventual inconsistência entre os objetivos dos proprietários acionistas de uma empresa e dos executivos que a administram (os 'agentes')" (SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do Século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 848).

Toda causa tem um grau de risco. Causas consumeristas têm o risco potencializado pela vantagem estrutural do litigante habitual. Em regra, o risco da causa é da parte. Lembre-se que a obrigação do advogado é de meio e não de resultado. Ele não precisa adiantar custas, pagar honorários periciais e suportar eventual sucumbência. No entanto, o advogado despende tempo com a causa, que poderia ter despendido em outro processo. O seu risco, portanto, é perder todo este tempo investido. Tecnicamente ao se dedicar a um processo o advogado tem um custo de oportunidade, pois poderia dedicar-se a outro.

Neste cenário, a posição mais conveniente para o advogado é precificar todo o seu trabalho independentemente do resultado final da demanda, cobrando do cliente honorários em valor fixo e não em *quota litis*. No entanto, este é o pior cenário para o consumidor, já que racionalmente, mas também cognitivamente, o advogado será instado a encerrar o feito o quanto antes, seja não requerendo provas, seja não recorrendo, seja aceitando qualquer tipo de acordo. Embora no sistema jurídico brasileiro existam os honorários sucumbenciais, eles seriam insuficientes para evitar o que foi descrito. Aliás, este tipo de contratação estimula a litigância frívola, já que mesmo com uma baixíssima chance de êxito, a remuneração do advogado está garantida. Com efeito “[...] os advogados podem não revelar inteiramente os fatos para seus clientes, já que eles ganham se houver um litígio (problema agente-principal)”⁵⁰⁵.

Na prática, em um mundo de inúmeras limitações dos consumidores, é muito difícil conseguir uma contratação deste tipo, justamente porque onera em demasia o consumidor. Ele simplesmente não tem recurso financeiro para pagar o trabalho do causídico no início. Muito menos em sua integralidade. Se tiver que fazê-lo provavelmente desistirá de demandar.

505

GICO JR. Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique. Despacho saneador e assimetria da informação. **Economic Analysis of Law Review**, v. 9, nº 3, p. 191-207, Setembro-Dezembro de 2018.

Uma situação peculiar é a da defensoria pública. Seu custeio não vem diretamente de seus usuários, mas do Estado e, tecnicamente, a remuneração de um defensor público não depende de qualquer resultado específico. Obviamente, preceitos morais e mesmo jurídicos impulsionam o defensor público, mas economicamente não há incentivo algum em sua atuação. É um modelo, portanto, distante do mercado e estritamente institucional.

Do outro lado existem as contratações *quota litis*, ou seja, aquelas nas quais o advogado só recebe remuneração se conseguir algum êxito com a causa. Elas são muito frequentes na advocacia consumerista. Supostamente este seria o melhor cenário para o consumidor, já que reduziria o risco referente ao custo do advogado. Ademais, o advogado seria estimulado a fazer o máximo esforço em busca de um resultado positivo. Mas isto também é um problema porque a maior parte do risco da demanda, a parte significativa, recai sobre os ombros do cliente. Então, por exemplo, o advogado pode desestimular um acordo, pois o risco de uma sentença de improcedência não é seu. É fácil “pagar para ver” quando o dinheiro na mesa é de outra pessoa.

Então, para equalizar o problema, a saída é suavizar os extremos, de modo que nenhum deles impacte consideravelmente o comportamento do advogado. A cláusula de remuneração, portanto, deve prever um valor fixo e também uma parte em *quota litis*. A proporção de uma e outra dependerá muito das particularidades do caso concreto.

Apontou-se uma tensão de ordem econômica ligada à remuneração do advogado, mas existem outras. Há peculiaridades brasileiras que precisam ser consideradas. Como se viu, a maioria dos advogados não integra a classe pobre dos brasileiros. Esta diferença social pode gerar ruído na comunicação entre advogado e clientes mais pobres, além de reforçar conflitos de interesse. Para uma pessoa economicamente hipossuficiente aceitar 3 mil reais de acordo em uma demanda já pode ser suficiente,

enquanto para um advogado da classe média seria um ultraje a todo o trabalho realizado.

Passados mais de 35 anos de Código de Defesa do Consumidor e mais de 30 de Estatuto da Advocacia, alguns advogados ainda têm sérias dificuldades de respeitar a boa-fé objetiva, informando o cliente substancialmente sobre as características da causa, sendo transparentes e leais. Este comportamento minoritário contamina a percepção social sobre os advogados, muitas vezes “vistos como predadores, fomentadores e aproveitadores da discórdia”⁵⁰⁶. Aliás, não são apenas os cidadãos que manifestam visões negativas da advocacia, muitos juízes também têm esta percepção⁵⁰⁷. Essa aversão se manifesta através de piadas, pelo humor, como se vê na interessante obra de Marc Galanter sobre piadas de advogados⁵⁰⁸.

Por outro lado, o advogado nunca tem certeza se o cliente está lhe revelando todos os fatos da causa, se omite algo ou mesmo mente a respeito de algum aspecto relevante. Mas justamente por ser um profissional, o advogado deve desenvolver seu trabalho a partir da perspectiva da incerteza. Não de uma desconfiança específica no cliente, mas de uma desconfiança geral nas capacidades dos seres humanos, que cometem lapsos de memória e se equivocam o tempo todo. Existem armadilhas que são criadas, não intencionalmente, pelo próprio cliente. A forma de escapar delas é ser redundante

506 YARSHELL, Flávio Luiz. Piadas sobre advogados: o que ainda elas nos dizem? In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 352.

507 “[...] sobre a percepção negativa que juízes possam ter de advogados, mas que não se expressam exatamente com humor (pelo contrário), há também uma convicção difusa (ou nem tanto) de que os causídicos — direta ou indiretamente — são os grandes responsáveis pelo enorme volume de litigiosidade” (YARSHELL, Flávio Luiz. Piadas sobre advogados: o que ainda elas nos dizem? In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 355).

508 GALANTER, Marc. **Lowering the bar: lawyer jokes and legal culture**. Wisconsin: The University of Wisconsin Press, 2005.

no atendimento inicial, com muitas perguntas e investigando detidamente os fatos. Se algo não faz sentido para o advogado, certamente não fará sentido para o magistrado.

Pessoas naturais têm experiências esporádicas na Justiça e, por isso mesmo, não estão acostumadas a lidar com advogados, juízes e com todo o sistema. Aliás, é pouco provável que uma pessoa natural desenvolva relacionamentos duradouros com advogados, o que fragiliza a confiança existente. Já o litigante habitual sabe a importância de seus advogados e geralmente mantém uma relação de longa duração com eles. Afinal, quanto mais duradoura a relação advogado/cliente maior é o incremento da *expertise*⁵⁰⁹.

Os litigantes habituais se aproveitam desta tensão entre advogado e cliente forçando acordos diretamente com os consumidores. Funciona assim: na iminência de uma condenação, ou mesmo quando a condenação já aconteceu, os prepostos da empresa contactam diretamente o consumidor e oferecem uma proposta irrecusável, imprimindo um sentimento de urgência na assinatura do acordo. O consumidor, então, sem assistência de seu advogado, aceita os termos e assina o instrumento. O Superior Tribunal de Justiça tem vários julgados validando esta operação, reconhecendo que é válido o acordo celebrado entre as partes sem a assistência de advogado⁵¹⁰. Ela é fruto, no entanto, de uma manobra institucional das empresas, cuja boa-fé é difícil de vislumbrar.

Na realidade, não se deve romantizar o advogado. Ele não pode ser visto apenas como um defensor da Justiça e muito menos como um mero agente econômico. São duas visões reducionistas que não se sustentam. Ora, “sua função é, por definição, a de atuar de forma parcial: ele não defende a justiça, mas — no limite do que

509 GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente**. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

510 BRASIL, STJ, REsp n. 2.062.295/DF, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 14/8/2023; BRASIL, STJ, AgInt no AREsp n. 2.447.431/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 7/10/2024, DJe de 22/10/2024.

for eticamente sustentável — defende interesses de uma das partes; cuja correspondência com a justiça, nos limites da habilidade possível, é justamente o que o bom advogado lutará para demonstrar”⁵¹¹.

Enfim, para enfrentar litigantes habituais no Sistema de Justiça brasileiro o advogado precisa reduzir as tensões com seu cliente, estabelecendo um ambiente fortemente colaborativo e de boa-fé, que incremente a confiança no profissional, adotando uma equilibrada remuneração de seu trabalho (valor fixo e *quota litis*). Sem a confiança do cliente é muito mais difícil advogar contra litigantes habituais e pode ser o caso mesmo de renunciar o mandato e seguir adiante.

2.3.7 OS JULGADORES E COMO LIDAR COM ELES

Normativamente todos julgadores são iguais, com os mesmos poderes, direitos, deveres e compromisso com os valores constitucionais. A teoria jurídica tradicional, de raiz positivista, parte da premissa de uniformidade do corpo de juízes. Afinal, todos estão submetidos às mesmas regras do jogo e, supostamente, diante de um texto legal objetivo deveriam comportar-se da mesma forma. Mas não é isto que ocorre. Na dimensão estratégia, portanto, é fundamental compreender a diversidade dos julgadores, sob diferentes aspectos. E mais importante do que entender este verdadeiro ecossistema, é aprender a lidar com ele.

Embora o julgador ocupe no *design* do processo civil uma posição diferente daquela dos litigantes, e seus atos não se confundam com os das partes, ele deve ser reputado como um jogador, porque interage com os demais e toma várias decisões (estrategicamente ou não?) influenciando diretamente o resultado do jogo. Tratar

511

YARSHELL, Flávio Luiz. Piadas sobre advogados: o que ainda elas nos dizem? In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 360.

o jogo idealizando o magistrado em uma posição de neutralidade significa distanciar-se muito da realidade, configurando uma concepção meramente formal.

Uma primeira questão que merece a devida problematização diz respeito à crença na imparcialidade do julgador. Quando se pensa o Sistema de Justiça na sociedade brasileira contemporânea, um dos elementos que o compõem é a noção de imparcialidade do juiz⁵¹². Aliás, esta noção tem ampla aplicação na comunidade internacional. A Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵¹³, a Convenção Americana de Direitos Humanos e os Princípios de Bangalore⁵¹⁴ colocam a imparcialidade como um elemento indispensável a todo e qualquer Sistema de Justiça em uma democracia.

Na teoria do direito, exposta nos livros didáticos e desenvolvida nos livros científicos, a imparcialidade está lá como um princípio⁵¹⁵, de fato “O juiz não deve ter interesse pessoal em relação às partes em litígio, nem retirar proveito econômico do litígio”⁵¹⁶.

Assim, toda a estrutura do Sistema de Justiça seria em tese construída para garantir esta imparcialidade do magistrado. Em

512 “A imparcialidade é condição primordial para que um juiz atue. É questão inseparável e inerente ao juiz não tomar partido, não favorecer qualquer parte, enfim, não ser parte. Em verdade, a expressão juiz imparcial é redundância e seria quase desnecessário falar em imparcialidade, tal é a imanência existente entre juiz e imparcialidade” (PORTANOVA, Rui. **Princípio do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 79).

513 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 27 de outubro de 2024.

514 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc)**. Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

515 PORTANOVA, Rui. **Princípio do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

516 PORTANOVA, Rui. **Princípio do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 77.

termos normativos ele não recebe qualquer vantagem econômica para decidir da forma X ou Y⁵¹⁷.

No entanto, a não ser que se dê um restrito alcance à noção de imparcialidade, limitada apenas às hipóteses de impedimento e suspeição, nas quais há relação pessoal do magistrado com as partes, ela seria uma mera crença sem qualquer base na realidade. Com efeito: “[...] pensar em um sistema neutro ou imparcial é idealizar e sublimar o que a empiria revela ser inviável. É transformar em crença um discurso que não tem correspondência empírica”⁵¹⁸.

Para lidar com o magistrado, deve-se partir da perspectiva de que ele é um ser humano. Então: “[...] a função utilidade de um magistrado inclui preocupações com remuneração, promoção, remoção, prestígio, preferências políticas, justiça etc. Em que medida cada uma dessas variáveis é relevante dependerá do contexto e do agente”. Aliás, embora a comunidade jurídica e os juízes neguem a influência da ideologia⁵¹⁹, ela está lá.

Destarte a imparcialidade não é uma noção descritiva, pois não condiz com a realidade existente⁵²⁰. Resta-lhe, então, uma função

517 “[...] é possível se compreender a estrutura brasileira de separação de poderes como um mecanismo desenhado para que o Judiciário seja uma organização em que a riqueza e o poder de seus membros (utilidade) não dependam do resultado de seus julgamentos e, portanto, que os magistrados não tenham interesse pessoal em relação ao resultado das decisões que prolatam” (GICO JR, Ivo Teixeira. O capital jurídico e o ciclo da litigância. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, jul-dez 2013, p. 435-464).

518 BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. A crença no princípio (ou mito) da imparcialidade judicial. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 7, número 2, junho de 2020, p. 203-223, p. 220.

519 KENNEDY, Duncan. **A critique of adjudication**. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 180.

520 “Difícilmente haverá um grau zero de parcialidade ou imparcialidade total, que propicie uma atmosfera ‘pura’ de objetividade. Uma neutralidade asséptica de vieses é praticamente impossível. Todavia, embora sempre reste algum quid de enviesamento, vale a pena lutar contra ele” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 144).

prescritiva⁵²¹, ou seja, algo a ser estimulado e fomentado na construção do *design* processual e na prática diária. Um verdadeiro dever do magistrado de buscar um julgamento imparcial. Neste sentido ela continua sendo um ponto relevante, um ideal a ser almejado, embora absolutamente inalcançável. De qualquer forma, os juízes sempre desejam ser vistos como imparciais, sendo esta uma questão sensível na magistratura.

Há estudos empíricos demonstrando que a maior parte dos julgadores busca aplicar a lei mesmo quando ela contraria uma posição pessoal sua. Esta foi a conclusão de Andrew J. Wistrich, Jeffrey J. Rachlinski e Chris Guthrie: *"Most judges try to faithfully apply the law, even when it leads them to conclusions they dislike, but when the law is unclear, the facts are disputed, or judges possess wide discretion their decisions can be influenced by their feelings about litigants"*⁵²².

Mas além do texto legal, um julgador é influenciado por múltiplos fatores, que não têm a mesma força qualitativa e quantitativa, tanto de ordem consciente e voluntária, como opções políticas e morais, quanto de ordem não consciente, como a ideologia e os vieses cognitivos. Estes elementos, no entanto, não aparecem nos pronunciamentos judiciais. Pelo contrário, são bem ocultados. Não quer dizer que não sejam teoricamente mensuráveis e perceptíveis. O conjunto de decisões de um magistrado acerca de uma determinada matéria pode revelar tendências e indicar opções políticas, morais, influências ideológicas ou mesmo vieses cognitivos. Mas argumentativamente

521 COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 144.

522 Em tradução livre: "A maioria dos juízes tenta aplicar fielmente a lei, mesmo quando isso os leva a conclusões de que não gostam, mas, quando a lei é imprecisa, os fatos são controversos ou os juízes dispõem de ampla margem de discricionariedade, suas decisões podem ser influenciadas por seus sentimentos em relação às partes." (WISTRICH, Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J.; GUTHRIE, Chris. Heart versus Head: Do judges follow the law or follow their feelings? **Texas Law Review**, vol. 93, 2015, p. 855 e seguintes).

estes elementos não podem aparecer, e de fato não aparecem como razão de decidir.

De qualquer forma, a depender da distribuição da ação ou de um recurso, os advogados podem antever a probabilidade de julgamento com base no julgador sorteado. Há modelos preditivos indicando que o fator preponderante em um julgamento é justamente a composição do Tribunal e o voto do relator⁵²³. O modelo desenvolvido por André Lage-Freitas, Héctor Allende-Cid, Orivaldo Santana e Livia Oliveira-Lage alcançou uma acurácia de 80,2% tendo por base 4.043 casos⁵²⁴. Outro modelo com base nas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos alcançou um acerto de 79%⁵²⁵. Geralmente estes modelos são construídos com *machine learning* e uma considerável base de dados de decisões judiciais. Ou seja, a inteligência artificial é treinada a partir de milhares de decisões e, então, se torna capaz de estimar em uma situação específica o grau de probabilidade para a procedência ou improcedência. As análises são pautadas no conteúdo textual das decisões. Logo, o resultado está diretamente atrelado à figura do julgador.

Há, então, uma ligação próxima do resultado do processo e do julgador: “[...] as práticas judiciárias e as decisões judiciais são orientadas por percepções subjetivas dos operadores e por suas interpretações pessoais sobre a lei, os fatos e as provas produzidas no curso do processo judicial”⁵²⁶.

523 CID, Alessandra Corrêa. **Construção de um modelo preditivo para decisões do STF em Ações Diretas de Inconstitucionalidade**. Trabalho de Conclusão de Curso. Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. 2018.

524 LAGE-FREITAS, André; ALLENDE-CID, Héctor; SANTANA, Orivaldo; OLIVEIRA-LAGES, Livia. Predicting Brazilian Court Decisions. **Peer J Computer Science**. Março/2022. DOI 10.7717/peerj-cs.904.

525 ALETRAS, Nikolaos; TSARAPATSANIS, Dimitrios; PREOTIUC-PRIETRO; LAMPOS, Vasileios. Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective. **Peer J Computer Science**. October 2016. DOI 10.7717/peerj-cs.93.

526 BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. A crença no princípio (ou mito) da imparcialidade judicial. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 7, número 2, junho de 2020, p. 203-223, p. 221.

Trata-se de um campo complexo, de difícil mensuração, mas existem muitos juízes, desembargadores e ministros que atuam seguindo uma ética da legalidade⁵²⁷, com uma visão bem formal do ordenamento jurídico⁵²⁸. Alinham-se a uma linha positivista, paradigma dominante no Direito pelo menos desde o século XIX⁵²⁹. Conforme José Eduardo Faria:

Outros paradigmas, estes forjados e consolidados no decorrer da modernização sócio-econômica do país, entre os anos 60 e 80, estão vinculados ao caráter normativista do positivismo de inspiração kelseniana. Tais paradigmas consideram o Estado como fonte central de todo o direito e a lei como sua única expressão, formando um sistema fechado e formalmente coerente, cuja pretensão de 'completude' despreza – como 'metajurídicas' – todas as indagações de natureza social, política e econômica.⁵³⁰

Por outro lado, há aqueles que assimilaram uma ética dos princípios, com visão mais aberta, buscando a melhor solução, entenda-se, a solução que entendem mais justa para o caso concreto⁵³¹. Trata-se, portanto, de uma visão pós-positivista,

527 Conforme coloca Eros Roberto Grau: "Vamos à Faculdade de Direito aprender Direito, não Justiça. A Justiça — digo outra vez — é lá em cima. Apenas na prevalência da legalidade e do direito positivo a sociedade encontrará segurança e, os humildes, proteção e garantia de seus direitos de defesa" (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes**. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 167).

528 "Para os adeptos desta linha de pensamento o direito se restringe ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado, seja qual for o seu conteúdo, resumindo-se nisso o chamado positivismo jurídico que tem sido praticado em vários países europeus e em toda América Latina" (DALLARI, Dalmiro de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87).

529 Ver: LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 45 e seguintes; e GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**, 2. Ed. Lisboa: Lael, 1995, p. 515 e seguintes.

530 FARIA, José Eduardo. **A reforma do ensino jurídico**. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 42.

531 "Ao intérprete resta escolher a solução que, como um todo, confira maior efetividade aos valores e princípios constitucionais com vistas a uma consciência moral ou de um consenso de justiça que opera além dos limites relacionados às suas visões subjetivas de mundo" (CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; STIPP, Luna. Hermenêutica flexível e discricionariedade judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 1 / 2016, p. 313).

que incorpora elementos valorativos para equalizar o formalismo próprio do direito. Assim:

[...] é importante destacar que neoconstitucionalismo e neoprocessualismo não são modismos nem tampouco pretendem ser a panacéia para a compreensão da crise existencial do direito. Tais formulações teóricas procuram apenas sistematizar o conhecimento crítico produzido, nas últimas décadas, entorno da construção de um método mais atual e eficiente de interpretação e aplicação do direito.⁵³²

Há ainda aqueles que adotam um ativismo judicial, configurado pela “aceitação sistemática da possibilidade de alteração judicial de comandos legais mediante artifícios interpretativos ou simples descon sideração do texto da lei”⁵³³. Demonstram, portanto, pouco ou nenhum respeito ao texto, decidindo com um alto grau de arbitrariedade e casuísmo⁵³⁴.

Estes três tipos, positivista, pós-positivista e ativista, são apenas ideais e não se encontram puros nos tribunais brasileiros. Aliás, é bem possível que um magistrado seja positivista para algum ramo do direito e ativista em outro, ou pós-positivista e positivista, etc. Inclusive isto pode mudar dinamicamente, e a orientação de um julgador pode variar no tempo, inclusive conforme a sua conveniência.

Voltando ao aspecto ideológico, deve-se tomar cuidado com certos reducionismos. No pensamento marxista ortodoxo o julgador nada mais é do que um agente do Estado e, enquanto tal, serve

532 CAMBI, Eduardo. Protagonismo judiciário responsável. **ARGUMENTA - UENP JACAREZINHO**, n. 16, p. 83-97, 2012.

533 GICO JR., Ivo Teixeira. Anarquismo judicial e Segurança Jurídica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 479-499.

534 “O casuísmo judiciário pode ser verificado em diversas situações, como nas decisões em que os magistrados aplicam princípios, sem nenhum rigor científico, bem como quando criam eles mesmos novos princípios, a partir da abertura interpretativa trazida pela Constituição Federal de 1988 (pan-principiologismo)” (CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. **Casuísmo judiciários e precedentes judiciais**. Repro, vol. 248, outubro/2015).

o *status quo*, perpetuando as desigualdades em prol da classe dominante. Sabe-se que “Muitos marxistas contemporâneos pensam que o Estado tem três funções principais: repressão, legitimação e criação das condições para acumulação”⁵³⁵. Então a atuação do magistrado estaria condicionada pelo sistema capitalista, ceifando qualquer possibilidade de plena independência⁵³⁶.

Embora a jurisprudência contemporânea, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça, acabe reforçando este pensamento, ele tem um cunho simplista que não condiz com a realidade complexa existente. Não são poucos os julgadores que diariamente decidem a favor do mais fraco, até mesmo forçando a interpretação para tanto, em uma postura ativista, dando mostra que existe contradição inclusive no seio do Judiciário.

De qualquer forma, a maior parte dos juízes vem de uma classe média alta⁵³⁷ e se guia, portanto, pela ideologia própria desta classe. O distanciamento da magistratura em relação ao “comum do povo” é bem registrado na literatura crítica⁵³⁸. Logo, é interessante compreender este espectro ideológico. Segundo Jessé Souza,

535 ELSTER, Jon. **Marxismo, funcionalismo e teoria dos jogos**. Lua Nova, número 17, São Paulo, junho de 1989, p. 17.

536 “Em relação à atuação dos magistrados, seria ilusório se pensar em plena independência, pois a construção pelas formas sociais capitalistas apresenta-se inexoravelmente, uma vez que tanto o direito quanto o Estado se constituem em meros produtos do capitalismo [...] O capitalismo escupe a jurisdição dotando-lhe de contornos próprios, os quais ganham caracteres ainda mais destacadamente tecnicistas no contexto do pós-fordismo” (MAGALHÃES, Juliana Paula. Magistratura e capitalismo: elementos para uma crítica. **Revista Derechos en Acción**, ano 5, nº 17, setembro/dezembro de 2020, p. 102).

537 BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNU). **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros - 2018**. Brasília: CNU, 2018.

538 “Um dado importante quanto ao relacionamento com o povo e à percepção de seus valores culturais é o distanciamento maior dos juízes à medida em que evoluem na carreira [...] Quando os juízes passam a integrar um tribunal de apelação, seu relacionamento com o povo é praticamente rompido. Na realidade, os juízes, nesse nível, só se relacionam, e assim mesmo procurando preservar certa distância, com os representantes do Ministério Público e com os advogados” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 149).

analisando a realidade social brasileira, existem quatro frações da classe média: profascista, liberal, expressivista e crítica⁵³⁹. É equivocado, portanto, a teoria reducionista que vê na classe média um corpo coeso e uniforme. Isto não significa que estejam proporcionalmente distribuídas. Para Jessé Souza:

Quanto às frações dominantes, responsáveis pela ampla maioria de 65%, a análise das entrevistas me levou a separá-las em profascista e liberal. Essa é a classe média tradicional do conhecimento técnico, ou seja, daquele tipo de conhecimento que serve diretamente às necessidades do capital e de sua reprodução e tem menor contribuição para uma transformação da própria personalidade.⁵⁴⁰

Logo, ideologicamente a maior parte da magistratura é profascista ou liberal, com forte viés pró-mercado. Assim, quando há uma decisão favorável a uma empresa em litígio consumerista, não deveria haver tanta surpresa, pois este é um resultado estatisticamente esperado, não só pelo viés de improcedência, mas também por razões ideológicas.

Ainda, levando a sério a complexidade, não se pode ignorar como as decisões judiciais são realmente produzidas contemporaneamente. Em regra, não é o juiz, o desembargador ou o ministro que as produzem manualmente, de modo artesanal. Existe uma burocracia própria para isso. Um mundo repleto de estagiários, assessores e juízes designados. Os pronunciamentos judiciais são resultado de uma linha de produção, do trabalho de diferentes sujeitos, e o grau de participação do juiz em relação ao resultado final varia muito conforme o perfil de cada magistrado. Há juízes que conferem à risca o trabalho do gabinete, determinando revisões e correções, e há aqueles que apenas colocam a assinatura eletrônica na decisão.

539 SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019, p. 184.

540 SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019, p. 187.

Neste tipo de produção tudo gira em torno da chamada “minuta modelo”. Ou seja, decisões-padrão à disposição da assessoria que devem ser preferencialmente utilizadas nos casos concretos. Um assessor não começa uma minuta do zero. Ele busca algo já pronto. A lógica de toda a atuação judicial segue, portanto, pela aplicação da decisão modelo, atendendo o eficientismo que pauta o processo civil atual.

Aqui o mito da imparcialidade sofre outro profundo abalo. Quando se consideram os litígios consumeristas, que ocorrem com significativa frequência e apresentam uma certa uniformidade, é comum que aquele julgador já tenha sentenciado tantos outros casos similares, ou até mesmo iguais. Então, o magistrado já tem uma posição sobre o caso e a tendência de julgamento é a sua manutenção. Veja, não se está aqui nem no campo da ideologia e nem muito menos do viés cognitivo, mas de uma lógica “econômico-administrativo”, que revela a força da decisão-modelo.

Aliás, esta tendência da decisão-modelo é cientificamente demonstrada a partir da economia comportamental, pelo chamado caminho da menor resistência:

For reasons of laziness, fear, and distraction, many people will take whatever option requires the least effort, or the path of least resistance. All these forces imply that if, for a given choice, there is a default option— an option that will obtain if the chooser does nothing— then we can expect a large number of people to end up with that option, whether or not it is good for them.⁵⁴¹

541

Em tradução livre: “Por motivos de preguiça, medo e distração, muitas pessoas escolherão a opção que exige o menor esforço, ou seguirão o caminho de menor resistência. Todos esses fatores indicam que, se em uma determinada escolha houver uma opção padrão — ou seja, uma opção que será adotada caso a pessoa não faça nada —, então podemos esperar que um grande número de pessoas acabe com essa opção, independentemente de ela ser ou não boa para elas” (THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R.; BALZ, John P. Choice Architecture. In: SHAFIR, Eldar (Org). **The Behavioral Foundation of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013).

Registre-se que este não é um fenômeno exclusivo da magistratura. Advogados também trabalham com petições-modelo. Inclusive advogados corporativos e litigantes habituais trabalham desta forma. Os impactos disso em questões estratégicas devem ser considerados.

Enfim, além da ideologia e das decisões-modelo, existem os vieses cognitivos. Conforme explica Eduardo Cambi:

Pesquisas em psicologia e economia comportamental documentam, por exemplo, uma longa lista de vieses psicológicos, tais como: a falácia de planejamento (quando as pessoas fazem um prognóstico de quanto tempo levará para completar um projeto, a média de suas estimativas é, em geral, muito mais baixa do que o tempo de que precisarão de fato), a superconfiança, a aversão à perda (na hora de investir), o viés de statu quo (predileção para deixar tudo como está), a desconsideração excessiva pelo futuro (“viés do presente”), a inconsistência nas percepções de risco, bem como vieses a favor ou contra várias categorias de pessoas (manifesto, por exemplo, na naturalização do machismo, homofobia ou racismo).⁵⁴²

A ideologia não se confunde com os vieses cognitivos. Aquela segue uma linha sócio-filosófica enquanto a outra é estritamente psicológica. Porém, há algo comum entre elas, que é a falta de percepção do julgador a seu respeito. Tanto a ideologia como os vieses cognitivos afetam o ser humano sem que ele tenha clara noção disso.

Pois bem, se os vieses cognitivos reconhecidos na teoria comportamental dos jogos aplicam-se a todo e qualquer ser humano, inclusive a um julgador⁵⁴³, a grande questão é se e em que grau um julgador é capaz de superar estes vieses.

542 CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Heurísticas, vieses cognitivos e ruídos sistemáticos: fragmentos do pensamento de Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sustein para o julgamento judicial. **REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ**, v. 23, p. 87-102, 2022, p. 88.

543 ROSA, Alexandre Moraes da; WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. **Vieses da justiça**: como as heurísticas operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: Emais, 2021.

Há quem defenda a existência de “indicativos no sentido de que o juiz é capaz de, em virtude de seu treinamento, minorar os vieses cognitivos e decidir de modo imparcial”⁵⁴⁴. Acredita-se, então, que individualmente, através de esforço pessoal, os vieses cognitivos poderiam ser controlados pelos julgadores⁵⁴⁵. No entanto, esta esperança no indivíduo é exacerbada porque: “[...] os decisores raras vezes têm consciência de seus vieses quando estão julgando. Essa cegueira é em si um viés conhecido, o viés de ponto cego. Com frequência, reconhece-se os vieses com mais facilidade nos outros do que em nós mesmos”⁵⁴⁶. Logo, o combate dos vieses dependeria de mudanças estruturais. Um exemplo disso seria o Protocolo de Julgamento na Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça, construído para combater “a repetição de estereótipos, a perpetuação de diferenças e a cultura da discriminação e de preconceitos”⁵⁴⁷.

Existem vários vieses cognitivos e não é o caso de expô-los aqui, mas se pode destacar “Para fins do direito processual, vale ressaltar os vieses de substituição, que levam a atribuir um peso errado à evidência, e os vieses de conclusão ou prejulgamento (também denominados de *confirmation bias*). Este viés ocorre quando, com

544 VITORELLI, Edilson. Imparcialidade judicial e psicologia comportamental: há fundamento científico para um juiz de garantias?. **Revista de Processo**, vol. 316, Junho de 2021, p. 29-62.

545 “Neste contexto, faz-se necessário que os julgadores tenham a consciência de que as heurísticas e vieses de julgamento podem permear os mais diversos atos processuais: a definição da pauta de audiências (já que uma decisão condenatória pode ancorar os casos subsequentes), a forma através da qual um investigado é apresentado na delegacia para a realização do reconhecimento (a linha de suspeitos), a rotulação de uma pessoa suspeita/indiciada, a admissão de provas, a opção por analisar os autos de inquérito policial ou desconsiderá-los etc” (ROSA, Alexandre Moraes da; WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. **Vieses da justiça**: como as heurísticas operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: Emais, 2021, p. 127).

546 CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Heurísticas, vieses cognitivos e ruídos sistemáticos: fragmentos do pensamento de Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sustein para o julgamento judicial. **REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ**, v. 23, p. 87-102, 2022, p. 95.

547 CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Heurísticas, vieses cognitivos e ruídos sistemáticos: fragmentos do pensamento de Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sustein para o julgamento judicial. **REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ**, v. 23, p. 87-102, 2022, p. 90.

frequência, iniciamos o processo de julgar inclinados a chegar a determinada conclusão”⁵⁴⁸.

Para lidar com a questão da imparcialidade um dos caminhos é resolver o problema da motivação judicial, que apesar dos avanços obtidos, sobretudo normativamente graças aos critérios estabelecidos pelo artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil, ainda é muito sensível, sobretudo em uma cultura efficientista, na qual a quantidade sobrepuja-se à qualidade. Com efeito:

Motivação correta e adequada constrói-se a partir de argumentos racionais, que servem para o julgador convencer as partes ou justificar a elas o seu acerto. Além disso, o órgão jurisdicional deve evitar realizar apenas a valoração positiva das provas, porque, além de mencionar os argumentos do seu convencimento, há de explicar por que as demais provas foram insuficientes para lhe persuadir (valoração negativa das provas).⁵⁴⁹

Enfim, dentro desta riquíssima realidade, com múltiplos fatores e elementos a serem considerados, aproxima-se agora da dimensão estratégica.

Diante das vantagens dos litigantes habituais e das limitações dos consumidores, a compensação seria possível mediante uma ativa postura do julgador. Muitos já defenderam que o juiz seria fundamental para contrabalançar o jogo. A correção da desigualdade seria obtida a partir de uma maior intervenção do juiz. Esta posição

548 CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Heurísticas, vieses cognitivos e ruídos sistemáticos: fragmentos do pensamento de Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sustein para o julgamento judicial. **REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ**, v. 23, p. 87-102, 2022, p. 91.

549 CAMBI, Eduardo; MUNARO, Marcos Vinícius Tombini. Dever de fundamentação das decisões judiciais (exegese do artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil). **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 2. Maio a Agosto de 2019.

também já foi defendida por Marc Galanter⁵⁵⁰. Então a concessão de mais poder a ele equalizaria o sistema. Com efeito:

Outra marca forte da tese de Cappelletti e Garth é a presunção implícita de que o empoderamento do juiz poderia neutralizar os efeitos da desigualdade entre as partes, promovendo acesso à justiça e efetividade de direitos. Os 'poderes do juiz' são invocados em muitos trechos do argumento dos autores, ora para justificar, ora para instrumentalizar a promoção do acesso à justiça.⁵⁵¹

De fato, nada impede que o julgador adote uma atitude estratégica no processo civil, com diferentes objetivos. Não se trata de uma atitude necessária⁵⁵², mas que pode ser observada concretamente. Esta postura é constatada em ambientes de julgamento colegiado, como os Tribunais locais ou os Tribunais Superiores. Esta atitude estratégica, inclusive, pode ser desenvolvida em prol dos vulneráveis.

No entanto, o juiz é um ser humano e coletivamente eles refletirão em menor ou maior grau as características da sociedade que integram. Depositar todas as esperanças em um juiz é algo ingênuo e estatisticamente sem fundamento. Há hoje alguns julgadores que cumprem o mandamento constitucional da defesa do consumidor, mas são poucos espalhados pelo território nacional.

De qualquer forma, apenas para fins de sistematização, em um litígio específico o consumidor pode se deparar com três tipos ideais de magistrados. O indiferente, que não indica em seus movimentos explícita ou implicitamente qualquer inclinação em prol de um litigante, e que não tem uma reputação nem favorável nem contrária

550 "Poderíamos esperar que um maior 'ativismo' institucional pudesse reduzir as vantagens da *expertise* das partes, bem como das diferenças na qualidade e na quantidade de serviços jurídicos" (GALANTER, Marc. **Por que "quem tem" sai na frente**. São Paulo: FGV Direito SP, 2018, p. 114).

551 SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 61.

552 KENNEDY, Duncan. **A critique of adjudication**. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 181.

às causas consumeristas. O colaborativo, que tem uma reputação pró-consumidor e adota movimentos favoráveis ao mais fraco. E o hostil, que tem uma reputação pró-empresa e que se movimenta sempre contra o consumidor, potencializando as posições do fornecedor.

A grande questão é como lidar estrategicamente com um juiz hostil. Lembre-se que ele detém poder e que sua atuação tem um elevado grau de independência, assim:

[...] na estrutura de incentivos brasileira há propensão ao surgimento de problemas de comportamento oportunista por parte dos magistrados (agentes), pois, uma vez estabelecida a sua independência, nada garante que o Judiciário se aterá ao texto da lei em vez de simplesmente passar a elaborar regras que reflitam melhor as preferências pessoais de cada magistrado.⁵⁵³

Os julgadores indiferentes e colaborativos não imprimem maiores dificuldades para o consumidor, o que leva a uma condução ordinária do processo.

Em um ambiente hostil um dos movimentos possíveis, talvez o mais recomendado, seja exatamente se retirar dele. No *design* do processo civil não há como o advogado modificar o julgador da causa. Há as hipóteses de impedimento e suspeição, mas a hostilidade de um julgador dificilmente se manifestará em grau suficiente para a aplicação destes institutos. A suspeição, por exemplo, é reservada para casos extremos, de modo que um conjunto sistemático, constante e não fundamentado de decisões contrárias aos pedidos do consumidor não a caracterizaria por si só. O acaso pode ajudar, o magistrado pode receber uma promoção ou mudar de comarca. Ainda há as situações nas quais há afastamento por outras razões (licença-maternidade, licença-médica), com a mudança do sentenciante do processo.

553

GICO JR, Ivo Teixeira. O capital jurídico e o ciclo da litigância. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, jul-dez 2013, p. 435-464.

Mantido o julgador hostil, então, o objetivo de um julgamento de procedência pode ser alterado para a obtenção de um acordo, ainda que aquém das expectativas iniciais. É preferível sair com alguma coisa, do que nada.

Outro caminho é se preparar para a fase recursal, mantendo uma postura combativa e defensiva durante todo o primeiro grau. Lembre-se, no entanto, que no Poder Judiciário a taxa de reversão de uma decisão é muito baixa, então depois de uma sentença de improcedência, o consumidor estará em uma posição muito ruim.

O julgador hostil pode estar nos Tribunais. Se for o relator, muito trabalho terá que ser desenvolvido em torno dos outros julgadores. O acordo pode ser, mais uma vez, a melhor saída. Ou então se preparar para continuar na fase recursal.

Enfim, no enfrentamento do litigante habitual no Sistema de Justiça brasileiro o julgador é fundamental, mas não é o consumidor quem o escolhe. Lembrar dos elementos que afetam a decisão além do texto jurídico, político, moral, ideológico, decisão-padrão e vieses cognitivos, pode contribuir nos movimentos, sendo um verdadeiro problema estratégico lidar com um juiz hostil.

3

**ASPECTOS ESPECÍFICOS
DA ESTRATÉGIA
NO LITÍGIO CONSUMERISTA**

Neste capítulo analisam-se questões sensíveis em causas consumeristas. A exposição não é sistemática e muito menos exaustiva. Para melhor organização da matéria os assuntos foram agrupados em tópicos comuns, a saber, “iniciando o processo”, “peças importantes”, “questões probatórias” e “outras questões”. Muitos assuntos ficaram de fora, mas os principais foram analisados.

Seguindo o pluralismo metodológico, destacam-se nesta parte da tese o método dedutivo (adoção de premissas gerais sobre o Sistema de Justiça e das regras do ordenamento para conclusões aplicadas a litígios consumeristas), analítico (utilização de ferramentas da teoria dos jogos e construções lógico-formais), crítico-dialético (consideração de mudanças temporais, dinamicidade dos problemas analisados, e realidade social) e sistêmico (próprio da complexidade, considerando a interdependência e interdisciplinaridade).

3.1 INICIANDO O PROCESSO

A dimensão estratégica do processo existe antes mesmo da propositura da petição inicial, quando se analisam as condições necessárias à promoção de uma ação judicial. Alguns aspectos merecem maior atenção pelo causídico, como a competência e a composição dos pólos ativo e passivo.

3.1.1 COMPETÊNCIA

A competência é uma matéria relevante nas obras e nas aulas de processo civil. São várias as regras e o estudo da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional é essencial para minimamente entender a organização judiciária nacional. Existe toda uma classificação entre competência absoluta e relativa, territorial,

material, funcional e etc. A abordagem acadêmica, no entanto, é sempre normativa e não se aprofunda sobre problemas de performance processual. Como a figura do magistrado é um fator determinante no resultado da demanda, a questão da competência tem acentuada expressão no âmbito estratégico.

Então neste tópico analisa-se uma importante decisão a ser tomada pelo advogado consumerista: em qual juízo propor a ação? É possível valer-se do *forum shopping*⁵⁵⁴?

Especificamente nas causas consumeristas destaca-se bastante a competência dos Juizados Especiais, bem como a regra do domicílio do consumidor, construída a partir do artigo 101, I, do Código de Defesa do Consumidor.

A primeira tensão a ser resolvida é entre a Justiça Comum e os Juizados Especiais, especificamente quanto às causas de competência civil e não da fazenda pública, já que nestas últimas a competência é absoluta e não há liberdade para o advogado.

Há uma visão romântica dos Juizados Especiais muito difundida por professores de direito, que eles dariam vazão a todas as reclamações e verdadeiramente empoderariam os consumidores. Em tese este era o plano, que ainda não se realizou.

Enquanto órgão jurisdicional voltado também à proteção de um vulnerável, o consumidor, o Juizado deveria funcionar em moldes muitos similares à Justiça do Trabalho. O viés protetivo deveria ser central no começo, no desenvolvimento e no fim do processo

554

"As situações de *forum shopping* permitem ao litigante a quem cabe a escolha decidir não pelo foro logisticamente mais conveniente — e a razão subjacente das regras de competência territorial é, em geral, a logística — mas pelo foro que proporcionará o acesso ao tribunal com a jurisprudência mais favorável à demanda de quem escolhe" (MELLO, João Pedro de Souza. **Análise estratégica da norma processual**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, Brasília, 2022, p. 91).

no Juizado, tal como se dá na Justiça do Trabalho que, inclusive, é uma das mais eficientes no território brasileiro⁵⁵⁵.

O paralelismo com a Justiça do Trabalho é propício, pois se trata de um ramo em que o juiz frequentemente reconhece a desigualdade entre as partes, afastando a lógica liberal de um processo entre iguais. Caso os Juizados tivessem adotado este viés desde o início, estariam hoje mais aptos a combater a assimetria estrutural existente nos litígios consumeristas.

Não se ignora as críticas de que a Justiça do Trabalho teria se tornado um “balcão de negócios” ou um antro de “acordos”⁵⁵⁶. Esta percepção vulgar é confirmada estatisticamente. No relatório “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça o índice de conciliação da Justiça como um todo é de 12,1% enquanto o da Justiça do Trabalho é de 20,2%⁵⁵⁷, quase o dobro. Esta é a média, porque existem tribunais com 26,8% de conciliação (TRT18). No entanto, o alto número de acordos não deveria ser criticado, mas assimilado como um elemento positivo, a demonstrar o grau de eficiência deste ramo da Justiça, que lida diariamente com litigantes habituais.

O Juizado enquanto uma Justiça protetiva deveria funcionar compensando as vulnerabilidades do consumidor e contrabalanceando as vantagens dos litigantes habituais. Mas, por enquanto, não é assim, e não há qualquer perspectiva próxima de mudança.

Em termos estratégicos deve-se analisar o Juizado a partir do *design* processual próprio da Lei 9.099/95. Dentre as suas virtuais

555 REYMAO, Ana Elizabeth Neirao; CEBOLÃO, Karla Azevedo; SUSSUARANA, Alexandre Henrique Rene de Almeida. A eficiência da Justiça do Trabalho, a partir da análise envoltória de dados. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. Vol. 6, n. 1, maio de 2019, p. 126-146.

556 “Certos críticos consideram que há excesso de conciliações, em prejuízo dos empregados. Segundo alguns, levando ao extremo a recomendação de tentar conciliar as partes e deixando de levar em conta que no processo trabalhista o que se tem é uma disputa sobre direitos, os quais, em princípio, deveriam ser integralmente respeitados, muitos juízes forçam a conciliação” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 127).

557 BRASIL, CNJ. **Justiça em números 2024**. Brasília: CNJ, 2024, p. 255.

vantagens estaria a gratuidade, menor formalidade, desnecessidade de advogado e celeridade. Tradicionalmente elas são vistas sempre considerando a condição do consumidor. Mas elas não seriam vantajosas também para o litigante habitual?

A gratuidade do procedimento elimina o risco de sucumbência para o litigante habitual, reduzindo o custo de transação, diminuindo o interesse econômico em um acordo. A menor formalidade permite que o litigante habitual atue como bem entende no processo, sem maiores controles da autoridade judicial, e permite a criação de “costumes” ou “rotinas” que lhe são mais favoráveis. A desnecessidade de advogado permite que o litigante habitual enfrente o consumidor fragilizado, sem auxílio técnico. E a celeridade reduz o custo de transação do acompanhamento do processo. Logo, o Juizado é um modelo processual perfeito para o litigante habitual. Ele tende a repetir estratégias vitoriosas com mínima variação, explorando com eficácia os espaços deixados pelo desenho procedimental.

Mas a análise merece maior aprofundamento. O consumidor ocupa o lugar de autor nos processos perante o Juizado Especial, o que lhe cria complicadas limitações. Algumas decorrem da própria lei, outras são frutos de costumes inexplicáveis.

Não se permite a citação por edital (art. 18, § 2º, Lei 9.099/95), não se permite a declinação de competência territorial (art. 51, III, Lei 9.099/95), não se permite mais do que 3 testemunhas (art. 34, Lei 9.099/95), não se permite a produção de prova pericial, negligencia-se a decisão saneadora, não se permite alegações finais, restringem-se os embargos de declaração a sentenças e acórdãos (art. 48, Lei 9.099/95), impede-se recurso da decisão de tutela de urgência, impede-se recurso ao Superior Tribunal de Justiça, impede-se o uso do recurso adesivo, diminui-se a garantia da motivação judicial (a sentença pode ser confirmada pelos seus próprios fundamentos — art. 46, Lei 9.099/95), etc.

Aliás, o atrativo da gratuidade no Juizado é um pouco ilusório, já que aplicável apenas ao primeiro grau. Na eventualidade de um recurso, o consumidor tem que suportar custas e o preparo respectivo.

A limitação probatória é grave. Por exemplo, a impossibilidade da prova pericial cria um potencial risco de extinção por incompetência absoluta toda vez que se litiga no Juizado Especial. E não é um risco singelo, já que muitos conflitos consumeristas dependem da solução de questões técnicas (v.g. vício no produto).

A falta de recurso contra decisões interlocutórias é especialmente sensível na fase de cumprimento de sentença. Na advocacia consumerista, mesmo após a vitória na fase cognitiva, é comum um considerável embate na fase de cumprimento. O litigante habitual resiste ao julgamento realizado com as teses mais mirabolantes possíveis. Então se submete à ditadura do primeiro grau, pela impossibilidade de discutir as decisões proferidas. Há excepcionalmente a correção parcial, mas de difícil admissibilidade nos Tribunais. Recursos são fundamentais para possibilitar o desfazimento de erros judiciais, aos quais todos os magistrados, enquanto seres humanos, estão sujeitos. Não poder contar com eles na fase de cumprimento cria uma grande dificuldade ao consumidor.

A situação descrita ilustra a assimetria dinâmica que se instala no processo: mesmo com uma sentença favorável, o consumidor pode ter sua pretensão esvaziada na execução, sem meios eficazes de reação.

Logo, sobretudo se o consumidor fizer jus à gratuidade da Justiça, diante das limitações e riscos destacados, hoje não se justifica estrategicamente a opção pelo Juizado Especial. Obviamente, podem haver razões circunstanciais, relacionadas à jurisprudência produzida, que justifique esta opção, mas em termos gerais e estruturais não há vantagem estratégica.

Mesmo se o consumidor não contar com a gratuidade ainda é preferível a Justiça Comum, pois ela não impõe as limitações probatórias e recursais dos Juizados. É este o ponto: o modelo do Juizado Especial seria interessante se os juízes e as turmas adotassem uma postura protetiva em relação ao consumidor, efetivamente impondo condenações severas aos fornecedores, e valorando a prova sempre de forma mais favorável ao vulnerável. Como ainda não é isto que acontece, o modelo do Juizado Especial potencializa as vantagens do litigante habitual, ao invés de diminuí-las.

Há um descompasso entre a ideologia fundante da Lei 9.099/95 e sua aplicação concreta. A inércia institucional permite que os litigantes habituais adaptem suas práticas processuais para explorar com eficiência um rito que deveria funcionar em favor do vulnerável.

Assim, hoje a melhor opção estratégica para o enfrentamento do litigante habitual não é o Juizado Especial. Pode ser que este cenário se altere, mas na conjuntura histórica da produção desta tese, os elementos indicados apontam para esta conclusão.

Outro aspecto estrategicamente relevante é a competência territorial. Existem advogados que trabalham em grandes centros e capitais, mas existem aqueles que trabalham no interior. Muitos municípios são atendidos por Juízos Únicos, nos quais não há qualquer aleatoriedade na determinação do julgador. Então antecipadamente o advogado já tem condições de saber quem julgará a causa e verificar a sua reputação. O grande problema é quando o julgador é hostil ao direito do consumidor. Mesmo que haja a possibilidade do recurso, uma sentença desfavorável enfraquece muito a posição do consumidor, sobretudo pela baixa taxa de reversão dos tribunais. Como lidar com esta situação?

O fórum *shopping* é um tema bem desenvolvido no direito empresarial e também no direito internacional privado. Aliás,

é uma prática corriqueira na vida das empresas e dos litigantes habituais. Para tentar barrar esta prática a Lei 14.879/2024 modificou o Código de Processo Civil⁵⁵⁸.

De qualquer modo, a competência territorial ainda é relativa e nosso sistema admite a prorrogação (art. 64 e 65, CPC). Nada impede o ajuizamento da ação onde o litigante bem entender. Por exemplo, buscando-se uma liminar específica, com dados jurimétricos de que o magistrado da Vara de Alto Piquiri concede decisões favoráveis em 95% dos casos, poder-se-ia propor a ação lá, conseguir a liminar e depois lidar com uma preliminar de incompetência em contestação. Esta escolha do juízo sempre foi algo difícil para o litigante eventual pelos custos de acompanhamento de processo em outra comarca. No entanto, graças à virtualização dos processos, inclusive abrangendo audiências de instrução e julgamento, não se trata mais de algo inalcançável.

Então, ao invés de ajuizar a ação no juízo do domicílio do consumidor, se nele o juiz é bastante hostil, é estrategicamente recomendável, por exemplo, o ajuizamento na sede da empresa, seja em Curitiba, Porto Alegre etc. Assim, contorna-se o juiz hostil, o que é uma saída bem inteligente. Não há motivos, em pleno século XXI, com todos os recursos tecnológicos existentes, de insistir na promoção da ação perante magistrado que já externou posição contrária em inúmeras outras oportunidades.

Assim, quando o fórum *shopping* é empregado pela parte vulnerável em reação a uma estrutura institucional hostil, ele se transforma em ferramenta legítima de resistência.

558 Hoje o parágrafo 5º, do artigo 63, do Código de Processo Civil, tem esta redação: "O ajuizamento de ação em juízo aleatório, entendido como aquele sem vinculação com o domicílio ou a residência das partes ou com o negócio jurídico discutido na demanda, constitui prática abusiva que justifica a declinação de competência de ofício".

Aliás, como a Justiça Comum é organizada por Estados, é possível até mesmo fugir de toda uma jurisprudência contrária através da escolha do foro. Trata-se, portanto, de um importante movimento ao iniciar o processo.

Para iniciar o processo o advogado precisa considerar a escolha da competência, tanto entre Justiça Comum e Juizado, quanto entre diferentes comarcas, evitando-se juízes hostis, com reputação contrária a causas consumeristas.

3.1.2 LITISCONSÓRCIO ATIVO E ALIANÇAS

Em conflitos consumeristas é muito comum a presença de mais de um consumidor e de vários fornecedores no mesmo episódio fático. Ou seja, que exista uma pluralidade de sujeitos envolvidos. Aliás, diante da complexidade das relações contemporâneas, fomentadas pelo mundo digital, torna-se até mesmo difícil individualizar os participantes de um evento. Não obstante, ao promover uma ação judicial tem-se que decidir quem integrará o seu polo ativo e o polo passivo. Esta é uma escolha pautada nas regras do jogo, sem sombra de dúvida, mas que também deve considerar aspectos estratégicos.

Quanto ao polo ativo, um dos problemas sensíveis diz respeito à opção pelo litisconsórcio ativo ou pela distribuição de várias ações individuais. Nem sempre isso é possível, já que o sistema prevê os litisconsórcios necessário e unitário⁵⁵⁹ (art. 114 e 116, do Código de Processo Civil), e nem sempre isto é relevante, já que há comarcas com juízo único. Aliás, nestas o magistrado poderia reunir os feitos para julgamento conjunto diante da conexão (art. 55, § 1º, CPC). Mas existem muitos casos em que este problema se apresenta.

559

"A necessidade e a unitariedade, embora sejam classificações diversas — pois decorrentes de ângulos diferentes de análise do litisconsórcio —, têm origem no mesmo fenômeno: incindibilidade da relação jurídica material [...] (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo - influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 119).

Imagine uma situação na qual uma família, avô, pai, mãe e filha, teve contratempos em uma viagem aérea, sofrendo prejuízos materiais e morais. São 4 pessoas envolvidas. Em um raciocínio econômico, buscando a eficiência, o mais adequado seria promover um litisconsórcio ativo com os quatro, pois se teria que administrar uma causa apenas, os atos instrutórios seriam concentrados e etc. Para o advogado, para o juiz e para a empresa seria economicamente melhor uma ação única com todos. Inclusive, considerando os custos processuais, a promoção conjunta os diminuiria. Mas estrategicamente esta seria a melhor opção? Aqui não é a eficiência que importa, mas sim a performance, a busca do melhor resultado para estes consumidores.

Lembre-se que juízes diferentes julgam de forma diferente e que o correto cumprimento do artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal varia bastante na magistratura. Pense em uma comarca com 4 juízos, com apenas um deles sendo favorável aos consumidores. Se for promovida uma única ação com todos os autores, a probabilidade de ela ser distribuída a este magistrado é de 25%⁵⁶⁰. Agora, se forem distribuídas 4 ações distintas, a probabilidade de ao menos uma delas ser destinada ao referido juiz é de 68,36%⁵⁶¹. Ou seja, a probabilidade mais do que dobrou em favor do melhor juiz para os consumidores.

Obviamente, se dentro destes 4 juízos tiver algum totalmente hostil aos consumidores, o ajuizamento individualizado também potencializa que alguma causa seja a ele distribuída. Então, não há como fugir de uma análise mais ampla, considerando sempre o todo.

Há ainda mais uma vantagem relevante para o ajuizamento individualizado. Se os quatro consumidores estivessem na mesma ação, provavelmente a companhia aérea abriria mão do depoimento pessoal e não haveria possibilidade de forçar a oitiva de nenhum deles, já que se entende majoritariamente na doutrina processual que o depoimento pessoal é prova de interesse da parte (diferente

560 Trata-se de um cálculo simples, número de ação dividido pelo número de juízos, $1/4 = 0,25 = 25\%$.

561 Aqui o cálculo é mais difícil: $1-(3/4)^4 = 1-81/256 = 256/256 - 81/256 = 175/256 \approx 0,6836 = 68,36\%$.

do interrogatório que cabe ao juiz a qualquer momento, inclusive). Abrir mão do depoimento pessoal é uma tática comum dos litigantes habituais para evitar a sensibilização do magistrado com a narrativa do consumidor. No entanto, se as ações forem propostas individualmente, o advogado pode arrolar e trazer como testemunha os outros envolvidos e, embora certamente a empresa apresente uma contradição com boa chance de êxito, o depoimento deles ainda poderá ser tomado invocando-se a regra do artigo 447, §§4º e 5º, do Código de Processo Civil, como “informantes”.

Conquanto na teoria jurídica o peso da testemunha e do informante seja diferente, em termos psicológicos, seja como testemunha seja como informante, os impactos do depoimento serão produzidos na mesma medida. É melhor um informante do que nada em termos probatórios.

É possível pensar em outros fatores, mas estes dois já são suficientes para demonstrar que havendo possibilidade de cisão em várias ações individuais, ela é preferível do ponto de vista estratégico. Note-se que este problema evidencia a tensão entre a perspectiva econômica e a estratégica, cuja adoção leva a diferentes resultados.

Não se trata de uma conclusão absoluta, já que particularidades do caso concreto podem justificar a promoção do litisconsórcio ativo, mas esta análise indica de onde começar o raciocínio.

Uma questão interessante no campo da estratégia é a possibilidade de alianças ou coalizões, noções presentes na literatura militar e também na teoria dos jogos. A convergência de interesses faz com que os agentes se unam e passem a se auxiliar cooperativamente. Trata-se de ponto pouco explorado pela advocacia consumerista, embora seja bem desenvolvida na advocacia dos litigantes habituais.

Na prática, a advocacia empresarial frequentemente organiza alianças de escritórios com atuação nacional para replicar teses defensivas em diversas jurisdições, além de manter núcleos jurídicos

especializados em monitoramento jurisprudencial. Já os advogados consumeristas, sobretudo autônomos ou de pequenas bancas, tendem a operar isoladamente, o que enfraquece sua capacidade de resistência estratégica.

Como as violações a direitos do consumidor ocorrem em ritmo massificado, a pluralidade de causas cria um ambiente que permite a ajuda mútua entre advogados consumeristas. Este movimento ocorre fora do processo e funciona melhor na advocacia no interior. Mediante contato direto é possível compartilhar provas, informações e até mesmo certas argumentações jurídicas. Não se pode esquecer que no campo da retórica, quanto mais advogados consumeristas estiverem proliferando uma tese jurídica, mais forte é a chance de ela romper o *status quo* e tornar-se uma tese vencedora. Então, no enfrentamento de litigantes habituais as alianças mostram-se bastante proveitosas.

Além da cooperação entre advogados, vale destacar o papel de associações civis de defesa do consumidor, como o IDEC. Estas instituições, embora nem sempre atuem diretamente nos autos, podem oferecer suporte técnico, difundir boas práticas, subsidiar ações coletivas ou mesmo repercutir publicamente teses relevantes. Tal suporte pode alterar o ambiente político e simbólico de um litígio, conferindo maior legitimidade social à demanda do consumidor.

Não no sentido formal do termo, deve-se lembrar da atuação do Ministério Público, que pode servir como aliado no processo. À luz do ordenamento jurídico brasileiro, não há dúvida de que o Ministério Público deveria sempre adotar uma postura pró-consumidor. Logo, mesmo na posição de *custos legis*, o *Parquet* tenderia favoravelmente ao consumidor, fortalecendo sua posição. Esta especulação de base normativa nem sempre se manifesta na realidade, já que na promotoria prevalece a classe média, com as ideologias protofascista ou liberal já destacadas neste trabalho.

3.1.3 LITISCONSÓRCIO PASSIVO

Por outro lado, tem-se a escolha do polo passivo. A complexidade das relações e a variedade de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais pode dificultar bastante este problema. Por exemplo, tratando-se de causa que verse sobre responsabilidade civil e exija a apuração do nexo causal, inclusive mediante prova técnica, é muito difícil, na verdade muito arriscado, direcionar a pretensão em face de um único sujeito.

Em tais situações é estrategicamente preferível adotar um litisconsórcio passivo amplo, colocando todos os envolvidos com o episódio. É certo que esta escolha gerará mais trabalho para o advogado, pois ao invés de combater uma única empresa, terá múltiplos adversários. No entanto, o polo passivo amplo cria uma grande vantagem estratégica que o justifica mesmo diante de um risco de sucumbência parcial. Aliás, no direito brasileiro não existe a chamada pluralidade subjetiva subsidiária, que existe no direito português⁵⁶², que permite o direcionamento do pedido subsidiariamente a uma ou outra empresa.

Diante do déficit informacional do consumidor e do princípio da incerteza, a escolha de um único réu quando há uma pluralidade de envolvidos é estrategicamente temerária. Corre-se o risco de, depois de anos de tramitação processual, haver um julgamento de improcedência com base na ausência de responsabilidade do réu, ou uma sentença terminativa por ilegitimidade passiva. Para minimizar este risco é fundamental um litisconsórcio passivo amplo.

Ademais, a inclusão de vários réus fortalece a via do acordo. Isto porque sempre é possível realizar um acordo parcial para excluir

562

O artigo 39º, do Código de Processo Civil de Portugal: "É admitida a dedução subsidiária do mesmo pedido, ou a dedução de pedido subsidiário, por autor ou contra réu diverso do que demanda ou é demandado a título principal, no caso de dúvida fundamentada sobre o sujeito da relação controvertida".

apenas um deles, ficando os outros no processo. Exemplifica-se. Imagine uma causa promovida contra a companhia de energia elétrica em virtude do suposto mau funcionamento da rede elétrica que queimou vários equipamentos eletrônicos. Neste caso é habitual a companhia suscitar culpa exclusiva da vítima ou de terceiro por uma suposta deficiência da rede interna do consumidor. Então se dirige a ação contra a companhia de energia elétrica e também contra a empreiteira responsável pela instalação elétrica da casa. Se o dano material tiver sido de 10 mil reais, a margem de negociação com cada réu pode ser de 5 mil reais, enquanto se houvesse apenas um a margem seria do total.

Outro fator a ser considerado é a chamada “administração do risco judicial”. Empresas com culturas institucionais distintas podem ter políticas de contencioso diferentes, inclusive quanto à aceitação de acordos e à disposição para resistir até o trânsito em julgado. Ao reunir empresas distintas no polo passivo, o consumidor multiplica as possibilidades de composição. Enquanto uma empresa pode adotar postura intransigente, outra pode ter interesse reputacional em pôr fim ao processo o quanto antes. Assim, a dispersão do risco entre réus com perfis diferentes beneficia o consumidor.

Em termos probatórios, o litisconsórcio passivo também cria uma tensão interessante, pois no depoimento pessoal de cada réu é possível obter elementos probantes contrários aos demais. Aliás, dependendo da relação negocial das empresas, que pode ser nenhuma, pode-se criar uma rivalidade entre elas. Então os fornecedores começam a disputar entre eles, sendo possível o conflito entre dois litigantes habituais.

Essa rivalidade pode ser explorada inclusive como instrumento de barganha. Se uma das rés reconhecer sua responsabilidade ou buscar um acordo para se afastar da lide, isso pode gerar um efeito psicológico e jurídico relevante sobre os demais

litisconsortes, sobretudo se o acordo implicar admissão parcial de culpa ou fornecimento de documentos úteis ao autor. Isto pode desestabilizar a resistência dos demais réus.

Obviamente, não se pode esquecer que os movimentos ocorrem fora do processo e nada impede que os réus já tenham se reunido e traçado uma estratégia conjunta para debelar a ação. Aliás, a teoria dos jogos demonstra que é mais racional a formação de coalizões⁵⁶³ para enfrentamento do adversário comum.

Enfim, enquanto a visão normativa cria no estudante a necessidade de teoricamente encontrar o réu certo para cada ação, a visão estratégica demonstra que este risco não deve ser assumido pelo autor, sendo preferível a adoção de um litisconsórcio passivo amplo.

A prática revela que a postura conservadora de buscar um único responsável para evitar complexidade processual muitas vezes compromete o êxito da demanda. A complexidade, ao contrário, deve ser manejada como um ativo estratégico — algo que desestabiliza os litigantes habituais, acostumados a enfrentamentos padronizados. Apostar em múltiplos réus, com distintos graus de envolvimento e responsabilidade é uma forma eficaz de romper padrões defensivos consolidados e abrir margem para soluções mais favoráveis ao consumidor.

563 *"Two-person constant sum games are games of pure conflict, because each player's gains is the other's loss. In constant sum games with more than two players and in all variable sum games, there is generally reason for coalition formation to improve payoffs to members of the coalition [...]"*. Em tradução livre: "Jogos de soma constante entre duas pessoas são jogos de conflito puro, porque o ganho de um jogador representa a perda do outro. Em jogos de soma constante com mais de dois jogadores, e em todos os jogos de soma variável, geralmente há motivos para a formação de coalizões, a fim de melhorar os ganhos dos membros da coalizão" (AUDI. Robert. **The Cambridge dictionary of philosophy**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999, p. 340).

3.2 PEÇAS IMPORTANTES

Dentro dos movimentos estratégicos possíveis insere-se a prática de atos processuais, destacadamente a apresentação de peças processuais. Elas são muitas, mas aqui se analisam três delas: a petição inicial, a impugnação à contestação e os embargos declaratórios.

3.2.1 A PETIÇÃO INICIAL

A petição inicial inaugura a fase processual do jogo, sendo a principal peça do autor. A teoria tradicional estuda a petição inicial a fundo em seu aspecto normativo, a partir das regras do jogo, apontando-lhe os requisitos formais, as possibilidades de emenda, as hipóteses de indeferimento, os documentos indispensáveis etc. Como já salientado, interessa-se teoricamente pela sua dimensão estratégica.

Trata-se de peça crucial do processo na qual, para além da exposição dos fundamentos de fato e de direito, que delineia o campo da disputa, delimitando os contornos da controvérsia e, portanto, as balizas da cognição judicial. A inicial não apenas deflagra o processo, mas também orienta o seu desenvolvimento.

Antes é preciso esclarecer que a elaboração da inicial tem aspectos atrelados à teoria da argumentação. Afinal, na inicial, como em outras peças, há um discurso que busca o convencimento do auditório, que não é composto apenas do juiz singularmente considerado. De qualquer forma, esta dimensão retórica não será aqui teoricamente desenvolvida. Ou seja, não se problematiza aqui como produzir uma inicial convincente.

Aliás, em alguma medida a dimensão argumentativa e a estratégica podem entrar em choque na elaboração da inicial. Uma tensão que não é facilmente contornável. Explica-se. Dentro da teoria da argumentação há um elemento chamado presença, que fortalece a força dos argumentos. Para aumentar a presença vale-se de técnicas como a redundância ou a adoção de linguagem concreta. Quanto mais tempo uma pessoa é exposta a um discurso maiores são as chances de conseguir sua adesão. Então, um discurso argumentativo forte, dentre outros aspectos, depende de uma narrativa fática completa e o mais precisa possível, rica em detalhes e com um texto coerente. Ocorre que isto gera problemas estratégicos sensíveis.

O advogado, ao buscar construir uma narrativa fática detalhada, municia o adversário com elementos que serão revertidos contra sua própria tese. O excesso de exposição gera um risco que pode ser contraproducente em uma perspectiva estratégica.

A partir da inicial o réu obtém informações sobre os argumentos autorais. Logo, quanto mais exposição, mais informações serão fornecidas. Elas podem e de fato serão utilizadas pelo adversário. O próprio texto em si pode ser utilizado contra o autor. Logo, para dificultar a vida do réu, do ponto de vista estratégico, a inicial deveria ser o mais enxuta possível, apenas com aquilo que é fundamental.

Dá-se um exemplo concreto. Entre as teses de defesa dos litigantes habituais estão a decadência e a prescrição, que se configuram diante da inércia do consumidor por um lapso temporal. Até não é incomum que um consumidor demore para tomar providências em razão de alguma falha no funcionamento de um produto, abrindo-se a possibilidade da caducidade prevista no artigo 26, do Código de Defesa do Consumidor. Se a narrativa for completa, com menção a datas e marcos temporais bem definidos, o fornecedor pode utilizar o próprio conteúdo da inicial para demonstrar a caducidade. Com uma narrativa genérica dificulta-se isso.

Outra situação. O consumidor foi vítima de alguma destas fraudes eletrônicas, tão frequentes hoje em dia. Se a narrativa fática é muito detalhada, permite-se ao réu explorar pontos para sustentar culpa exclusiva do consumidor ou culpa de terceiro, enfim, alguma excludente de responsabilidade. Se a narrativa é curta dificulta-se o trabalho do réu.

Ao escolher silenciar certos fatos, o autor molda não apenas a percepção do julgador, mas também os contornos possíveis do litígio. Em contextos marcados por assimetria informacional, como os litígios consumeristas, a decisão de omitir pode ser uma forma de resistência tática diante de adversários experientes que instrumentalizam cada detalhe contra o consumidor.

Além disso, conforme se amplia a narrativa fática amplia-se o ônus probatório, que recai ordinariamente sobre o autor. Quanto mais fatos, mais detalhes, bastará ao réu negá-los em contestação para enfraquecer uma das posições do autor.

O limite desta contenção da narrativa seria a inépcia da inicial, prevista no artigo 330, I, do Código de Processo Civil, que pode ficar caracterizada quando faltar causa de pedir. Sabe-se que, dependendo do tipo de demanda, a jurisprudência contemporânea concede uma aplicação bem restrita à noção de inépcia, reservando-a apenas a casos extremos, nos quais não é minimamente possível compreender por que a parte está provocando o Judiciário.

De qualquer forma, produzir uma inicial muito simples, sobretudo na narrativa fática, diminui o seu vigor retórico, tratando-se, portanto, de um dilema difícil de ser resolvido teoricamente, pelo menos por ora.

Apesar de toda esta digressão sobre a narrativa fática, o pedido é o elemento mais relevante do ponto de vista estratégico. Isto porque o magistrado não pode selecionar qual pedido julgar, pois teoricamente o sistema jurídico contemporâneo veda o *non liquet*. Ou seja, enquanto a jurisprudência nacional, seguindo a estranha

orientação do Superior Tribunal de Justiça, permite que julgadores selecionem argumentos, fáticos ou jurídicos, descartando aqueles “irrelevantes”, o pronunciamento judicial deve contemplar todos os pedidos, sem distinção.

O risco de improcedência é inversamente proporcional ao número de pedidos formulados. Para um pedido apenas o risco é maior do que para dois pedidos, e assim sucessivamente. Esta conclusão é logicamente sustentável a partir da probabilidade.

A ampliação do número de pedidos pode ser obtida com o desmembramento das noções jurídicas existentes. Imagine uma ação judicial com causa de pedir em práticas abusivas de uma instituição financeira, que geraram uma perda ao consumidor de R\$ 10.000,00. É comum a formulação de um único pedido do tipo “que haja o julgamento de procedência reconhecendo-se as práticas abusivas e condenando o banco a pagar o valor de R\$ 10.000,00 a título de repetição”. Estrategicamente o pedido deveria ser desmembrado, para contemplar claramente a pretensão declaratória, com todos os seus aspectos, e depois a pretensão condenatória. Lembre-se que o Código de Processo Civil prevê o direito à obtenção da tutela declaratória (art. 19 e 20, CPC) e o direito de que a coisa julgada alcance também as questões prejudiciais (art. 503, § 1º, CPC). Logo, no caso exemplificado, o mais forte seria desmembrar os pedidos, fazendo constar a procedência para “reconhecer a prática abusiva de cobrança de tarifa de renovação de cadastro; reconhecer a prática abusiva de cobrança de seguro de vida; reconhecer a prática de capitalização diária não contratada; etc.”, e depois incluir o pedido de repetição.

Um outro exemplo corriqueiro. Diante de acidente de consumo, formula-se apenas um pedido condenatório de danos materiais e outro de danos “morais”. O mais forte é desmembrar os pedidos conforme cada dano material, emergente, lucro cessante, assim como para cada dano imaterial, morais, estético, perda da chance

etc. Desmembrar efetivamente com tópicos bem definidos, sobretudo na parte do pedido.

A questão vai além. Lembre-se que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não analisam questões fáticas. Elas têm que ser resolvidas nas instâncias ordinárias. Se o consumidor formula apenas um pedido de condenação de danos morais por atraso de voo, por exemplo, pode haver um julgamento de improcedência, mas não pela negativa do substrato fático, mas sim pela sua não qualificação como um dano moral. Então, fica provado um atraso de 12 horas, mas o julgador entende que este tempo é insuficiente para configurar um dano moral. O julgamento é de total improcedência. A chance de levar esta matéria ao STJ é remotíssima, porque a sua Súmula 7 será invocada. No entanto, poder-se-ia ter formulado um pedido declaratório, de reconhecimento do atraso de 12 horas no voo — que, inclusive, poderia não ser controvertido, pois a companhia aérea poderia não impugná-lo especificamente em contestação — e outro pedido, agora condenatório, da indenização dos danos morais. Aqui, o pedido declaratório teria que ser julgado procedente. E, o mais interessante, uma vez definido no dispositivo que houve um atraso de 12 horas de voo, este aspecto fático integraria o dispositivo, pois foi uma questão prejudicial inteiramente resolvida. Então, haveria uma chance no STJ, pois o especial não versaria sobre fatos, mas sim sobre a qualificação jurídica respectiva, o que é permitido em nossa Corte Superior.

Essa diferenciação entre “fato controvertido” e “qualificação jurídica do fato” é um ponto nevrálgico nas estratégias recursais. Uma inicial bem construída, com pedidos devidamente autônomos e bem formulados, pode ampliar sensivelmente a margem de recurso e as possibilidades de êxito em tribunais superiores.

Ainda sobre o pedido, deve-se aprender a formulá-lo considerando a possibilidade de pedido subsidiário e alternativo, conforme o artigo 326, do Código de Processo Civil. O Superior Tribunal

de Justiça entende que havendo pedido subsidiário, a rejeição do principal e o acolhimento do subsidiário gera sucumbência recíproca⁵⁶⁴. No entanto, diante de pedidos alternativos: “Formulados pedidos alternativos e acolhido em sua totalidade um deles, não há que se falar em sucumbência recíproca”⁵⁶⁵. Então, voltando ao exemplo do acidente de consumo, se existe um dano cuja caracterização não é clara, pode-se formular pedidos alternativos, para que seja reconhecido o lucro cessante ou a perda da chance. É importante deixar claro que são pedidos alternativos, um ou outro, sem qualquer tipo de dependência ou sucessão.

Outra questão interessante da inicial diz respeito ao enquadramento fático-jurídico. Há modelos preditivos que indicam como fator preponderante do julgamento justamente este enquadramento⁵⁶⁶. Ou seja, como os fatos foram enquadrados juridicamente no processo. Os mesmos fatos podem gerar diferentes enquadramentos. Não se trata do *nomem iuris* da ação, mas algo muito maior, atrelado à fundamentação jurídica e aos pedidos formulados.

Eis um exemplo versando companhias de telefonia. Imagine que um determinado consumidor recebeu uma oferta de telefonia móvel com a afirmação que o local de sua residência era bem atendido pela rede da empresa. Depois da contratação, com a utilização do serviço verifica-se que isto não era verdadeiro. Na maior parte do tempo o celular do consumidor fica sem sinal. Uma forma de enquadrar estes fatos é como um vício na prestação de serviço, nos termos do artigo 20, do Código de Defesa do Consumidor. Mas também poderia ser enquadrado como ofensa à oferta, conforme o artigo 35,

564 BRASIL, STJ, EREsp n. 616.918/MG, relator Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 2/8/2010, DJe de 23/8/2010.

565 BRASIL, STJ, REsp n. 206.554/SC, relator Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 5/4/2001, DJ de 8/10/2001, p. 165.

566 ALETRAS, Nikolaos; TSARAPATSANIS, Dimitrios; PREOTIUC-PRIETRO; LAMPOS, Vasileios. Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective. **Peer J Computar Science**. October 2016. DOI 10.7717/peerj-cs.93.

do Código de Defesa do Consumidor. Ocorre que a reclamação por vícios caduca em 90 dias para produtos duráveis (art. 26, II, CDC) e este prazo decadencial não existe para a reclamação por descumprimento da oferta. Assim, diante das peculiaridades fáticas, o tipo de enquadramento jurídico pode gerar diferentes julgamentos.

Logo, o *framing*, a correlação entre fatos e o direito é uma questão que ultrapassa a mera dimensão das regras processuais e atinge diretamente a dimensão estratégica. Não se trata, portanto, de apenas realizar um enquadramento processualmente correto, mas também estrategicamente mais vantajoso.

Os litigantes habituais sabem disso e geralmente na contestação tentam modificar o enquadramento a seu favor. Ou seja, tentam dar aos fatos uma descrição jurídica diferente daquela dada na inicial. Muitas vezes o problema é que a decisão-modelo do julgador está formatada nos moldes do enquadramento da empresa. Então, o advogado consumerista terá que se esforçar para romper a inércia do magistrado e sua tendência de meramente reproduzir a decisão-modelo.

Ainda sobre o enquadramento, tem-se a questão dos procedimentos especiais. Toda vez que o autor tenta valer-se de um procedimento especial ele atrai para si o ônus de demonstrar o atendimento de requisitos específicos de lei, cuja falta pode ensejar uma extinção sem julgamento de mérito por ausência de interesse jurídico. Este é um risco amenizado quando se vale de uma ação ordinária, por exemplo. O caso mais emblemático é o do mandado de segurança. Ele exige a demonstração do “direito líquido e certo”, que remete a uma prova pré-constituída. De fato, o *writ* tem conhecimento limitado, e não permite instrução probatória ampla. Então quem em sã consciência optaria por ele ao invés de ingressar com uma ação de obrigação de fazer? Dir-se-á que ele afasta o risco dos honorários sucumbenciais, excluídos expressamente pela lei (art. 25, da 12.016/2009). Mas será que esta vantagem compensa abrir mão da produção probatória? Já

se demonstrou teoricamente que a ação ordinária é estrategicamente mais forte do que o mandado de segurança⁵⁶⁷.

Hoje o Código de Processo Civil prevê a possibilidade da adoção do procedimento comum sem prejuízo das técnicas diferenciadas dos procedimentos especiais (art. 327, § 2º, do CPC). Então por que ingressar com uma ação de consignação em pagamento isolada, regulada pelos artigos 539 e seguintes do Código de Processo Civil, quando o pedido consignatório pode ser cumulado a um declaratório, ou desconstitutivo ou mesmo condenatório em uma ação ordinária? Qual seria a vantagem do procedimento especial se o depósito judicial pode ocorrer no rito ordinário?

Enfim, enfrentando litigantes habituais no Sistema de Justiça Brasileiro, considerando a dimensão estratégica, o consumidor deve apresentar uma inicial com a narrativa fática simplificada, com um enquadramento fático-jurídico que favoreça suas teses, dando preferência para o procedimento comum e, o mais importante, formulando uma cumulação de pedidos, diferenciando tutelas declaratórias e condenatórias, obrigando a autoridade judicial a decidir os exatos pontos que lhe interessam em um processo.

3.2.2 IMPUGNAÇÃO À CONTESTAÇÃO

Dentro do *design* do processo civil brasileiro o autor é o último a falar na fase postulatória. Após o oferecimento da contestação, as regras do jogo (art. 350 e 351, CPC) determinam sua intimação para manifestação em 15 dias. Afinal, na defesa é comum a alegação de alguma das matérias do artigo 337, do Código de Processo Civil (por exemplo ilegitimidade passiva, inépcia da inicial, etc) ou mesmo de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

567

MELLO, João Pedro de Souza. **Análise estratégica da norma processual**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, Brasília, 2022, p. 87.

Então ele deve ser ouvido a respeito disso, dentro do exercício do contraditório. Não é incomum, inclusive, que o réu apresente provas documentais com a defesa, e seja oportunizado ao autor refutá-las.

Embora a expressão não esteja presente no texto do Código de Processo Civil, costumeiramente chama-se esta peça de “impugnação à contestação”.

Trata-se de uma peça bem desprestigiada pela comunidade jurídica no processo civil. A crença de que a tensão principal está entre inicial e contestação, que não é de todo falsa, explica um pouco desta situação. Nas obras técnicas pouco se discorre sobre a impugnação à contestação. Em decisões judiciais ela é apenas mencionada no relatório *in passant* e seus os argumentos não são enfrentados na fundamentação.

Esta cultura da “invisibilização” da impugnação não é acidental. Já se discorreu sobre a vantagem da defesa no litígio civil. A contestação pode ser mais robusta porque o réu já conhece inteiramente as alegações do autor e inclusive a prova pré-constituída que ele detinha. Neste cenário, a impugnação serviria justamente para reequilibrar as posições, permitindo o fortalecimento do autor. Ou seja, a inicial deveria ser compreendida em conjunto com a impugnação, considerando as duas como o bloco da manifestação autoral na fase postulatória. Logo, a generalizada desconsideração da impugnação presta-se justamente para manter forte a defesa.

A impugnação tem um papel fundamental para preservar a coerência narrativa do autor frente às distorções frequentemente operadas na contestação por litigantes habituais. É comum, por exemplo, que bancos, seguradoras, empresas de telecomunicações e loteadoras apresentem uma versão dos fatos completamente descolada da realidade descrita na inicial, criando uma nova moldura fática (*framing*) mais favorável aos seus interesses. A impugnação, então, cumpre a função de reposicionar os marcos do litígio, reafirmando o núcleo da controvérsia e resistindo ao enquadramento do réu.

A desconsideração cultural da impugnação vem da magistratura, mas principalmente dos advogados. Muitos veem esta peça como algo meramente protocolar. Pensam: “já disse o que tinha que ser dito na inicial”. No entanto, este tipo de comportamento não é estratégico.

Considerando o campo da retórica, sabe-se da força da última palavra. Ou seja, em uma discussão falar por último dá a vantagem de rebater as alegações do adversário e criar alegações sobre as quais ele não conseguirá se manifestar. Toda a dinâmica de réplica e tréplica serve para lidar com este problema. Embora a impugnação não seja a última oportunidade de manifestação do processo, é a última da fase postulatória. Então ela tem sua relevância na dimensão argumentativa.

No entanto, aqui interessa a dimensão estratégica. Ainda que a burocracia e o juiz não deem culturalmente muita relevância para o conteúdo da impugnação à contestação, normativamente ela é uma peça como qualquer outra e que precisa ser devidamente considerada nos pronunciamentos judiciais.

De lado o aspecto técnico de que na impugnação deve-se refutar os argumentos expostos na contestação, existem algumas particularidades que merecem destaque. O ponto principal diz respeito à regra do jogo de que na contestação deve ser exposta toda a matéria de defesa, o conhecido princípio da concentração da defesa, com a impugnação específica dos fatos e pedidos autorais (art. 336 e 341, CPC). Este ônus processual tem relevantes repercussões em litígios consumeristas.

A adoção de minutas padrões de defesa, bem abstratas e genericamente elaboradas, faz com que o litigante habitual deixe de impugnar especificamente certos fatos, não refute pedidos e não ataque especificamente a prova pré-constituída produzida pelo consumidor. Embora alguns magistrados relativizem o ônus da impugnação específica, a sua ausência na contestação cria uma posição favorável ao autor, que precisa ser processualmente explorada.

A falta de impugnação específica afeta a delimitação da controvérsia fática. O ônus probatório recai ordinariamente sobre o autor, criando-lhe uma grande desvantagem. Mas as regras do jogo estabelecem que os fatos incontroversos não serão objeto de provas (art. 374, III, CPC). No momento da impugnação é objetivamente possível, contrastando inicial e contestação, identificar quais são os fatos controvertidos, evidenciando o que não foi negado pelo litigante habitual. A impugnação à contestação, então, torna-se uma peça relevante para indicar fatos incontroversos.

Dependendo da quantidade de pedidos formulados pelo autor não é incomum que falte na contestação a impugnação específica de um deles. Então se terá um pedido incontroverso que, inclusive, permite a produção de uma decisão parcial de mérito (art. 356, I, CPC). A impugnação é a peça certa para indicar o pedido incontroverso e pugnar pelo seu imediato reconhecimento pela autoridade judicial. Por exemplo, em conflitos envolvendo loteadoras pede-se sempre a indenização das benfeitorias realizadas pelo consumidor no imóvel. Este pedido muitas vezes sequer é impugnado pelo fornecedor. Então, tecnicamente o magistrado deveria reconhecê-lo, seja em decisão parcial ou ao final na sentença.

Também não é incomum que falte impugnação específica da prova pré-constituída pelo autor. Ou seja, a empresa não nega a validade formal e substancial de um determinado documento. Neste cenário, consideram-se autênticos os documentos apresentados (art. 411, III, CPC) para todos os fins e efeitos.

A impugnação torna-se uma ferramenta de explicitação de preclusões materiais, reforçando a tese autoral mas também delimitando o objeto do processo, impedindo inovações defensivas futuras. Isso é muito importante perante litigantes habituais que tentam retomar argumentos já superados, violando a boa-fé processual.

A questão aqui é que nada disso será reconhecido automaticamente pela autoridade judicial. Ela precisa ser provocada. Daí a impugnação à contestação apresentar-se como um movimento estratégico fundamental.

Aliás, diante de contestações genéricas, que nada têm a ver com os fatos concretos, é possível defender na impugnação a existência de uma “inépcia da contestação”, aplicando em simetria o mesmo conceito existente para a inicial, o que produziria o efeito de reputar verdadeira as alegações fáticas do autor, algo semelhante ao efeito da revelia (art. 344, CPC). Ou até mesmo seria possível a concessão de tutela de evidência com base no artigo 311, I, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, é na impugnação à contestação que o autor deve de forma específica atacar a prova documental produzida pelo réu, alegando sua invalidade formal e substancial. Refutando inclusive a sua autenticidade. Neste mundo digital não é incomum que os fornecedores apresentem “telas sistêmicas”, relatório, “prints”, planilhas, e outros elementos unilateralmente produzidos, sobre os quais é impossível verificar a autoria, a integridade, a data, etc. Eles devem ser especificamente refutados exatamente na impugnação à contestação.

Este movimento modifica o ônus da prova, pois as regras do jogo estabelecem que a autenticidade de um documento deve ser comprovada por quem o produziu (art. 429, II, CPC). Inclusive existe precedente favorável ao consumidor no Superior Tribunal de Justiça sobre este assunto, o Tema Repetitivo 1061/STJ⁵⁶⁸.

Toda esta argumentação pode em um primeiro momento ser desconsiderada pelo magistrado, dentro da cultura de invisibilidade desta peça, mas diante desta omissão, os embargos declaratórios devem ser manejados.

568

Tema Repetitivo 1061/STJ: “Na hipótese em que o consumidor/autor impugnar a autenticidade da assinatura constante em contrato bancário juntado ao processo pela instituição financeira, caberá a esta o ônus de provar a autenticidade (CPC, arts. 6º, 369 e 429, II)”.

Enfim, enfrentando litigantes habituais no Sistema de Justiça brasileiro o consumidor deve valer-se estrategicamente da impugnação à contestação, evidenciando todas as corriqueiras insuficiências técnicas da defesa dos litigantes habituais fruto da produção em série, valendo-se desta peça para fortalecer a inicial, jamais se esquecendo de impugnar especificamente a documentação apresentada pelo fornecedor.

3.2.3 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Embora todos os recursos previstos no sistema processual brasileiro tenham sua relevância, dentro do *design* do processo civil e considerando as peculiaridades dos litígios consumeristas em face de litigantes habituais, os embargos de declaração têm uma especial relevância estratégica.

Antes de tudo, é preciso salientar a antipatia de alguns julgadores com os embargos declaratórios. Aliás, até mesmo compreensível. Afinal, este recurso aponta vícios formais da decisão judicial. Ou seja, evitando-se eufemismos, ele indica falhas cometidas na prestação jurisdicional. Toda decisão deveria ser completa, coerente e precisa. Quando ela não é, houve algum equívoco, algum lapso, que precisa ser corrigido. Nenhum ser humano gosta de ver apontados seus erros⁵⁶⁹. Mais difícil ainda é reconhecê-los publicamente. Há, portanto, uma resistência estrutural contra os aclaratórios e a minuta padrão de rejeição está pronta sempre à espera de ser utilizada. No entanto, a percepção acerca deste recurso deveria ser outra, já que “Legisladores e juízes são humanos e, portanto, falíveis. A questão é, então, a construção de técnicas capazes de maior redução dos erros e de melhor efetivação dos valores, princípios e regras

569

“[...] é preciso lembrar que os juízes são seres humanos e como tais sujeitos a fraquezas e paixões, que muitas vezes os impedem de fazer uma autocrítica serena e objetiva” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 165).

constitucionais”⁵⁷⁰. Afinal, o dever de fundamentar decisões judiciais é basilar em uma democracia e encontra-se espalhado em diferentes ordenamentos jurídicos⁵⁷¹.

Atualmente no senso comum predomina o discurso de que os recursos seriam os grandes vilões, responsáveis pela morosidade do sistema, impedindo uma maior efetividade da Justiça. Os dados, no entanto, demonstram a falsidade desta crença. O parâmetro adotado é o índice de recorribilidade apurado pelo Conselho Nacional de Justiça⁵⁷². Em 2023 a chamada recorribilidade interna, que considera os recursos a serem julgados pelo mesmo órgão judicial (ex. embargos declaratórios), foi de 13,7% no segundo grau e entre 6,2% e 3,4% para o primeiro grau (o primeiro para o processo de conhecimento o segundo para a execução). No que tange à recorribilidade externa, recursos para outro órgão (ex. apelação), o índice foi de 27,5% no segundo grau e entre 25,4% e 9,8% no primeiro grau (o primeiro para o processo de conhecimento e o segundo para a execução). Ou seja, o maior índice de recorribilidade foi de 27,5%, o que significa que a maior parte das decisões judiciais não sofre recurso algum. As partes não recorrem com a frequência alardeada por professores e profissionais do direito, não existindo estatisticamente qualquer comprovação de excesso pelos jurisdicionados.

Conforme as regras do jogo, os embargos declaratórios podem ser opostos contra qualquer decisão judicial, ou seja, interlocutórias, sentença, decisões monocráticas, acórdãos, de modo que sua frequência potencial é exatamente proporcional à quantidade de pronunciamentos judiciais com cunho decisório, que não

570 CAMBI, Eduardo. Protagonismo judiciário responsável. **ARGUMENTA - UENP JACAREZINHO**, n. 16, p. 83-97, 2012.

571 CAMBI, Eduardo; MUNARO, Marcos Vinícius Tombini. Dever de fundamentação das decisões judiciais (exegese do artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil). **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 2. Maio a Agosto de 2019.

572 BRASIL, CNJ, Sumário executivo - Justiça em Números 2023.

são poucos durante o processo. Trata-se, portanto, de um movimento que pode ser constantemente utilizado no processo.

Eles têm um custo-benefício baixo, pois não exigem preparo, o trabalho para sua elaboração não é grande, e não acrescentam riscos ao litigante. O prazo para interposição é curto, apenas 5 dias, mas formalmente ele é muito simples. Logo, não há nada que desestimule a utilização deste recurso. Muitos litigantes, inclusive os habituais, o utilizam apenas para ganhar tempo. Esclareça-se, contudo, que o ganho de tempo não é causado pelos embargos em si, mas pela morosidade de todo o sistema. Tecnicamente o magistrado deveria analisá-los no prazo máximo de 10 dias (art. 226, II, CPC), o que não acontece.

A finalidade dos embargos de declaração é apenas a integração do julgado e não sua modificação — a hipótese de efeitos infringentes é excepcional⁵⁷³ — o que significa dizer que normativamente não teriam o impacto de uma apelação, por exemplo. No entanto, a estratégica utilização dos embargos declaratórios é maior do que se pensa. Tanto em seu uso convencional, para mera integração, quanto para de fato obter alguma modificação relevante no julgamento⁵⁷⁴.

O manejo estratégico dos embargos declaratórios depende, contudo, de um agir estratégico no processo como um todo. Eles sozinhos não salvarão o dia. Desejando uma decisão completa, coerente e precisa, deve-se apresentar petições também completas, coerentes e precisas. Aliás, a completude de uma petição não está

573 "Em alguns casos, o suprimento da omissão acarretará, sob pena de o provimento se tornar manifestamente incoerente após o julgamento dos embargos de declaração, agasalhando flagrante contradição, a inversão do desfecho consagrado no pronunciamento originário. É mister reconhecer, nessas situações, modificação particularmente qualificada provocada pelos embargos, recebendo o nome de 'efeito infringente'" (ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 764).

574 "No desenvolvimento do uso dos embargos declaratórios, no entanto, vê-se que não raras vezes eles transcendem essa configuração de pureza e não se voltam, portanto, exclusivamente a aclaramentos sem a mínima potencialidade de interferir nos rumos do julgamento. Ocorrem situações especiais em que de alguma forma eles podem inverter sucumbências, reduzi-las ou alterá-las de algum modo" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 190).

no número de páginas, mas na construção de argumentos alicerçados na prova e nas fontes do direito (leis, jurisprudência ou doutrina).

As regras do jogo vedam o *non liquet*. Isto significa que o magistrado é obrigado a decidir sobre um pedido, seja para deferi-lo ou indeferi-lo. Seu julgamento não pode estar aquém do que foi pedido, além ou diferente, na terminologia latina, não pode haver julgamento *citra*, *ultra* ou *extra petita*. Logo, a prestação jurisdicional está como regra atrelada ao pedido e este é feito pela parte. Inclusive pela parte mais fraca, o consumidor. E o peticionamento é livre — não tão livre assim, já que toda a teoria jurídica vai criando os obstáculos necessários para a proteção de certos grupos. Então, embora o poder da decisão esteja nas mãos do julgador, o poder da formulação do pedido está com a parte. O enquadramento jurídico é por ela realizado.

Então, por exemplo, quando o consumidor formula um pedido de tutela de urgência, o mais importante não é suscitar genericamente a probabilidade do direito e o perigo de dano, tudo conforme o artigo 300, do Código de Processo Civil, mas apontar especificamente o porquê de sua existência no caso concreto. Uma peça bem-organizada, clara e objetiva. Quando o indeferimento vier, e esta é a maior probabilidade quando se advoga para o lado mais fraco, a fundamentação judicial terá que respeitar os parâmetros do artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil⁵⁷⁵, e não bastará um mero “diante da prova dos autos não vislumbro a probabilidade” ou “não há perigo de dano”, pois seriam razões genéricas, desconectadas do caso concreto. Como o trabalho anterior foi bem-feito, agora será

575

“O inciso III, do §1o, do artigo 489, do CPC/2015 tem grande relevância na atualidade, impedindo a decisão abstrata, na qual o juiz utiliza motivos aptos para qualquer outra situação, até porque há um excessivo número de demandas de massa, decorrente do crescente uso de recursos tecnológicos, com fácil acesso aos bancos de dados de decisões anteriores. O escopo desse dispositivo é impedir que o juiz utilize, indistintamente, decisões-modelo, isto é, decisões baseadas no recorta e cola, sem nenhuma ligação com a situação concreta” (CAMBI, Eduardo; MUNARO, Marcos Vinícius Tombini. Dever de fundamentação das decisões judiciais (exegese do artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil). Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 2. Maio a Agosto de 2019).

fácil apontar as omissões judiciais mediante os embargos declaratórios, preparando o caminho para um recurso.

Como na vida real os julgadores primeiro decidem e depois organizam a justificação da decisão não é incomum que na fundamentação deixem de enfrentar ou de se pronunciar sobre um argumento forte com condições de bem revelar a fragilidade do julgamento realizado. A ideia do Código de Processo Civil de 2015 era exigir efetivamente do julgador o pronunciamento sobre os argumentos das partes, evitando-se a chamada motivação seletiva, na qual o juiz escolhe sobre quais argumentos se pronunciar. No entanto, pouco tempo depois do começo da vigência do código, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça minou o alcance da norma ao decidir que

O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.⁵⁷⁶

Esta posição do Superior Tribunal de Justiça era e continua sendo bastante criticável⁵⁷⁷, já que não potencializa a qualidade da prestação jurisdicional e diminui o grau de legitimidade dos pronunciamentos judiciais. Também fortalece um viés autoritário ao permitir que o julgador decida sobre quais argumentos quer se manifestar.

576 BRASIL, STJ, EDcl no AgRg nos EREsp 1.483.155/BA, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, DJe de 3.8.2016.

577 "[...] não se pode concordar com o entendimento do STJ, uma vez que se trata de clara jurisprudência defensiva, com evidente viés de amenizar a sobrecarga de trabalho dos tribunais, para evitar do julgador analisar todos os pontos invocados pelos envolvidos no processo" (CAMBI, Eduardo; MUNARO, Marcos Vinícius Tombini. Dever de fundamentação das decisões judiciais (exegese do artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil). Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 2. Maio a Agosto de 2019).

De qualquer forma, mesmo neste cenário da motivação seletiva, os embargos declaratórios continuam importantes para forçar um pronunciamento, inclusive para preparar um futuro recurso. É bem conhecido na teoria tradicional o requisito criado jurisprudencialmente do prequestionamento. Há inclusive súmula do STJ sobre o tema⁵⁷⁸.

Ao opor os embargos declaratórios amplia-se a argumentação possível, pois a sua singela rejeição, sem a integração da decisão, possibilita a alegação de ofensa aos artigos 93, XI, da Constituição Federal, e 1.022, do Código de Processo Civil, com pedido de cassação do ato judicial por ofensa ao princípio da motivação judicial.

Por exemplo, depois do indeferimento de um pedido de tutela de urgência, opõem-se os embargos declaratórios para integração da decisão. Mesmo que haja a sua rejeição, ampliou-se a argumentação possível do agravo de instrumento, que agora poderá versar tanto sobre a violação ao artigo 300, do Código de Processo Civil, quanto aos dispositivos próprios dos aclaratórios. Em termos estratégicos, portanto, a chance de sucesso aumentou. Trata-se de uma simples noção probabilística. Se a pretensão recursal resume-se a um único pedido, a chance de êxito é menor. A adição de mais um pedido recursal melhora a posição do recorrente.

Além disso, pensando no jogo todo, que inclui a atuação perante os Tribunais Superiores, uma violação do princípio da motivação é matéria de direito, exclusivamente processual que pode, então, ser apreciada tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal.

Há ainda um outro uso inteligente dos aclaratórios que é combiná-los com uma questão de ordem. É algo um pouco mais sofisticado, mas tecnicamente viável. Como se sabe, a matéria

578

Súmula 98/STJ: "Embargos declaratórios manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório"(BRASIL, STJ, Súmula 98, DJ 25.04.94, p. 9.284).

de ordem pública deve ser conhecida a todo tempo e por qualquer juízo, existindo inclusive o chamado efeito translativo dos recursos. Então, imagine que o julgador tenha deferido um pedido do litigante habitual de forma *extra petita*. Certamente os aclaratórios podem ser opostos para questionar omissões ou obscuridades, mas junto a eles pode-se abrir uma preliminar de questão de ordem para suscitar a nulidade da decisão pelo julgamento *extra petita*. A vantagem da apresentação conjunta é que os aclaratórios interrompem o prazo de outros recursos.

Ainda que o magistrado possa rejeitar os aclaratórios genericamente, com a tal decisão-modelo, terá que enfrentar a questão de ordem, expondo mais uma vez a fragilidade de seu raciocínio judicial. Então, veja que interessante, abrem-se 3 caminhos de impugnação recursal, a ofensa de lei pela apreciação genérica dos aclaratórios, a ofensa de lei nos termos da questão de ordem, e a ofensa de lei relacionada à matéria principal. Uma única peça modificou totalmente o cenário futuro no âmbito recursal. O adversário, sobretudo o litigante habitual, sabe que a pluralidade de pedidos potencializa a chance de algum êxito, e isto pode ser mais um elemento a ajudar em uma composição.

Agora é preciso tecer algumas considerações sobre os efeitos infringentes dos aclaratórios e como embora na teoria eles sejam algo excepcional, na atual prática forense acabam aparecendo com muita frequência. Como exemplos tem-se a decisão inicial que se omite sobre o pedido de gratuidade de Justiça formulado pelo consumidor, ou um saneador que se omite sobre um pedido de exibição de documento.

Este tipo de falha aumenta e tende a aumentar porque o eficientismo tem dominado e prevalecido na mente dos membros do Poder Judiciário, do solo à cúpula. Como a quantidade é a meta, a qualidade fica em segundo plano. O raciocínio é de fácil compreensão: qualidade depende de redundância, controle plural, leitura

e releitura, conferência, enfim, atividades que tomam tempo e aumentam o trabalho despendido. Eficiência tem a ver com o máximo proveito com o menor trabalho possível. Ou seja, entregar o maior número de decisões no menor tempo e com o menor trabalho. Neste cenário de produção taylorista o erro não é um acidente, é uma constante estatisticamente observável.

A introdução da inteligência artificial não modifica este cenário, pelo contrário, o agrava. Afinal, está-se nos primórdios desta tecnologia e a quantidade de falhas e inconsistências dela ainda é assustadora⁵⁷⁹. Ela mais erra do que acerta. Tanto que os desenvolvedores de IA sempre destacam serem elas produtos em desenvolvimento, não inteiramente acabados, que cometem erros.

A Resolução nº 615/2025 do Conselho Nacional de Justiça⁵⁸⁰, que dispõe sobre a inteligência artificial no Poder Judiciário, impõe a participação e supervisão humana durante todas as etapas, servindo a IA para auxiliar a produção de atos judiciais. Inclusive prevê como princípio “a supervisão humana efetiva” (art. 3º, VII, Resolução CNJ nº 615/2015). No entanto, a abrangência desta supervisão não fica clara. O auxiliar do juízo continua obrigado a ler as peças processuais ou pode confiar no resumo feito pela IA? Supervisionar significa apenas a leitura da decisão final produzida pela IA, ou efetivamente o trabalho de compará-la com todo o conteúdo processual? Na verdade, a IA é o bode expiatório perfeito. Antes se culpavam os estagiários pelas falhas grotescas, agora serão as IAs.

Assim, diante desta situação concreta de prestação jurisdicional no Brasil do século XXI, ainda faltando alguns anos para

579 Exemplo emblemático é a criação pelo ChatGPT de precedentes inexistentes conforme já registrado na literatura (Vg. CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; AMARAL, Maria Eduarda Toledo Pennacchi Tibiriçá. Inteligência artificial no Poder Judiciário, discriminação algorítmica e direitos humanos-fundamentais. SUPREMA – Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v. 3, n. 2, p. 189-218, jul./dez. 2023).

580 BRASIL, CNJ, Resolução nº 615/2025, de 11 de março de 2025, DJe/CNJ n. 54/2025, de 14 de março de 2025, p. 2-17.

o aprimoramento das IAs, a quantidade de decisões omissas, contraditórias e obscuras tendem a aumentar, tornando os aclaratórios um remédio de uso constante e, inclusive, para obtenção de efeito modificativo.

Enfim, vários outros aspectos de índole estratégica poderiam ser desenvolvidos apenas sobre os embargos declaratórios, mas isto ultrapassa o escopo deste estudo. Em síntese, o enfrentamento do litigante habitual no Sistema de Justiça brasileiro impõe um estratégico manejo dos embargos declaratórios, como peça fundamental para preparação de recursos futuros e correção dos erros decorrentes da prestação jurisdicional massificada.

3.3 QUESTÕES PROBATÓRIAS

Divergências fáticas são muito comuns em conflitos consumeristas, o que evidencia a relevância das questões probatórias no raciocínio estratégico. Neste tópico aborda-se a prova pré-constituída, a inversão do ônus da prova, a prova pericial e a especificação de provas.

3.3.1 A PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA

O professor de processo civil, manuais e cursos ensinam que não existe valor *a priori* em uma prova no sistema jurídico brasileiro. Ou seja, que as provas não têm juridicamente um peso pré-determinado e que, enfim, "o sistema que permite que o órgão

juiz atribua às provas produzidas o valor que entender que elas mereçam, de acordo com as circunstâncias do caso concreto"⁵⁸¹.

Este ensinamento não está errado e corresponde à interpretação hegemônica do artigo 371, do Código de Processo Civil, revelando, portanto, uma importante regra do jogo. No entanto, embora juridicamente as provas não tenham um valor pré-estabelecido, na prática o comportamento dos magistrados segue uma tendência de preferência por certas provas. Logo, do ponto de vista estratégico, que é o foco deste estudo, existem provas que são mais fortes e que têm melhores condições de impactar a visão dos outros jogadores sobre os fatos, não só do juiz, mas da outra parte também.

As provas documentais de origem não unilateral tendem a ser mais valorizadas pelos magistrados, como e-mails, notificações administrativas e registros audiovisuais. Há um padrão hegemônico de racionalidade judicial que associa objetividade documental à veracidade fática.

Neste cenário estratégico, a prova pré-constituída⁵⁸² é a principal. Infelizmente, em causas consumeristas, é uma das mais difíceis de se obter. A prática de atos eletrônicos sobretudo em plataformas fechadas inteiramente controladas pelo fornecedor dificulta bastante o aspecto probatório. A questão financeira também impacta, já que a maioria dos consumidores tem poucos recursos. É pouco provável

581 DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 128. Neste mesmo sentido: CAMBI; Eduardo *et al.* Curso de processo civil completo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 730; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 230.

582 "As provas pré-constituídas, como a própria designação sugere, são aquelas que se formam antes do início do processo, enquanto as provas *constituendas* são aquelas que se formam no curso do processo. Desse modo, as provas pré-constituídas, ao contrário das provas *constituendas*, exigem uma quantidade menor de atividades processuais" (CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 153).

conseguir um laudo técnico particular, até mesmo uma ata notarial pode pesar no orçamento do cliente.

Embora seja difícil, não se deve negligenciar a busca por provas pré-constituídas. Como já salientado, advogar para o mais fraco não é fácil e exige um bom agir estratégico. Logo, dentro do campo dos movimentos estratégicos, antes do ajuizamento da causa, está justamente o incremento desta prova pré-constituída. Geralmente, no primeiro contato com o advogado, o consumidor apresenta pouca ou nenhuma prova. Parte do trabalho do advogado consiste, então, justamente em combater esta deficiência, para robustecer o caderno probatório. Nenhum advogado faz milagre, mas o bom advogado, que já compreendeu a importância da estratégia e como a Justiça opera, não deve ingressar com uma ação sem antes ter fortalecido as provas pré-constituídas.

Existem casos nos quais isto não é possível, sobretudo quando há uma tutela de urgência em questão, ou quando o imediato ajuizamento tem alguma vantagem estratégica muito específica. Mas, em geral, reforçar a prova pré-constituída é uma das chaves para enfrentar o litigante habitual no Sistema de Justiça brasileiro.

A importância da prova pré-constituída justifica, portanto, reclamações formais no SAC ou ouvidoria da empresa, ou reclamações pela via administrativa, seja no Procon ou em uma Agência Regulatória. Nestes processos administrativos o fornecedor, além de apresentar manifestação, junta elementos probatórios, contrato, telas sistêmicas, notificações, etc. Todo este material é muito relevante e contribui para a melhor construção da ação judicial.

Além disso, como os litígios consumeristas têm esta característica de massa, pode-se pesquisar documentos em processos correlatos, de outros advogados. Não se está aqui exatamente no campo da prova emprestada, disciplinada pelo artigo 372, do Código de Processo Civil, não sendo necessário qualquer tipo de autorização

judicial para sua utilização. Os processos são públicos e como a produção probatória é livre (art. 369, CPC), não existe qualquer restrição para que um determinado documento, por exemplo uma peça publicitária, seja trazido como prova.

Esse acesso ao repositório público de decisões e documentos judiciais é um recurso ainda subutilizado. Em muitos casos, é possível encontrar contratos-padrão, políticas de atendimento, manifestações técnicas ou pareceres administrativos da mesma empresa, já juntados por outros advogados. Essa “prospecção de provas” pode fortalecer sobremaneira a posição do consumidor no processo civil.

Quando o consumidor tem recursos, um laudo técnico particular ou até mesmo uma ata notarial fortalecem significativamente a prova pré-constituída, dando uma maior vantagem estratégica ao autor.

Uma forma importante e sofisticada de obter provas é mediante a ação autônoma de produção de provas, nos termos do artigo 381, do Código de Processo Civil. Segundo Flávio Luiz Yarshell:

A produção antecipada de prova, nessa medida, propicia à parte situação mais favorável, diminuindo os riscos de demandar – ou, mesmo, de resistir a determinada pretensão – às escuras e, assim, minimizando a probabilidade de se sujeitar às consequências decorrentes de um julgamento desfavorável.⁵⁸³

Aliás, se o consumidor tem poucos recursos financeiros, é mais interessante investi-los em uma produção antecipada de prova pericial do que em um laudo particular, pois a observância do contraditório na produção antecipada faz com que ela tenha maior valor probante, impactando melhor o convencimento do magistrado. Segundo Caroline Lovison Dori e Eduardo Cambi:

583

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.** São Paulo: Malheiros, 2009, p. 77.

O direito à prova confere a possibilidade de mais ampla participação das partes no processo, produzindo as provas que se fizerem necessárias à demonstração dos fatos por elas alegados. Isso torna o processo meio de promoção da democracia, uma vez que quanto melhor é a reconstrução dos fatos, mais perto o Estado-juiz pode chegar do ideal de justiça.⁵⁸⁴

Enfim, as provas pré-constituídas melhoram muito a posição estratégica do consumidor, pelo peso valorativo que os magistrados lhe atribuem, razão pela qual movimentos feitos para seu fortalecimento, mesmo extrajudicialmente, são fundamentais no enfrentamento do litigante habitual.

3.3.2 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Nesta tese já se demonstrou a vantagem que a defesa detém no *design* do processo civil, inclusive pela regra ordinária da distribuição do ônus da prova (art. 373, CPC). Por isso, estrategicamente a inversão *ope judicis* é extremamente relevante.

Como a inversão *ope legis* encontra-se previamente estipulada legalmente (v.g. art. 12, § 3º, 14, § 3º, 36, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor), ela não desperta maiores considerações no campo processual. É a inversão judicial decretada caso a caso que proporciona maiores reflexões estratégicas.

Tradicionalmente em litígios consumeristas o autor requer a inversão do ônus da prova com fundamento no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. É apropriado que já o faça na petição inicial, mas pode valer-se da impugnação à contestação ou uma manifestação autônoma qualquer.

584

DORI, Carlone Lovison; CAMBI, Eduardo. Distribuição dinâmica do ônus da prova (exegese do art. 373, § 1º, CPC/2015). **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 2. Maio a Agosto de 2018, p. 52.

O deferimento do requerimento depende do convencimento do julgador acerca da verossimilhança das alegações autorais ou de sua condição de hipossuficiência. Quanto antes vier esta decisão, melhor para o consumidor. Tecnicamente seria possível o pronunciamento já na decisão inicial, quando do recebimento da petição inicial, mas muitos julgadores deixam-na para a decisão saneadora, visto que a lei a consagra como o momento processual oportuno para tanto (art. 357, III, CPC).

Não há dúvida de que a formulação do pedido de inversão é fundamental, e sua ausência afeta a posição do consumidor. Também a decisão da inversão impacta significativamente o jogo, sobretudo perante litigantes habituais.

Ocorre que muitos advogados acomodam-se com a perspectiva de uma eventual inversão judicial do ônus probatório. O pensamento é este: "Não vou me estressar atrás disso, porque conseguirei a inversão e o fornecedor terá o ônus probatório". Aliás, esta ideia pode provocar até mesmo um descaso com a prova pré-constituída, que é tão importante, como já se viu.

Não é porque o Código de Defesa do Consumidor prevê a inversão que ela necessariamente será concedida pelo magistrado. E mesmo que seja concedida, isto não garante a sua correta e integral aplicação pelo julgador. Há uma romântica interpretação do instituto que precisa ser cientificamente afastada.

Os juízes de primeiro grau, desembargadores e ministros sucumbiram aos vários subterfúgios criados pelos fornecedores para enfraquecer o instituto, que não tem mais o mesmo alcance do passado.

São várias as "interpretações" para fragilizar a inversão que criam verdadeiras armadilhas para o consumidor. Uma delas é a tal da "prova mínima". Para o Superior Tribunal de Justiça: "a inversão do ônus da prova não exime a parte autora da prova mínima sobre

os fatos constitutivos do seu direito”⁵⁸⁵. Então, mesmo com a inversão decretada, com a empresa abrindo mão da perícia, por exemplo, decide-se contra o consumidor por uma “ausência de prova mínima”.

Outra é a da “prova diabólica”, supostamente relacionada a “fatos negativos”. Por exemplo, para o Superior Tribunal de Justiça exigir “a prova de fato negativo (inexistência de má-fé) equivale a prescrever a produção de prova diabólica, de difícil produção”⁵⁸⁶.

Nem sempre é impossível a prova de um fato negativo, havendo situações nas quais isto se dá mediante a prova de um fato positivo logicamente correlato⁵⁸⁷. Por exemplo, cabe ao fornecedor por força de lei comprovar a inexistência de defeito no produto. Isto se dá mediante a prova de seu normal funcionamento, ou a prova de que houve alguma conduta exclusiva do consumidor que gerou o problema.

Existem outras “interpretações” que minam a força da inversão e não se tem a intenção de catalogá-las. Importa que contemporaneamente o instituto da inversão do ônus da prova foi deteriorado pelas manobras dos fornecedores e não há qualquer perspectiva de reversão desta situação no horizonte próximo.

Então, mesmo com a inversão decretada, estrategicamente o consumidor não deveria abrir mão da produção probatória, insistindo nela perante a autoridade judicial, sendo este o movimento mais adequado.

585 BRASIL, STJ, AREsp n. 2.834.985/RS, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 31/3/2025, DJEN de 10/4/2025.

586 BRASIL, STJ, AgRg no AREsp n. 533.403/MS, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/6/2015, DJe de 4/8/2015.

587 “Se, diante da afirmação do autor, o réu alegar que nunca esteve em determinado lugar, é compreensível que o demandado não possa produzir a prova desta declaração. Se, todavia, o réu alegar que não foi a determinado lugar, digamos, em 1º de maio de 2007, porque presidia em São Paulo (Capital) festividades do Dia do Trabalho, não necessitará demonstrar que não foi àquele local, mas poderá comprovar que esteve em São Paulo. Com isso terá feito prova de fato negativo (de que não esteve no local apontado pelo autor)” (SANTOS, Gildo. **A prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 24).

3.3.3 A PROVA PERICIAL

A prova pericial é central em muitos litígios consumeristas. Contemporaneamente, de um dano elétrico em um equipamento eletrônico, à investigação de um erro médico, à apuração contábil de juros, à apuração de vícios construtivos em uma obra, a perícia está lá como o centro da discussão. Sua importância estratégica não pode ser negligenciada.

A perícia é uma das provas nas quais a posição de vantagem do litigante habitual se manifesta com mais veemência. As empresas têm assistentes técnicos bem capacitados e habilitados, assessorando-as em todo e qualquer processo, por menor que seja o valor da causa. Dificilmente o consumidor contará com um assistente técnico.

A assimetria aparece inclusive na linguagem técnica dos laudos e pareceres, com os litigantes habituais utilizando termos especializados para reforçar uma certa “autoridade científica” de seus assistentes, dentro de um discurso técnico-científico que tenta parecer o tempo todo como “neutro”.

Se litiga com o benefício da gratuidade e requer a nomeação de um assistente a ser custeado pelo Estado, o consumidor recebe uma resposta negativa do Judiciário. O artigo 98, § 1º, VI, do Código de Processo Civil, menciona os honorários do advogado e do perito, mas não do assistente técnico, por isso o cidadão que litiga com a gratuidade não tem direito ao seu custeio. A jurisprudência entende que a presença do assistente técnico é uma mera faculdade processual.

Se o consumidor litiga sem gratuidade a situação não é diferente. Isto porque como no nosso sistema é a parte autora que adianta os custos do processo, inclusive os honorários periciais, há uma pressão financeira no consumidor, que não terá recursos suficientes para suportar os honorários do perito e também o de seu assistente técnico.

Este aspecto econômico revela uma armadilha estrutural: a dependência da parte vulnerável quanto ao custo-benefício do processo em um ambiente no qual o litigante habitual já internaliza o custo da litigância em seu negócio.

Talvez se pense que a imparcialidade do perito já seria suficiente para assegurar a produção justa da prova, o que tornaria a presença do assistente técnico desnecessária. No entanto, as desigualdades sociais são reproduzidas também no comportamento do perito. Assim como boa parte dos membros do Judiciário apresenta um viés pró-empresa, o mesmo acontece com os peritos. Eles são seres humanos inseridos no meio social e, assim, reproduzem as desigualdades em seu trabalho.

O *expert* é obrigado a indicar o método utilizado “esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou” (art. 473, III, do Código de Processo Civil). Mas os conceitos, categorias e métodos são definidos pelo próprio mercado. Esta característica é muito bem percebida, por exemplo, em perícias médicas ou atuariais. A ciência médica é produzida por médicos, assim como a técnica atuarial é desenvolvida por securitários. Há sempre uma zona cinzenta em todo e qualquer saber, e o perito há de se inclinar para algum lado. Quando ele escolhe determinada abordagem metodológica, ainda que sob aparência de tecnicidade, toma uma posição no conflito, reforçando ou atenuando a posição do litigante habitual.

Assim, ter um assistente técnico é importante no enfrentamento do litigante habitual no Sistema de Justiça Brasileiro, mas tudo indica que os consumidores continuarão litigando sem a sua presença, mantendo-se o favorecimento das empresas neste aspecto.

Apesar de toda esta vantagem, os litigantes habituais não controlam integralmente o resultado de uma perícia que pode ser, muitas vezes, contundente em apontar as falhas e ilícitos cometidos pelas empresas. Geralmente, quando os litigantes habituais

vislumbram uma perícia que lhes será desfavorável buscam o acordo, ou então fazem de tudo para dificultá-la ou mesmo frustrá-la. Isto é feito de forma relativamente simples, bastando recusar a apresentação da documentação requisitada pelo perito.

É preciso compreender a importância estratégica da prova pericial. Embora se aprenda e esteja normativamente correto que o magistrado não está obrigado a adotar as conclusões periciais, na maioria das vezes elas são adotadas. Ter uma perícia favorável ao consumidor é, portanto, uma chave para o enfrentamento do litigante habitual no Sistema de Justiça brasileiro.

Aliás, independentemente da projeção que se tenha da conclusão pericial, a sua mera produção já pode pressionar uma composição, enfraquecendo uma posição do litigante habitual. Basta que o consumidor seja beneficiário da gratuidade da Justiça e a causa seja de valor reduzido. Exemplifica-se. Imagine um litígio no qual o consumidor afirma a existência de um vício em computador estimado em R\$ 3.000,00 e a empresa nega tal vício. Trata-se de uma questão técnica a ser resolvida pericialmente. Ambos os litigantes pedem a perícia. Os honorários sugeridos pelo *expert* é de R\$ 3.000,00. Se o consumidor litiga com a gratuidade, a metade a ser despendida pela empresa de R\$ 1.500,00 torna-se irrecuperável. Mesmo que ela vença a demanda e o consumidor seja condenado na sucumbência, sua exigibilidade será suspensa em virtude da gratuidade. Então, a perícia em si já implica um custo para a empresa de R\$ 1.500,00, equivalente à metade do pedido. Racionalmente, ao invés de pagar R\$ 1.500,00 para o perito a fundo perdido, correndo-se o risco de uma conclusão pericial desfavorável, é mais interessante oferecer um acordo de R\$ 2.000,00 para o consumidor na tentativa de encerrar o processo.

Esse cálculo revela a racionalidade econômica por trás das estratégias conciliatórias, demonstrando como o simples requerimento da perícia já pode ser um instrumento de pressão. A lógica do custo evitável leva o litigante habitual a ponderar entre risco e custo marginal, podendo optar pela composição.

Há casos no quais é recomendável a produção pericial de forma antecipada mediante ação autônoma. Afinal, como a perícia é o ponto principal, porque esperar anos com o procedimento comum, correndo-se ainda o risco de ter a sua produção indeferida em um saneador, ao invés de produzi-la de pronto? Para o consumidor que tem razão qual seria a vantagem de postergar a realização da perícia? Quanto antes ela for produzida, melhor será para o consumidor. A única limitação que se vê é o custo. Mas muitos consumidores são beneficiários da gratuidade então sequer existe este obstáculo. O raciocínio é muito simples: ao invés de ingressar com uma revisional abrangendo inúmeros contratos bancários, tendo que passar pela fase postulatória e de saneamento para então chegar na perícia contábil, seguindo o rito comum, é mais vantajoso pedir de pronto a perícia contábil mediante ação autônoma de produção de provas e já ir direto para o ponto principal do embate.

Ademais, a ação autônoma pode criar um ambiente de menor discussão entre os litigantes, com menos elementos dispersivos, favorecendo um laudo mais limpo, objetivo e menos contaminado pela argumentação retórica das partes.

3.3.4 O SUBJOGO DA ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS

Dentre as várias decisões que o advogado consumerista toma no curso do processo encontra-se a especificação de provas. Embora o Código de Processo Civil (art. 319, VI) determine que a petição inicial indique “as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados”, a doutrina e a jurisprudência orientam que este seria um pedido genérico, que não vincularia em absoluto a parte autora. De fato, constata-se nas petições iniciais protestos genéricos do tipo “requer a produção de prova por todos os meios em Direito admitidos” com menção a prova oral, documental e pericial, dentre outras. É compreensível este estado das coisas, já que a prova vincula-se aos fatos controvertidos e estes só podem ser identificados após o oferecimento da contestação.

Antes de sanear o processo muitos magistrados determinam que as partes especifiquem as provas que pretendem produzir e é esta manifestação que importa para o exercício do direito à prova. O Superior Tribunal de Justiça tem várias decisões no sentido de que preclui o direito à prova se a parte, intimada para especificar as que pretendia produzir, não se manifesta oportunamente, mesmo que haja pedido de produção de provas na inicial ou na contestação⁵⁸⁸. Inclusive, neste momento as partes podem ser provocadas a manifestar concordância com o julgamento no estado do processo (art. 354, CPC).

Esse “subjogo da especificação da prova”, valendo-se de terminologia inspirada na teoria dos jogos, é caracterizado por um alto grau de irreversibilidade. A ausência de manifestação ou um pedido restrito reduz o espaço de manobra do autor e potencializa o risco de decisão sumária fundada na ausência de prova das alegações do consumidor.

Não é incomum que, mesmo havendo controvérsia fática, a parte autora formule um pedido reduzido de provas ou mesmo concorde com o julgamento imediato do processo. Neste tópico pretende-se demonstrar que este é um gravíssimo erro estratégico, que não encontra qualquer tipo de justificativa, e que facilita a vida do litigante habitual.

Não se pode esquecer que ao formular um pedido a parte impõe um ônus de fundamentação ao julgador. Quando se trata de um pedido de prova, a sua apreciação gera um deferimento ou um indeferimento no qual a autoridade judicial precisaria demonstrar sua inutilidade/desnecessidade ou a intenção meramente protelatória (art. 370, CPC). Na prática, o indeferimento sempre é bem

588 BRASIL, STJ, AgInt no AgInt no AREsp n. 1.737.707/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 30/8/2021, DJe de 2/9/2021; BRASIL, STJ, AgInt nos EDcl no REsp n. 1.829.280/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/12/2019, DJe de 18/12/2019; BRASIL, STJ, AgInt no AREsp n. 2.669.775/BA, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 7/4/2025, DJEN de 11/4/2025

genérico, com base em uma desnecessidade, sem maiores fundamentos sobre ela. Ou seja, geralmente há o emprego de um conceito jurídico indeterminado (desnecessidade), sem explicação dos motivos concretos de sua incidência no caso.

Tecnicamente o único indeferimento de prova que possibilita o agravo de instrumento é o de exibição de documento (art. 1.015, VI, CPC). A regra quanto às decisões interlocutórias no modelo processual brasileiro é a não recorribilidade, existindo um rol taxativo moderado⁵⁸⁹ para a interposição do agravo de instrumento. Logo, seja uma prova oral ou uma prova pericial, uma vez indeferida, a correção desta decisão só será verificada em eventual apelação cível.

Isto cria uma importante limitação no conjunto de fundamentos possíveis para uma improcedência. Lembre-se que a tendência em ações consumeristas é a improcedência do pedido, o que se demonstra não apenas pela teoria comportamental dos jogos, mas também pela estatística em si. Um deles é a improcedência por “ausência de provas”. Aliás, é uma saída muito conveniente para magistrados de perfil formal, pois transfere a “culpa” pelo insucesso do pleito consumerista ao advogado que não deu conta do ônus que lhe cabia.

Logo, o indeferimento da produção de uma prova cria virtualmente uma alegação de cerceamento de defesa. Obviamente, pode-se ter a procedência do pedido, ou a improcedência com base em um fundamento que não seja a “ausência de provas”, mas naquele momento processual, no exato momento do indeferimento, cria-se o espectro do cerceamento de defesa, que pode levar à nulidade absoluta de uma decisão futura⁵⁹⁰.

589 BRASIL. STJ, Tema Repetitivo 988.

590 “A decisão judicial que incorrer em cerceamento de defesa deve ser considerada eivada de nulidade absoluta, já que a violação do direito à prova, por ser corolário das garantias da ação, da defesa e do contraditório, todas instituídas no interesse da ordem público, resulta na infringência à Constituição” (CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 141).

Sob esse prisma, o pedido de produção de provas atua como salvaguarda da futura argumentação recursal. Ainda que seja indeferido, sua formulação amplia o espectro de alegações possíveis em apelação, protegendo a parte autora de um julgamento prematuro e potencialmente inválido.

Por outro lado, após o deferimento da prova, a parte encontra-se em uma posição bastante confortável já que em regra, por força do princípio dispositivo, sempre poderá desistir dela. Classicamente se ensina que o juiz é o destinatário da prova — noção com a qual se discorda — e que ele tem poderes instrutórios⁵⁹¹.

Então mesmo com uma desistência o magistrado poderia manter a produção da prova tal como por ele deferida. Afinal, se deferiu a prova é porque entendeu que ela seria útil e necessária ao processo. No entanto, constata-se que a desistência de uma prova tem sido respeitada pelos magistrados, o que é racionalmente explicado pelo paradigma eficientista do processo civil contemporâneo. Menos prova produzida significa menos trabalho, menos custo e menos tempo despendido em um processo.

A desistência da prova pode ser utilizada estrategicamente para desmobilizar movimentos do adversário ou mesmo para encurtar prazos.

Mesmo que em um primeiro momento o consumidor não tenha dinheiro para arcar com os honorários periciais ou não tenha conseguido convencer ninguém a depor voluntariamente a seu favor, estrategicamente o mais vantajoso é pedir tanto a prova técnica quanto a oral no momento da especificação de provas. Aliás, mesmo que haja prova pré-constituída favorável ao consumidor e a pendência de um pedido de inversão do ônus da prova, ainda é estrategicamente mais vantajosa uma especificação ampla e abrangente de provas.

591

"Assim sendo, a atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 160).

Pelo viés da teoria dos jogos pode-se afirmar que no subjogo da especificação de provas a estratégia dominante é o pedido amplo de provas. Seguir a lógica de pedir tudo e decidir depois. Assim, o pedido de produção ampla de prova é a saída mais racional⁵⁹².

3.4 OUTRAS QUESTÕES

Neste tópico encontram-se questões que não tiveram um desenvolvimento amplo suficiente para justificar um tópico independente e que não se encaixam adequadamente naqueles já elaborados. Há temas relacionados à fase recursal e aspectos mais gerais da advocacia consumerista.

3.4.1 MEMORIAIS E SUSTENTAÇÃO ORAL

Considerando o *design* do processo civil contemporâneo, com destaque às reformas que restringiram o acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça (v.g. Emenda Constitucional 45/2006 e Emenda Constitucional 125/2022), o papel dos tribunais locais cresceu. Eles tornaram-se talvez o ponto culminante no julgamento de um processo. Isto vale tanto para a Justiça Comum quanto para os Juizados, se bem que nestes isto seja ainda mais potencializado. Em demandas individuais os litigantes habituais sabem que devem assegurar a vitória no segundo grau, pois mesmo para eles não há grande espaço de manobra perante os Tribunais

592

"A conduta racional das partes é, portanto, pedir dilação probatória de todos os fatos alegados, mesmo os que consideram incontroversos ou que podem ser úteis apenas para teses jurídicas subsidiárias, mas que não precisariam ser provados se as partes soubessem as informações privadas do juiz" (GICO JR. Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique. Despacho saneador e assimetria da informação. *Economic Analysis of Law Review*, v. 9, nº 3, p. 191-207, Setembro-Dezembro de 2018).

Superiores. Com o filtro de admissibilidade recursal cada vez mais rigoroso, a instância intermediária se transforma, na prática, na instância definitiva.

Como já se viu, boa parte da advocacia brasileira encontra-se no interior e a maior parte dela é desenvolvida na modalidade autônoma. Nos grandes centros encontramos os escritórios corporativos que advogam pelos litigantes habituais. E é exatamente nos grandes centros, nas capitais, que se encontram os Tribunais.

Não há, portanto, para estes escritórios um acréscimo no custo de transação para manter constante vigilância no segundo grau. E este monitoramento é feito com grande grau de eficiência. Frequentar gabinetes, frequentar sessões, frequentar solenidades, tornam-se importantes movimentos à disposição do litigante habitual. E então se estabelece aquilo que Galanter chama de “relações informais”⁵⁹³, criando-se grande vantagem para as empresas. Não se trata de um comportamento juridicamente ilícito, mas que influencia a percepção dos julgadores, mesmo que inconscientemente. Surge uma cultura de familiaridade institucional entre julgadores e grandes escritórios.

Um advogado do interior não tem a menor condição de acompanhar este ritmo ou de equilibrar esta situação. No entanto, antes do processo virtual e do advento das sessões *on line*, pouco se tinha a fazer a respeito. Hoje não é mais assim e é possível incomodar um pouco os litigantes habituais também no seu espaço privilegiado que são os Tribunais locais.

É totalmente possível o envio de memoriais mediante e-mail, o agendamento de despacho *on line*, para tratar com o relator, e o pedido de sustentação oral a ser feita na modalidade *on line*. Obviamente, diante de todo conhecimento teórico da argumentação jurídica e da teoria comportamental dos jogos, sabe-se

593

GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente**. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

que a atuação *on line* não produz os mesmos efeitos de uma atuação presencial⁵⁹⁴. A linguagem corporal, a interação subjetiva e os micro-gestos que compõem a retórica judicial são de fato mais potentes no espaço presencial. Mas ainda é melhor uma atuação virtual do que nenhuma atuação.

Um grave erro que pode ser cometido por um advogado consumerista é deixar livre, leve e solto o julgamento de segundo grau, mesmo quando tem uma sentença favorável. Ainda que o grau de reversibilidade seja baixo nos Tribunais Brasileiros e exista o viés de confirmação, a atenção no julgamento do Tribunal deve permanecer.

Geralmente os advogados consumeristas não acompanham o julgamento em segundo grau e não exercem qualquer pressão nesta fase recursal. Ao assim se comportarem, agem exatamente como os litigantes habituais gostariam que se comportassem. Não só em relação ao caso individualmente considerado, mas enquanto atuação conjunta. Explica-se. Ainda que em um caso individual a atuação em segundo grau não resulte em um julgamento favorável àquele consumidor, em uma visão macro ele compõe um elemento de pressão, ainda que naquele momento insuficiente. O aumento desta pressão, a partir de diferentes ações individuais, vai sendo feito até que, finalmente, com a ajuda da sorte e outros fatores, uma tese até então perdedora, torna-se a jurisprudência dominante. Cada memorial entregue, cada sustentação feita, mesmo em derrotas, fortalece o movimento pró-consumidor que vai ganhando tração coletiva.

Culturalmente se difunde que esta intervenção em segundo grau seria inócua e que seria incapaz de impactar o resultado final.

594

Isto também já foi demonstrado em DE PAULA FILHO, Alexandre; PESSÔA PEREIRA LUSTOSA, João Paulo; GRASSI DE GOUVEIA, Lúcio. Julgamentos virtuais x (Tele)presenciais: testando empiricamente a influência do Plenário Virtual como fator decisório nas Câmaras de Direito Público do TJPE em 2022. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 2, 2025. DOI: 10.12957/redp.2025.79741. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/79741>. Acesso em: 15 set. 2025.

A difusão desta ideia fortalece a posição dos litigantes habituais e lhes é absolutamente conveniente. A cultura da resignação é ideal para o *status quo* e precisa ser veementemente combatida.

Logo, estrategicamente, na fase recursal, alguns movimentos são fundamentais, a saber, a entrega de memoriais ao relator, logo após a distribuição do recurso, entrega de memoriais uma semana antes da sessão de julgamento e realização da sustentação oral. Isto tudo de modo *on line*, sem custos adicionais aos advogados do interior. É importante lembrar que no momento da sessão de julgamento os desembargadores já tiveram acesso ao voto do relator e já deliberaram a seu respeito. Ou seja, na prática a sessão não é o momento da deliberação, mas apenas da exposição dos votos. Há casos excepcionais, mas este é o ritmo comum. Por isso, os movimentos prévios são fundamentais.

Enfim, em pleno século XXI, o enfrentamento do litigante habitual no Sistema Judicial brasileiro impõe uma especial atenção ao segundo grau de jurisdição, valendo-se das ferramentas eletrônicas para entregar memoriais, despachar com o relator e realizar sustentação oral, sendo tais movimentos importantes não só para a causa individualmente considerada, mas também para a coletividade dos consumidores, dentro de um movimento maior de ocupação dos Tribunais.

3.4.2 TECNOLOGIA, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E MINERAÇÃO DE DADOS

Existem algumas concepções acerca dos impactos da tecnologia na realidade social. Há os entusiastas e os pessimistas. Como já ficou claro neste estudo, diante do paradigma da complexidade, respostas simples e reducionistas mostram-se equivocadas. Há uma ambivalência na tecnologia que precisa ser seriamente considerada.

Não há como, em pleno século XXI, desenvolver teoria jurídica sem considerar os desdobramentos da tecnologia na vida das pessoas e no processo civil como um todo. Não apenas a questão da inteligência artificial, tão debatida na academia e também nos Tribunais⁵⁹⁵, mas tudo aquilo que diz respeito a esta virtualização da vida. O recorte aqui, no entanto, são as demandas consumeristas.

A virtualização potencializou a vulnerabilidade dos consumidores, colocando-os inteiramente à mercê da vontade dos fornecedores, que criam plataformas arquitetadas para restringir direitos e impossibilitar a produção de prova pelo consumidor. Para se ter noção existem aplicativos de celulares, por exemplo, que impedem o famoso *"print screen"* da tela, importante instrumento probatório, muitas vezes o único à disposição do consumidor. Há também o *marketing* dirigido e tantos outros recursos para os fornecedores influenciarem o comportamento de consumo dos cidadãos. Mas cabe aqui a reflexão no âmbito processual.

Em um primeiro momento toda e qualquer tecnologia favorece quem já está na frente. No caso, o litigante habitual. Isto porque o acesso não está difundido, a inovação tem um elevado custo, ela depende de uma aceitação e adaptação cultural, enfim, acaba nas mãos de poucos. Foi assim com a internet e tem sido assim com a inteligência artificial. No entanto, com o tempo e a democratização destas tecnologias, a situação tende ao equilíbrio. Mas então vem uma nova tecnologia e outra, de modo que, tecnologicamente, o consumidor e seu advogado sempre estão atrás em relação ao litigante habitual.

Agora os advogados têm acesso, por exemplo ao ChatGPT, com um custo não muito alto e existem IAs gratuitas também oferecidas no mercado. No entanto, e este é o ponto, a capacidade de processamento e de respostas de todas estas IAs não são as mesmas.

595

Vide CANEN, Doris (ORG). **Inteligência Artificial e aplicabilidade prática no Direito**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2022.

Ou seja, elas se comportam diferentemente dependendo do quanto investido pelo usuário. Logo, ainda que se popularize o acesso à IA, isto não significa que ela tenha condições de equilibrar o déficit tecnológico, pois a capacidade de cada uma é diferenciada, e aquela à disposição dos litigantes habituais é maior.

De qualquer forma, a IA tem um fator disruptivo que não pode ser descartado. Já se abordou as várias limitações do consumidor e como, por exemplo, em uma prova pericial ele se encontra muito fragilizado por não contar com um assistente técnico a sua disposição. Pois bem, agora a IA pode ao menos suprir parcialmente essa deficiência. Se não é possível contratar um perito médico ou um perito contador, ao menos é possível utilizar os conhecimentos da IA para conseguir alguma munção para o processo. Obviamente a qualidade disso atrela-se à qualidade da IA e a capacidade de pagamento do interessado.

Embora não tenha recursos humanos para analisar centenas de decisões de uma determinada Câmara Cível, agora é possível fazê-lo com a IA. A qualidade desta análise também varia conforme os recursos investidos.

A tecnologia, cada vez mais acessível, “poderia vir a neutralizar as vantagens estruturais dos litigantes habituais, relativizando os ganhos com a economia de escala e permitindo que litigantes ocasionais tenham acesso à informação suficiente para construir estratégias coerentes de situação processual”⁵⁹⁶. A expressão “neutralizar” revela um questionável grau de otimismo, já que as vantagens dos litigantes habituais são várias e não se resumem ao campo da informação.

596

SALLES, Carlos Alberto. Os “haves” continuarão à frente? Possíveis impactos de um modelo de litigância tecnológica. In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 160.

Enfim, o fato é que hoje a IA pode ser utilizada por todos os jogadores e de fato ela tem sido utilizada cotidianamente. E inclusive o advogado consumerista pode valer-se dela. Para a obtenção de informações, produção de peças, análise de decisões e etc.

Das várias táticas à disposição, uma das mais interessantes quando em litígio com uma grande empresa é a verificação de sua atuação em outros processos similares. Hoje com uma singela busca por CNPJ ou pelo nome da empresa em diferentes plataformas é possível conseguir uma listagem de todos os processos e acessá-los livremente. E é importante que continue assim, já que o processo é público.

Logo, com pouco tempo, o advogado consumerista consegue identificar as teses de defesa da empresa e inclusive se ela tem realizado ou não acordos em casos semelhantes. Considerando a massificação das violações na sociedade contemporânea, é possível encontrar casos idênticos. Também é possível valer-se da prova produzida em outros processos. Enfim, refere-se aqui a uma “mineração de dados”, se bem que não no sentido técnico da ciência da informação.

Nesta “mineração” também se vê as decisões já produzidas e inclusive eventuais recursos interpostos. É possível, então, traçar os movimentos padrão da empresa e através disso preparar antecipadamente um plano estratégico, elaborando uma inicial já robusta e tecnicamente pensada para enfrentar as turbulências do processo. Obviamente este tipo de análise não retira o fator incerteza próprio do litígio, mas auxilia nas probabilidades respectivas.

Mais um exemplo. Tem-se um caso de dano elétrico envolvendo a concessionária do Estado do Paraná, a Copel S.A. Então se pesquisa a partir do nome dela junto ao Tribunal de Justiça do Paraná, seja a partir do segundo grau, seja do primeiro, os processos nos quais é parte. Seleciona-se aqueles que têm pertinência com o caso, mediante uma leitura rápida e superficial da inicial. Depois se

baixa a integralidade dos autos. Por fim, é só organizar o trabalho para a análise da IA. Ou seja, é possível mapear um litigante habitual e isto não exige um esforço sobrehumano. Aliás, exigiria, mas a IA está aí para auxiliar.

Se o advogado consumerista já faz este tipo de apuração, pode-se imaginar o que não tem sido feito nos escritórios corporativos. Eles têm utilizado modelos preditivos para acompanhar em tempo real as probabilidades de vitória ou derrota em suas diferentes demandas. Há modelos preditivos indicando que o fator preponderante é a composição do Tribunal e o voto do relator⁵⁹⁷, ou o enquadramento fático⁵⁹⁸, ou mais de 21 pontos diferentes⁵⁹⁹. Acentua-se que: “será cada vez mais precisa a avaliação do êxito ou fracasso em uma demanda, o que poderá influenciar na decisão estratégica de propor ou não a ação”⁶⁰⁰. Como a incerteza é estrutural, mesmo a IA não terá condições de predizer o resultado com tamanha acurácia.

Assim: “Mecanismos de busca e classificação tornam possível determinar com elevado grau de precisão como determinado juiz ou grupo de julgadores decidem uma dada matéria, quais são as especificidades observadas, quais os argumentos prevaletentes”⁶⁰¹. De qualquer forma:

- 597 CID, Alessandra Corrêa. **Construção de um modelo preditivo para decisões do STF em Ações Diretas de Inconstitucionalidade**. Trabalho de Conclusão de Curso. Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. 2018
- 598 ALETRAS, Nikolaos; TSARAPATSANIS, Dimitrios; PREOTIUC-PRIETRO; LAMPOS, Vasileios. Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective. **Peer J Computer Science**. October 2016. DOI 10.7717/peerj-cs.93.
- 599 ALARIE; Benjamin; NIBLETT, Anthony Niblett; YOON, Albert H. **Using machine learning to predict outcomes in tax law**. University of Toronto, December, 2017.
- 600 PIMENTEL, Alexandre Freire; ORENGO, Beatriz Souto. Perspectivas de aplicação da inteligência artificial no direito processual: análise sobre as diretrizes éticas e eficiência jurisdicional. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 8, n. 3, set./dez. 2021.
- 601 SALLES, Carlos Alberto. Os “haves” continuarão à frente? Possíveis impactos de um modelo de litigância tecnológica. In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 164.

Considerando que as novas tecnologias se movem sob uma lógica de expansão constante, tendendo à ampliação do número de seus usuários e ao barateamento de suas estruturas de suporte, elas podem, contrariamente ao esperado à primeira vista, vir a permitir que os OS [one-shotter] e seus advogados tenham acesso a informações que, sem os recursos de informática, eles não teriam. Isso poderia permitir-lhes tanto alicerçar ganhos de escala quanto melhor orientar estrategicamente sua litigância.⁶⁰²

A IA também está sendo utilizada pelos julgadores. Não só para a triagem de casos e tarefas triviais, mas para a elaboração de minutas de decisões. Conforme a doutrina:

[...] muito embora em um primeiro momento haja um processo de automação, compreendendo triagem, adequação e padronização de rotinas, preenchimento de modelos predefinidos, a inteligência artificial abarca estágios mais avançados, com mineração massiva de dados, cujo resultado alimenta o aprendizado efetuado pelos próprios computadores (*machine learning e deep learning*), possibilitando a elaboração de modelos de decisões.⁶⁰³

Há uma vantagem aqui que é a diminuição da influência decorrente das relações informais⁶⁰⁴. A impessoalidade própria

602 SALLES, Carlos Alberto. Os "haves" continuarão à frente? Possíveis impactos de um modelo de litigância tecnológica. In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 165.

603 PIMENTEL, Alexandre Freire; ORENGO, Beatriz Souto. Perspectivas de aplicação da inteligência artificial no direito processual: análise sobre as diretrizes éticas e eficiência jurisdicional. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 8, n. 3, set./dez. 2021.

604 "Desnecessário lembrar que esses escritórios e departamento jurídicos têm plenas condições de lançar mão de relações pessoais informais com integrantes do Judiciário para fazer valer os interesses de seus clientes. Trata-se, mais uma vez, da rede relacional e do "jeito", que produziram institutos bastante peculiares, como os famosos 'embargos auriculares', pedidos feitos oralmente no gabinete do juiz, para o que há inclusive previsão legal" (MARINONI, Luiz Guilherme; BECKER, Laércio A. A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 286, 19 abr. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5066>. Acesso em: 22 de maio de 2025).

da atuação da IA diminui o impacto da interferência dos grandes escritórios nos gabinetes. Só diminui, já que a palavra final sobre a minuta ainda é do servidor — seria do ministro? — daquele que acabou de almoçar com um advogado corporativo.

Outra melhoria que se esperava das IAs seria a eliminação dos vieses cognitivos. Afinal, as IAs não tem mente e emoções e muito menos uma “racionalidade” limitada. No entanto, os estudos demonstraram que os vieses foram replicados. Algo em certa medida compreensível. Como a IA aprende a partir da multiplicidade de decisões e o viés está nelas incorporados, então a IA tende a repeti-los. Conforme bem ponderado pela doutrina:

A expectativa de imparcialidade e objetividade que se depositou nas máquinas não foi plenamente correspondida, porque se pode perceber tanto a sua incapacidade de corrigir os vieses cognitivos, estereótipos e preconceitos trazidos pelos programadores, quanto a possibilidade de, em contato com determinadas bases de dados, reforçar padrões discriminatórios e injustiças sociais preexistentes.⁶⁰⁵

Os dados estão na internet e podem ser encontrados por litigantes habituais, mas também por litigantes casuais, como os consumidores. Antes esta busca e análise demandaria muito tempo, o que não corresponderia à remuneração da causa em questão. Hoje com a IA isto ficou diferente. Com a mineração correta, e mapeamento adequado, é possível empoderar o consumidor e dar mais trabalho para as empresas mesmo em processos individuais.

Enfim, o enfrentamento do litigante habitual no Sistema de Justiça brasileiro deve ser feito valendo-se dos recursos tecnológicos à disposição do consumidor, não só os dados de fácil acesso na internet, mas também mediante o uso de IA para atenuar as tradicionais limitações da parte mais fraca.

605

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; AMARAL, Maria Eduarda Toledo Pennacchi Tibiriçá. Inteligência artificial no Poder Judiciário, discriminação algorítmica e direitos humanos-fundamentais. **SUPREMA - Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 3, n. 2, p. 189-218, jul./dez. 2023.

3.4.3 PARTICULARIZAÇÃO DO CASO E ADVOCACIA ESPECIALIZADA

Já se demonstrou quão rico é este novo universo da estratégia para desenvolvimento teórico do processo civil. Não é possível dar cabo de tamanho empreendimento com um único pesquisador e uma única obra. Os estudos devem seguir para que a ciência jurídica entregue instrumentos emancipatórios que auxiliem o mais fraco no combate do mais forte nos Tribunais.

A própria concepção epistemológica da ciência processual civil precisa ser revista para uma práxis jurídica crítica, que incorpore elementos da teoria da complexidade. A estratégia jurídica passa, então, a ser não apenas um instrumento técnico, mas uma forma de resistência contra os mecanismos reprodutores de desigualdade no interior do Judiciário.

Antes de encerrar a tese, apresentam-se mais dois temas sensíveis, atrelados a uma visão macro da situação contemporânea, conforme ela se desenha no cenário nacional.

O efficientismo tem sido hegemônico na prática forense e também no seio da academia. As decisões-modelo tornaram-se o centro de gravidade da prestação jurisdicional⁶⁰⁶ e cada vez mais a jurisprudência vai aos poucos sendo construída para fortalecimento dos litigantes habituais⁶⁰⁷. Este modelo dos repetitivos tem favorecido

606 "Juízes e tribunais aos poucos passariam a operar, em lugar da cognição tradicional fático-jurídica, pelo enquadramento, em geral prematuro, do caso em uma das decisões-modelo para a qual já houvesse um entendimento cabível" (SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 46).

607 "A jurisprudência que se consolidará por esse caminho terá sempre o viés da representatividade, já que fruto de atuação de apenas alguns tipos de partes, justamente aquelas acostumadas a usar o acesso à justiça como estratégia de negócio. A tendência é que, com o tempo, o corpo da 'jurisprudência' brasileira seja favorável aos interesses desse tipo de litigante que conseguiu participar dos instrumentos de uso restrito" (SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 285).

e muito as empresas⁶⁰⁸. Hoje ainda se encontra um ou outro tema repetitivo julgado a favor dos consumidores, mas a tendência é negativa, com eles ficando cada vez mais escassos. Com efeito:

[...] a maior vantagem do 'jurisprudencialismo' torna-se um risco em termos de acesso à justiça: o de que as decisões judiciais com eficácia persuasiva ou vinculante sejam construídas com participação massiva de jogadores habituais e experientes e pouca ou nenhuma participação dos participantes eventuais.⁶⁰⁹

Entra-se em um mundo da reprodução mecânica que atinge os magistrados, mas também os advogados. É mais rápido, é mais cômodo, é mais fácil trabalhar com a "petição inicial padrão". A especificação de provas é a mais singela, o recurso é produzido *pro forma*, o conformismo é a constante diante do indeferimento.

Aliás, esta "homogeneização" é mesmo celebrada por aqueles que acreditam que temas repetitivos e súmulas teriam condições de diminuir o volume de processos no Brasil, independentemente de se combater a sua raiz na indústria da lesão a direitos. Na última década o precedente judicial ganhou importante espaço na teoria processual⁶¹⁰, como uma das fontes do direito mais relevante, e então se força a realidade para adequá-la ao arcabouço teórico.

608 "[...] há evidências concretas, tanto quantitativas quanto qualitativas, de que os litigantes habituais vêm se beneficiando do sistema de precedentes vinculantes, mais do que a sociedade em geral. O aprofundamento dessa técnica de resolução de conflitos, pelo CPC de 2015, incrementa os riscos sociais de que os precedentes sejam progressivamente desfavoráveis aos litigantes eventuais" (VITORELLI, Edilson. Por que 'quem tem' sai na frente também no processo coletivo: considerações à luz da Análise Econômica do Direito. In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 262).

609 SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022, p. 235.

610 V.g. TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2021.

Neste cenário, uma estratégia dominante é a particularização do caso. Ou seja, tentar retirá-lo da linha de produção do Judiciário, o que é feito do ponto de vista argumentativo, sem sombra de dúvida, mas também do ponto de vista estratégico. Significa não seguir a toada habitual, apresentando pedidos diferenciados, utilizando a criatividade e a imaginação. Adotar movimentos que marquem posição, de que aquele feito não é apenas mais um número da estatística. Mostrar os seres humanos envolvidos, que há carne e osso sendo afetados em cada decisão judicial tomada.

Trabalhar não a partir do ementismo⁶¹¹, mas investigando e utilizando as verdadeiras razões de decidir de precedente. Destacar o voto, juntar a íntegra do acórdão, expor, alegar a distinção (*distinguishing*), enfim, mostrar-se firme.

Não é um caminho fácil. A particularização exige perceber a diferença, utilizá-la e não deixar que os outros não a percebam. Isto é feito através do discurso, mas também pelos diferentes movimentos, desde a fase pré-processual até a de cumprimento do julgado.

Além desta particularização do caso que mais tem a ver com atuação nos diferentes litígios, há algo que a antecede que é a capacitação do advogado consumerista. Uma capacitação, é importante que se diga, além do universo jurídico. Um agir estratégico depende de estudo e treino⁶¹². Segundo Galanter a advocacia especializada

611 "[...] a força persuasiva da jurisprudência decorre muito mais da reprodução mecânica de julgados no mesmo sentido que, conhecidos não raro apenas pelas ementas, não implicam a análise dos fatos comparados ou das razões determinantes que conduziram os órgãos judiciais a decidirem de uma determinada forma repetidas vezes" (CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. Casuísmo judiciais e precedentes judiciais. **Repro**, vol. 248, outubro/2015).

612 "Learning and training could make a difference, as que evident in those who had to work out what to do during the course of a competitive game, an intense battle, or any stressful situation without time for much deliberation". Em tradução livre: "Aprendizado e treinamento podem fazer a diferença, como fica evidente naqueles que precisam decidir o que fazer no decorrer de um jogo competitivo, de uma batalha intensa ou de qualquer situação estressante, sem tempo para muita deliberação" (FREEDMAN, Lawrence. **Strategy**: a history. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013, p. 604).

do lado do jogador eventual pode afastar a vantagem da *expertise*⁶¹³, o que não significa afastar as demais existentes. Mas já é alguma coisa.

Assim, se o advogado quer começar a enfrentar instituições financeiras, planos de saúde ou companhias de telefonia, é fundamental que estude e aprenda como estes segmentos operam. Sem especialização, sem estudo, a situação do advogado consumerista se fragiliza mais ainda. Além disso, como já salientado, as regras do jogo são o ponto de partida para a construção teórica, e tanto a teoria da argumentação quanto a dimensão estratégica são componentes que se agregam. O estudo começa no texto normativo, mas não termina, e não pode terminar aí.

Existe um fator temporal e espacial que limitam a especialização. Dificilmente um advogado em começo de carreira, justamente por causa da falta de tempo, já poderia ser considerado um especialista em alguma área. Localmente, na maior parte dos municípios brasileiros, com sua média de 100 mil habitantes, é muito difícil um advogado sustentar-se economicamente apenas com um ramo do direito. Ele acaba aceitando causas de diferentes tipos e isto se mantém mesmo depois de alguns anos de exercício da advocacia. Ou seja, estruturalmente a maior parte dos advogados espalhados pelo interior tem que lidar com diferentes processos, e não conseguem a *expertise* suficiente para enfrentar um litigante habitual.

Um caminho inteligente para atenuar este impasse, pelo menos nos municípios de médio porte, é o estabelecimento de parcerias com profissionais mais experientes.

Enfim, o enfrentamento do litigante habitual no Sistema de Justiça Brasileiro pode ser feito mediante a particularização da causa, combatendo ou resistindo à pasteurização da Justiça, buscando sempre o aprimoramento técnico, com capacitação constante, não só das regras do jogo, mas de como os fornecedores operam em seu habitat.

613

GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente**. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

CONCLUSÃO

Esta tese investigou como os consumidores podem enfrentar os litigantes habituais no Sistema de Justiça brasileiro em litígios individuais, integrando os conhecimentos tradicionais da ciência processual com o saber estratégico, entendido de forma ampla, abrangendo autores da literatura militar, da teoria dos jogos e do mundo dos negócios, fazendo-o sempre à luz da historicidade, da complexidade e da teoria crítica.

Em um cenário de desigualdade estrutural que favorece as grandes empresas, apresentou-se propostas teóricas e práticas para o litigante mais fraco, a serem adotadas na luta institucional por dentro dos tribunais brasileiros. O estudo foi desenvolvido em três capítulos, cujas contribuições se apresentam a seguir.

- a. a produção científica no campo jurídico em pleno Século XXI depende de uma postura pós-positivista, que vai além da abordagem normativo-formal, compreendendo a historicidade própria do fenômeno jurídico, bem como a sua complexidade, abandonando-se de uma vez por todas qualquer postura a-histórica ou simplista. Além disso, a teoria crítica é algo fundamental, sobretudo se tratando de uma produção do Sul Global, devendo-se pensar a realidade a partir das desigualdades existentes, buscando meio de debelá-las, rumo a um mundo menos injusto;
- b. a efetividade dos direitos é um problema na teoria jurídica, que deve ser compreendido dentro de sua complexidade, pois não se manifesta igualmente para todo tipo de direito, de qualquer titular e em qualquer tempo. Ele se apresenta contemporaneamente graças ao raro momento histórico que vivemos e está intrinsecamente ligado à noção de democracia. O Sistema

de Justiça tem uma função ambivalente, contribuindo e às vezes dificultando a efetivação de direitos. A globalização e o capitalismo tardio impõem especiais dificuldades para a efetivação de direitos, sobretudo quando se está no Sul Global;

- c. a proteção dos consumidores foi desenvolvida a partir do grande marco histórico da Revolução Industrial, que modificou radicalmente as bases sociais. Outras ciências como a sociologia, psicologia e economia já demonstraram a vulnerabilidade do consumidor. O sistema protetivo brasileiro é muito novo e para sua plena implementação ainda depende de sérias modificações no Executivo, com a ampliação dos Procons, e no Judiciário, com interpretações e julgamentos que assegurem a defesa do consumidor;
- d. a estratégia é um conhecimento muito antigo, de origem militar, que passou a ser disseminada no Século XX a partir da teoria dos jogos e do pensamento da administração. Ela tem uma forte tensão com a filosofia e baixíssima construção teórica no campo da ciência jurídica;
- e. a restrição do objeto da ciência processual às regras do jogo, ou seja, ao âmbito normativo-formal, contribui para a manutenção do *status quo*, impedindo que o conhecimento sobre questões argumentativas e estratégicas avance teoricamente. Torna-se fundamental no Século XXI compreender o processo civil a partir de três dimensões, a normativa, a argumentativa e a estratégica;
- f. há um cenário adverso no Brasil para o enfrentamento do litigante habitual, tanto pelo modelo do processo civil, construído a partir de uma igualdade formal entre os litigantes absolutamente inexistente, quanto pelas vantagens estruturais dos litigantes habituais e as fortes limitações dos consumidores, com especial destaque aos consumidores

de baixa renda. A advocacia pela tutela coletiva e pelas ações de massa são as mais fortes para abalar as grandes empresas. O problema de agência entre advogado e cliente recomenda a adoção de uma remuneração mista, parcialmente fixa e com *quota litis*. Os julgadores são seres humanos que decidem não só a partir das normas existentes, mas também por questões políticas e morais, sendo influenciados pela ideologia e sofrendo vários vieses cognitivos. O problema do juiz hostil é estrategicamente bem delicado e merece a devida consideração teórica;

- g. na construção teórica geral da estratégia no processo civil o objetivo é uma questão central, complexa, que não se resume a singela obtenção de um título judicial. O meio de alcançar o objetivo é através da conquista das posições, que tem relação com diferentes fatores (tempo, custo, ônus da prova, etc). Durante o jogo, os jogadores realizam movimentos, que não se resumem aos atos processualmente praticados. A defesa é mais forte no processo civil, havendo uma tendência de improcedência nos julgamentos das demandas consumeristas. A informação é algo fundamental no pensamento estratégico, mas está fortemente concentrada nas mãos dos litigantes habituais, havendo uma lacuna de conhecimento muito grande para consumidores e seus advogados e, o mais grave, para as autoridades judiciais. A reputação é outro elemento fundamental, que só se constrói com uma sequência de jogos e depois de certo tempo. Historicamente a astúcia, a guerrilha e a desobediência civil deram importantes vitórias aos mais fracos, e elas podem despertar interessantes reflexões acerca dos movimentos a serem adotados no curso do litígio, mais criativos ou até mesmo subversivos;
- h. dentro das especificidades dos litígios consumeristas, ao enfrentar o litigante habitual, deve-se evitar o juiz hostil

pró-empresa valendo-se do *forum shopping*, deve-se fragmentar as ações quando há possibilidade de litisconsórcio ativo e trabalhar sempre com um polo passivo ampliado;

- 9. ocuidado com a prova é fundamental, fortalecendo as pré-constituídas, buscando a inversão do ônus da prova e tomando muito cuidado com a prova pericial. No subjogo da especificação de provas deve-se pedir todas elas. A tecnologia é ambivalente podendo agravar as vantagens estruturais do litigante habitual, mas também criando alternativas para os consumidores, sobretudo a partir do uso da inteligência artificial e com a mineração de dados para estudar a realidade litigiosa dos adversários;
- j. a petição inicial deve ser estrategicamente estruturada, com a atenção à formulação de pedidos, ampliando-os para potencializar as chances de procedência. A impugnação à contestação é uma peça estrategicamente relevante, embora culturalmente invisibilizada pela prática forense. Outra peça estrategicamente fundamental são os embargos de declaração;
- k. é necessário um devido acompanhamento em segundo grau, com memoriais e sustentação oral, sendo importante que os consumidores ocupem os Tribunais. A particularização do caso e uma advocacia especializada são imprescindíveis para atenuar as vantagens dos litigantes habituais, melhorando a performance processual em prol dos consumidores.

Diante do problema original que intitula esta tese “Como enfrentar litigantes habituais no Sistema de Justiça Brasileiro na perspectiva do consumidor” é muito difícil construir uma síntese conclusiva. Talvez um dos pontos principais seja a tomada de consciência acerca das insuficiências do pensamento positivista-normativista, com o desenvolvimento de estudos nos campos da argumentação e da estratégia, levando em consideração a realidade como ela se

manifesta concretamente, sem romantizações, entendendo as ambivalências existentes, a complexidade constante, enfim, vendo o direito como ele é, com todas as suas insuficiências e falhas, mas também com o seu potencial transformador.

O litígio consumerista, longe de ser apenas uma disputa técnica e neutra, é um campo de forças assimétricas em que os litigantes habituais operam com clara vantagem estratégica, reforçada pelo próprio desenho institucional do sistema processual brasileiro. Diante desta realidade, lamúrias e lamentações de nada servem. É necessário luta, muita luta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

ACOSTA JUNIOR, Jorge Aberto de Macedo. Para uma sociologia jurídica crítica do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 26, vol. 113, setembro-outubro/2017, p. 251-269.

ADORNO, Theodor W. **Introdução à dialética**. São Paulo: Editora Unesp, 2022.

ALARIE, Benjamin; NIBLETT, Anthony Niblett; YOON, Albert H. Using machine learning to predict outcomes in tax law. **Canadian Business Law Journal**. Toronto (Canadá), vol. 58 (3), dezembro/2017, p. 231-254. Disponível em: <https://utoronto.scholaris.ca/server/api/core/bitstreams/f774e03e-6fb0-4139-baa1-bfb18e62852c/content>. Acesso em: 5 de março de 2025.

ALETRAS, Nikolaos; TSARAPATSANIS, Dimitrios; PREOTIUC-PRIETRO; LAMPOS, Vasileios. Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective. **Peer J Computer Science**. Sem local, sem volume, outubro/2016. DOI 10.7717/peerj-cs.93.

ALLMAND, Christopher. **The De Re Militari of Vegetius**: the reception, transmission and legacy of a Roman Text in the Middle Ages. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011.

AKERLOF, George; SHILLER, Robert J. **Pescando com tolos**: a economia da manipulação e fraude. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

ALMEIDA, Rodrigo de. **À sombra do poder**: bastidores da crise que derrubou Dilma Rousseff. São Paulo: Leya, 2016.

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular**: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

ARAKE, Henrique; GICO JR, Ivo Teixeira. De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade de Justiça. **Economic Analysis of Law Review**. Brasília, vol. 5, nº 1, janeiro-junho/2014, p. 166-178.

ARIEW, Roger et al. **Historical Dictionary of Descartes and Cartesian Philosophy**. Maryland: Rowman & Littlefield, 2015.

ARISTÓTELES. **Retórica**. São Paulo: Edipro, 2011.

ARRUDA, Allan César. **A obsolescência programada na contramão do consumo sustentável no Brasil**. 2017, 127 folhas. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília, 2017.

ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. São Paulo: Landy, 2002.

AUDI, Robert. **The Cambridge dictionary of philosophy**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2016.

AZEVEDO, Fernando Costa de. Uma introdução ao direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 18, nº 69, janeiro-março/2009.

BACHELARD, Gaston. **A epistemologia**. Lisboa: Edições 70, 2006.

BACHELARD, Gaston. **A filosofia do não**. Lisboa: Editora Presença, 1991.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BACHELARD, Gaston. **Ensaio sobre o conhecimento aproximado**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2004.

BACHELARD, Gaston. **O novo espírito científico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. A crença no princípio (ou mito) da imparcialidade judicial. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. São Paulo, vol. 7, nº 2, junho/2020, p. 203-223.

BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. A centralidade do juízo oral no Sistema Acusatório: uma visão estratégica acerca do caso penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 4, nº 2, maio-ago/2018, p. 669-705.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Aurélio Wander. **O ensino jurídico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2005.

BAUDRILLARD, Jean. **O sistema de objetos**. São Paulo: Perspectiva, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo - influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BENETI, Sidnei. O “fator STJ” no direito do consumidor brasileiro. **Revista do Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 20, nº 79, julho-setembro/2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. Consumer protection in less-developed countries: the Latin American experience. In: RAMSAY Iain (Org.). **Consumer law in the global economy**: national and international dimensions. Vermont (EUA): Ashgate Publishing Company, 1997.

BÍBLIA. **Bíblia Sagrada**. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009.

BINMORE, Ken. **Game Theory**: a very short introduction. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.

BLACKBURN, Simon. **The Oxford Dictionary of Philosophy**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996.

BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do mundo**. São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BOCK, Ana Mercês Bahia. **Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia**. São Paulo: SaraivaUni, 2023

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRAGAGLIA, Ana Paula. Publicidade excludente e outros apelos emocionais: reforçando o estereótipo 'feliz é quem consome.' **Verso e Reverso**. São Leopoldo (RS), XXVIII(67):2-14, janeiro-abril/2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 maio de 2025.

BRASIL. Estado do Paraná. **Lei Estadual nº 22.267/2024**. Estima a receita e fixa a despesa para o exercício financeiro de 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 5 de fevereiro de 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 de maio de 2025.

BRASIL. Polícia Federal. **Relatório nº 4546344/2024**. Disponível em <https://static.poder360.com.br/2024/11/relatorio-PF-golpe-de-estado-2024-parte-1.pdf>. Acesso em 13 de janeiro de 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1734523/RJ**. Relator Ministro Raul Araújo. DJe 16/09/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2447431/SP**. Relator Ministro Raul Araújo. DJe de 22/10/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1737707/SP**. Relator Ministro Marco Buzzi. DJe de 2/9/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial 2669775/BA**. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. DJEN de 11/4/2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial 1837659/SP**. Relatora Ministra Regina Helena Costa. DJe 20/02/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo no Recurso Especial 2834985/RS**. Relator Ministro Raul Araújo. DJEN de 10/4/2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 533403/MS**. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe de 4/8/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial 1829280/SP**. Relatora Ministra Nancy Andrichi. DJe de 18/12/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos Declaratórios no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência do Recurso Especial 1483155/BA**. Relator Ministro Og Fernandes. DJe de 3/8/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial 616918/MG**. Relator Ministro Castro Meira. DJe de 23/8/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 146189/RJ**. Relator Ministro Barros Monteiro. DJ 29/06/1998, p. 196.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1725663/RS**. Relator Ministro Herman Benjamin. DJe 23/05/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 2062295/DF**. Relatora Ministra Nancy Andrichi. DJe de 14/8/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 206554/SC**. Relator Ministro Milton Luiz Pereira. DJ de 8/10/2001, p. 165.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 2072206/SP**. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJEN 12/03/2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 53227/RS**. Relator Ministro Herman Benjamin. DJe 30/06/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 98.**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 393.**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 48.**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 572.**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 988.**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 1178.**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sentença Estrangeira Agravo Regimental (SE-AgR) 5206-7.** Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 967.**

BROBECK, Stephen. **Encyclopedia of the Consumer Movement.** Santa Barbara (EUA): ABC-CLIO, 1997.

CAENEGEM, R.C van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. Tradução Roberto B. Del Claro. **Revista de Direito Processual Civil Gênesis.** Curitiba, ano 7, n167 23, janeiro-março/2002.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 533/2019.** Acrescenta o parágrafo único ao artigo 17 e § 3º ao artigo 491, ambos do Código de Processo Civil. Autor: Júlio Delgado (PSB/MG).

CAMATTA, R. B.; SALLES, A. O. T. Consequências macroeconômicas do consumo conspícuo: efeito demonstração, mimetismo cultural; efeito dependência e os limites sociais para o crescimento econômico. **Nova Economia**, Sem Local, vol. 34, nº 1, 2024, p. 1-31. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/7897>. Acesso em: 11 fev. 2025.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Heurísticas, vieses cognitivos e ruídos sistemáticos: fragmentos do pensamento de Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sustein para o julgamento judicial. **Revista Judiciária do Paraná.** Curitiba, vol. 23, 2022, p. 87-102.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, vol. 786, 2001, p. 108-128.

CAMBI, Eduardo. Protagonismo judiciário responsável. **Argumenta - UENP**. Jacarezinho, nº 16, 2012, p. 83-97.

CAMBI; Eduardo *et al.* **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMBI, Eduardo; CORRALES, Eluane de Lima. Neoinstrumentalismo do processo? Expansão dos métodos atípicos de resoluções de conflitos. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**. Rio de Janeiro, ano 12, vol. 19. nº 1, janeiro-abril/2018.

CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. Casuísmo judiciários e precedentes judiciais. **Revista de Processo (Repro)**. São Paulo, vol. 248, outubro/2015.

CAMBI, Eduardo; MUNARO, Marcos Vinícius Tombini. Dever de fundamentação das decisões judiciais (exegese do artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil). **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**. Rio de Janeiro, ano 13, vol. 20, nº 2, maio-agosto/2019.

CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Sistema de precedentes brasileiro: compreensão crítica a partir da tradição inglesa e norte-americana. **Prisma Jur**. São Paulo, vol. 17, nº 1, 2018, p. 83-116.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; STIPP, Luna. Hermenêutica flexível e discricionariedade judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria, vol 11, nº 1, 2016.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; AMARAL, Maria Eduarda Toledo Pennacchi Tibiriçá. Inteligência artificial no Poder Judiciário, discriminação algorítmica e direitos humanos-fundamentais. **SUPREMA - Revista de Estudos Constitucionais**. Brasília, vol. 3, nº 2, julho-dezembro/2023, p. 189-218.

CAMBI, Eduardo, PORTO, Letícia de Andrade Porto, FACHIN, Melina Girardi. **Constituição e direitos humanos: tutela dos grupos vulneráveis**. São Paulo: Almedina, 2022.

CAMERER, Colin F. **Behavioral Game Theory - Experiments in Strategic Interaction**. Nova Iorque: Princeton University Press, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Editora Almedina, 2016.

CANEN, Doris (ORG). **Inteligência Artificial e aplicabilidade prática no Direito**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2022.

CANOTILHO, J.J. Gomes (Coord.) *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

CARVALHO, João Rafael Chió Serra. O general de Marx: o pensamento militar de Friedrich Engels. **Germinal: Marxismo e Educação em Debate**. Salvador, vol. 12, nº 3, novembro/2020, p. 186-202.

CASANOVA, Pablo González. Globalidade, neoliberalismo e democracia. *In*: GENTILI, Pablo (Org.) **Globalização excludente**: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial. Petrópolis (RJ): Vozes, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARPENA, Heloisa. S.O.S. Ações civis públicas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 25, nº 104, março-abril/2016.

CHAVES, Miguel, e NUNES, João Sedas. Deontologia e capitalização simbólica na advocacia portuguesa contemporânea. **Revista do Instituto de Ciência Sociais da Universidade de Lisboa**. Lisboa (Portugal), vol. XLVII, nº 202, primeiro trimestre/2012, p. 114-145.

CID, Alessandra Corrêa. **Construção de um modelo preditivo para decisões do STF em Ações Diretas de Inconstitucionalidade**. Trabalho de Conclusão de Curso. Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CLAUSEWITZ, Carl von. **Da Guerra**. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2010.

COMPARATO, Fabio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista da Consultoria-Geral do Estado**. Porto Alegre, vol. 6, nº 14, 1976, p. 81-105.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2024**. Brasília: CNJ, 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/28383cca082cb68ac79144e7b40f5568.pdf>. Acesso: 3 de junho de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros - 2018**. Brasília: CNJ, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 615/2025**, de 11 de março de 2025, DJe/CNJ n. 54/2025, de 14 de março de 2025, p. 2-17.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sumário executivo - Justiça em Números**. Brasília: CNJ, 2023.

COPPI, Irving Marmer. **Introdução à lógica**. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

CUNHA, José Sebastião Fagundes (Coord. Geral). **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COSTA, Alexandre. **Heráclito**: fragmentos contextualizados. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAN, Wei. Breves notas sobre a aplicação da nova lei do consumidor na China: novos direitos e novas responsabilidades. **Revista do Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 25, nº 103, janeiro-fevereiro/2016, p. 129-142.

DAN, Wei. Proteção do consumidor na China. **Revista do Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 19, nº 74, abril-junho/2010, p. 326-344.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes. 2014.

DE PAULA FILHO, Alexandre; PESSÔA PEREIRA LUSTOSA, João Paulo; GRASSI DE GOUVEIA, Lúcio. Julgamentos virtuais x (Tele)presenciais: testando empiricamente a influência do Plenário Virtual como fator decisório nas Câmaras de Direito Público do TJPE em 2022. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, vol. 26, nº 2, 2025. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/79741>. Acesso em: 15 set. 2025.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DESCARTES, René. **Meditações metafísicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DIAS, Eduardo Rocha; FORTES, Gabriel Barroso. Responsabilidade civil, danos extrapatrimoniais e enriquecimento ilícito nas relações de consumo: uma análise crítica da jurisprudência do STJ. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 25, nº 104, março-abril/2016.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento - Vol. I. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. Salvador: JusPodivm, 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DIXIT, Avinash K; NALEBUFF, Barry J. **The art of strategy**. Nova Iorque: WW Norton & Company Inc, 2010.

DIXIT, Avinash K; NALEBUFF, Barry J. **Thinking strategically**: the competitive edge in business, politics, and everyday life. Nova Iorque: WW. Norton & Company Inc, 1993.

DORI, Carlone Lovison; CAMBI, Eduardo. Distribuição dinâmica do ônus da prova (exegese do art. 373, § 1º, CPC/2015). **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**. Rio de Janeiro, ano 12. vol. 19, nº 2, maio-agosto/2018.

DORINI, João Paulo de Campos. Direito de acesso ao consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 19, nº 75, julho-setembro/2010, p. 43-79.

DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo: Por que oito famílias têm mais riqueza do que a metade da população do mundo?** São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

DOWBOR, Ladislau. **Democracia econômica**: alternativas de gestão social. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2012.

DOWBOR, Ladislau. **Formação do terceiro mundo**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

DUBOIS, Didier; PRADE, Henri. **Fuzzy sets and systems - theory and applications**. Londres: Academic Press Limited, 1980.

DURLAUF, Steven N; BLUME, Lawrence E. **The new palgrave dictionary of economics**. Nova Iorque: Palgrave MacMillan, 2008.

DUTTA, Prajit K; VERGOTE, Wouter. **Strategies and games - theory and practice**. Cambridge: The MIT Press, 2022.

ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. **Democracy Index 2023**: Age of conflict. Londres: The Economist Intelligence Unit Limited, 2023.

EFING, Antônio Carlos; BOZO, Aline Maria Hagers. O mero aborrecimento e a justiça defensiva: a tragédia do ilícito lucrativo em favor do alegado desafogamento do Judiciário. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**. Belo Horizonte, vol. 31, nº 4, outubro-dezembro/2022, p. 121-144.

EFING, Antonio Carlos; GIBRAN, Fernanda Mara; BLAUTH, Flávia Noemberg Lazzari. A proteção jurídica do consumidor enquanto direito fundamental e sua efetividade diante de empecilhos jurisprudenciais: o enunciado 381 do STJ. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 5, nº 17, outubro-dezembro/2011, p. 207-226.

EFING, Antônio Carlos; GODRI, João Paulo Atilio Godri. Behavioral economics e defesa do consumidor: uma aproximação pertinente? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, nº 52, agosto/2023, p. 308-324.

EFING, Antonio Carlos; GONÇALVES, Heloísa Alva Cortez. Lixo, o luxo da sociedade: resíduos sólidos eletroeletrônicos, obsolescência programada e pós-consumo. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 14, nº 42, janeiro-junho/2020, p. 405-428.

EFING, Antonio Carlos; GOMES, Eduardo Biacchi; FONSECA, Gabriel Ribeiro Vargas da. Contratos eletrônicos de consumo internacional e a ausência legislativa em relação aos intermediadores. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, vol. 26, nº 51, agosto/2023, p. 4-24.

EFING, Antonio Carlos; GUARAGNI, Giovanni Vidal. Neurociência e direito: implicações na (des)proteção do consumidor brasileiro. **Civilistica**. Rio de Janeiro, ano 9, nº 3, 2020.

EFING, Antônio Carlos; SOARES, Alexandre Araújo Cavalcante; PAIVA, Leonardo Lindroth. Reflexões sobre o tratamento jurídico da obsolescência programada no Brasil: implicações ambientais e consumeristas. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**. Itajaí, vol. 21, nº 3, setembro-dezembro/2016.

ELSTER, Jon. **Marxismo, funcionalismo e teoria dos jogos**. Lua Nova. São Paulo, nº 17, junho/1989.

ESTEVES, Diogo *et al.* **Pesquisa sobre o sistema suplementar de advocacia dativa remunerada no Brasil 2024**. Brasília: Defensoria Pública da União, 2024.

EUROPEAN COMMISSION. **The 2024 EU Justice Scoreboard**. Luxemburgo: Publications Office of The European Union, 2024.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Zahar, 2022.

FARIA, José Eduardo. **A reforma do ensino jurídico**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estudos Avançados**, São Paulo, vol. 18, nº 51, maio/agosto de 2004, p. 103-125.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Curitiba: Editora Positivo, 2009.

FERREIRA, Natânia Silva. Uma historiografia do consumo e da cultura material. **XV Congresso Brasileiro de História Econômica & 16ª Conferência Internacional de História de Empresas**. Osasco, 2023.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1977.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2021.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FRANCO, Marcelo Veiga. The vanishig trial: o movimento histórico de declínio do número de julgamentos nos Estados Unidos da América. In: **Acesso à justiça, direito e sociedade: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter**. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

FRAZÃO, Ana; GOETTENAUER, Carlos. Algoritmos de precificação e direito concorrencial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria (RS), vol. 17, nº 1, janeiro-abril. 2022.

FRAZÃO, Ana; ISHIHARA, Júlia Namie M.P. A falácia da teoria da escolha racional no direito antitruste e as contribuições da economia comportamental. **Revista de Direito Brasileira**. Florianópolis (SC), vol. 30, nº 11, setembro-dezembro/2021, p.346-375.

FREEDMAN, Lawrence. **Strategy: a history**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

FRONTINUS, Sextus Julius. **The stratagems and the aqueducts of Rome**. Cambridge: Harvard University Press, 1961.

GABERELL, Laurent; ABEBE, Manuel; RUNDALL, Patti. How Nestlé gets children hooked on sugar in lower-income countries. **Public Eye – Le Magazine**. Zurique (Suíça), nº 47, abril/2024.

GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade em expansão. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, vol. 2, nº 1, janeiro-junho/2015, p. 37-49.

GALANTER, Marc. **Lowering the bar: lawyer jokes and a legal culture**. Wisconsin: The University of Wisconsin Press, 2005.

GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente**. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Porto Alegre: L&PM, 2016.

GAT, Azar. **War in human civilization**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006.

GHEMAWAT, Pankaj. **A estratégia e o cenário dos negócios: textos e casos**. Porto Alegre: Bookman, 2000.

GICO JR. Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique. Despacho saneador e assimetria da informação. **Economic Analysis of Law Review**. Brasília, vol. 9, nº 3, setembro-dezembro/2018, p. 191-207.

GICO JR., Ivo Teixeira. Anarquismo judicial e Segurança Jurídica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, vol. 5, nº especial, 2015, p. 479-499.

GICO JR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**. Brasília, vol. 1, nº 1, janeiro-junho/2010, p. 7-33.

GICO JR, Ivo Teixeira. O capital jurídico e o ciclo da litigância. **Revista Direito GV**. São Paulo, vol. 9, julho-dezembro/2013, p. 435-464.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

GOMES, Ana Paula Maria Araújo; MENDONÇA, Maria Lírída Calou Araújo. A tutela administrativa do consumidor pelo Procon e as perspectivas do Projeto de Lei 5.193/2013. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 25, nº 107, setembro-outubro/2016.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes**. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRAY, Colin S. **Modern Strategy**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HAMZEZHADAH, Bahaar. Repeat Player vs. One-Shotter: Is Victory all that Obvious. **Hastings Business Law Journal**. San Francisc (EUA), vol. 6, nº 1, 2010, Disponível em: https://repository.uchastings.edu/hastings_business_law_journal/vol6/iss1/6.

HAPNER, Paulo Afonso Manfredini. **O Estado organizacional dos grandes escritórios de advocacia do Brasil: dois estudos de caso**. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial). Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2002.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens - uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&Pm, 2018.

HART, B.H. Liddel. **Strategy**. Nova Iorque: Meridian, 1991.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Petrópolis: Vozes, 2014.

HENDERSON Bruce D. As origens da estratégia. *In*: MONTGOMERY, Cynthia A. (Org.). **Estratégia**: a busca da vantagem competitiva. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2019.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HILTON, Matthew. **Consumerism in Twentieth-Century Britain - The Search for a Historical Movement**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2003.

HOBSBAWM, Erik J. **A era do capital (1848-1857)**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2012.

HOBSBAWM, Eric J. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOBSBAWM, Eric J. **Pessoas extraordinárias**: resistência, rebelião e jazz. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. São Paulo: Editora 34, 2003.

HOWELLS, Geraint. Seeking social justice for poor consumers in credit markets. /n: RAMSAY Iain (Org.). **Consumer law in the global economy: national and international dimensions**. Vermont (EUA): Ashgate Publishing Company, 1997.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Demográfico: 1970**. Rio de Janeiro: IBGE, 1970. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo.html?id=769&view=detalhes>.

JAY, Martin. **La imaginacion dialectica - Historia de La Escuela de Frankfurt Y El Instituto de Investigacion Social (1923-1950)**. Madri (Espanha): Taurus, 1986.

JOMINI, Antoine Henri. **Compendio del Arte de la Guerra**. Madri (Espanha): Ministerio de Defensa, 1991.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 1989.

KEEGAN, John. **Inteligência na guerra**: conhecimento do inimigo, de Napoleão à Al-Qaeda. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

KEEGAN, John. **Uma história da guerra**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins fontes, 2006.

KENNEDY, Duncan. **A critique of adjudication**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

KLAUSNER, Eduardo Antônio. A globalização e a proteção do consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 24, nº 97, janeiro-fevereiro/2015.

KONDER, Leandro. **O que é dialética**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2007.

KRITZER, Herbert M. Winners and losers in litigation: does anyone come out ahead? *In: Acesso à justiça, direito e sociedade*: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

LAGE-FREITAS, André; ALLENDE-CID, Héctor; SANTANA, Orivaldo; OLIVEIRA-LAGES, Livia. Predicting Brazilian Court Decisions. **Peer J Computer Science**. Sem Local, março/2022. DOI 10.7717/peerj-cs.904

LAHAVA, Alexandra D.; SIEGELMAN, Peter. The Curious Incident of the Falling Win Rate: Individual vs System-Level Justification and the Rule of Law. **U.C. Davis Law Review**, Davis (EUA), vol 52, 2019.

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2011.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LESSA, Celia de Andrade. Racionalidade estratégica e instituições. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, vol. 13, nº 37, junho/1998.

LEVITSKY, Steven, e ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIMOEIRO-CARDOSO, Miriam. Ideologia da globalização e (des)caminhos da ciência social. *In: GENTILI, Pablo (Org.). Globalização excludente*: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial. Petrópolis: Vozes, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento: uma problemática geral. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 33, nº 129, janeiro-março/1996.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário. *In* FARIA, José Eduardo (Coord.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

MAGALHÃES, Juliana Paula. Magistratura e capitalismo: elementos para uma crítica. **Revista Derechos en Acción**, ano 5, nº 17, setembro-dezembro/2020, p. 55-103.

MAGEE, Glenn Alexander. **The Hegel Dictionary**. Londres: Continuum International Publishing Group, 2010.

MANDEL, Ernest. **O capitalismo tardio**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

MAQUIAVAL, Nicolau. **A arte da guerra**. Porto Alegre: L&PM, 2021.

MAQUIAVAL, Nicolau. **O Príncipe**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1996.

MARIMPIETRI, Flávia. O histórico da defesa do consumidor no Brasil e na Argentina. **Direito UNIFACS-Debate Virtual**. Sem Local, nº 171, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil - vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; BECKER, Laércio A. A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 9, nº 286, abril/2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5066>. Acesso em: 22 de maio de 2025.

MARQUES, Carlos Alexandre Michaello; ROCHA, Leonel Severo. Consumo e direitos humanos: reflexões sobre o discurso hegemônico da modernidade e o rompimento colonial. **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo, vol. 44, 2020.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINEZ, Tiago; HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues Santos. A trivialização do dano: banalizado por quem? A desmistificação da indústria do dano moral pela análise da cultura jurídica brasileira e norte-americana. **Anais do XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS - Maranhão**. Coordenadores: Ana Thereza Meireles Araújo; Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2023.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Martin Claret, 2004 [1848].

MCKENDRICK, Neil; BREWER, John; PLUMB, John Harold. **The Birth of a Consumer Society: the Commercialization of Eighteenth Century England**. Bloomington (EUA): Indiana University Press, 1982.

MELLO, João Pedro de Souza. **Análise estratégica da norma processual**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. DOU nº 242, Seção 1.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 18, nº 72, outubro-dezembro/2009.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIYAMOTO, Musashi. **O livro dos cinco anéis: o clássico guia de estratégia**. São Paulo: Madras, 2004.

MORTARI, Cesar A. **Introdução à lógica**. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de Filosofia - Lições Preliminares**. São Paulo: Mestre Jou, 1980.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MORIN, Edgar. **Conhecimento, ignorância, mistério**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 2005.

MYERSON, Roger B. **Game theory - analysis of conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

NEUMANN, John Von; MORGENSTERN, Oskar. **Theory of games and economic behavior**. Princeton (EUA): Princeton University Press, 1953.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NIBLETT, Anthony; YOON, Albert. A.I. and the Nature of Disagreement. **PHILOSOPHICAL TRANSACTIONS OF THE ROYAL SOCIETY**. Sem Local, outubro/2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4735851> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4735851>.

NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

NUNES, Ana Luiza Tarter; BESSA, Leonardo Roscoe. Convivência normativa entre o incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas: primeiras impressões. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 25, nº 108, novembro-dezembro/2016.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVA, Milena Donato. Desafios contemporâneos da proteção do consumidor: codificação e pluralidade de fontes normativa. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**. Belo Horizonte, vol. 16, abril-junho/2018, p. 15-33.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Nacional. **Perfil adv: 1º estudo demográfico da advocacia brasileira**. (Coord) José Alberto Simonetti, Rafael de Assis Horn, Luis Felipe Salomão. Brasília; Rio de Janeiro: OAB Nacional; FGV Justiça, 2024.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Seccional Paraná. **Resolução 08/2025**. Dispõe sobre a atualização da Tabela de Honorários Advocatícios. Diário Eletrônico da OAB, ano VII, nº 1580, 7 de abril de 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 27 de outubro de 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LEME, Ana Carolina Reis Paes. Litigância manipulativa da jurisprudência e plataformas digitais de transporte: Levantando o véu do procedimento conciliatório estratégico. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, vol. 10, nº 95, 2012.

OSBORNE, Martin J.; RUBINSTEIN, Ariel. **A course in game theory**. Cambridge: The MIT Press, 1994.

PASSETTI, Gabriel. Os Britânicos e seu Império: debates e novos campos da historiografia do período vitoriano. **História**. São Paulo, vol. 35, e. 77, 2016.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PIMENTEL, Alexandre Freire; ORENGO, Beatriz Souto. Perspectivas de aplicação da inteligência artificial no direito processual: análise sobre as diretrizes éticas e eficiência jurisdicional. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**. Brasília, vol. 8, nº 3, setembro-dezembro/2021.

POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1974.

PORTANOVA, Rui. **Princípio do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Perfil do superendividado brasileiro: uma pesquisa empírica. **Revista do Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 24, nº 101, setembro-outubro/2015.

PORTER, Michael E. **Estratégia competitiva**: técnicas para análise de indústrias e da concorrência. Rio de Janeiro: Atlas, 2021.

PRIEST, Graham. **An introduction to non-classical logic**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2001.

PRIEST, Graham. **Capitalism - its nature and its replacement**. Nova Iorque: Routledge, 2022.

PRIEST, Graham. **Logic - a very short introduction**. Nova Iorque: Oxford University Press Inc, 2006.

PRUX, Oscar Ivan. O direito do consumidor em tempos de crise econômica persistente - Problemática das relações entre fornecedores e consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 22, nº 89, setembro-outubro/2013.

PRUX, Oscar Ivan. Os 25 anos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sua história e as novas perspectivas para o Século XXI. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 25, nº 104, março-abril/2016.

PUCHTA, Ananda Hadah Rodrigues; COSTA, Camille Vieira da; ROCHA, Helena de Souza. Planos de educação: a litigância estratégica da sociedade civil e da Defensoria Pública do estado do Paraná na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal**. Brasília, vol. 1, nº 1, 2019, p. 95-106.

RAMOS, Luciana de Oliveira; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SAMPAIO, Joelson de Oliveira. **Relatório ICJBrasil 2021**. São Paulo: FGV Direito SP, 2021.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Processualismo científico e 'fases metodológicas do processo': a tática erística do adjetivo científico e das 'novas fases metodológicas'. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, ano 14, vol. 21, nº 3, setembro-dezembro/2020, p. 296-327.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Brasil tem 40 escritórios com mais de 100 advogados. Notícia disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-out-29/brasil-40-escritorios-advocacia-100-advogados>. Acesso em 27 de abril de 2025.

REYMAO, Ana Elizabeth Neirao; CEBOLÃO, Karla Azevedo; SUSSUARANA, Alexandre Henrique Rene de Almeida. A eficiência da Justiça do Trabalho, a partir da análise envoltória de dados. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. São Paulo, vol. 6, nº 1, maio/2019, p. 126-146.

ROCHA, Leonel Severo; ATZ, Ana Paula. As organizações auxiliares ao Poder Judiciário na complexidade da semântica do consumo. **Revista do Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 21, nº 83, julho-setembro/2012.

ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos jogos e processo penal**: a short introduction. Florianópolis: Emais, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da; WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. **Vieses da justiça**: como as heurísticas operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: Emais, 2021.

ROSENFELD, Denis L. **O que é democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

RUZON, Bruno Ponich. Consumidor nem sempre tem realidade cor-de-rosa nas decisões do STJ. **CONSULTOR JURÍDICO**. São Paulo, vol. 29/01/2017, 2017.

RUZON, Bruno Ponich. O paradoxo na quantificação do dano moral nas relações de consumo. In: Rui Stoco. (Org.). **Dano moral nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1429-1440.

RUZON, Bruno Ponich. **Teoria da argumentação em Perelman**. São Paulo: Dialética, 2021.

RUZON, Bruno Ponich; BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues. O déficit de Procons no Brasil: empecilho ao direito fundamental da defesa do consumidor? **Revista Brasileira de Direito Comercial, Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**. Porto Alegre, ano XI, nº 61, novembro/janeiro/2025.

RUZON, Bruno Ponich; MAIMONE, Flávio Henrique Caetano de Paula. A desvalorização constante do dano moral na jurisprudência brasileira. **Revista Brasileira de Direito Comercial, Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**. Porto Alegre, ano X, nº 56, dezembro-janeiro/2024.

SALLES, Carlos Alberto. Os “haves” continuarão à frente? Possíveis impactos de um modelo de litigância tecnológica. In: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do Século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2014.

SANTANA, Héctor Valverde. Proteção internacional do consumidor: necessidade de harmonização da legislação. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, vol. 11, nº 1, 2014, p. 53-64.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. A obsolescência programada e psicológica como forma de biopoder: perspectivas jurídicas do consumismo. **Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, vol. 9, nº 04, 2016, p. 1771-1786.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. Coimbra: Edições 70, 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1989.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O fim do império cognitivo**: a afirmação das epistemologias do Sul. Belo Horizonte: Autêntica, 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007.

SANTOS, Gildo. **A prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2025.

SCHELLING, Thomas C. **The strategy of conflict**. Londres (Inglaterra): Harvard University Press, 1980.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ter razão**: exposta em 38 estratégias. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

SEBERNA, Cesar Antonio. **Direito, lógica e paraconsistência**: conflitos entre normas, contradições e paradoxos nos sistemas jurídicos. Curitiba: Juruá, 2016.

SHAPIRO, Carl. **Consumer Information, Product Quality and Seller Reputation**. Working Paper Nº 42. Bureau of Economics, Federal Trade Commission, Washington (DC), 1980.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Luciana Maria da, *et al.* Estado da arte dos fundamentos e ideias da Lógica Fuzzy aplicada a ciências e tecnologia. **Revista Brasileira de Geomática**, Curitiba, vol. 7, nº 3, julho-setembro/2019, p. 149-169.

SILVA, Jeovan Assis; FERREIRA, Guilherme Viana; PRATA, Ana Aires. Desempenho em juizados especiais no Brasil: uma análise do período 2009-2016. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 6, nº 3, dezembro/2019, p. 231-250.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Acesso à justiça e direito processual**. Curitiba: Juruá, 2022.

SIDOU, José Maria Othon. **Proteção ao consumidor**: quadro jurídico universal, responsabilidade do produtor no direito convencional, cláusulas contratuais abusivas, problemática brasileira, esboço de lei. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SMITH, Anthony. The state of world consumer protection. *In*: RAMSAY Iain (Org.). **Consumer law in the global economy**: national and international dimensions. Vermont (EUA): Ashgate Publishing Company, 1997.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor**: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009.

SOUZA, Jessé. **A classe média no espelho**: sua história, seus sonhos e ilusões, sua realidade. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2018.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe**: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro: Leya, 2016.

SOUZA, Pedro H.G. Ferreira de. **Uma história da desigualdade**: a concentração de renda entre os ricos no Brasil, 1926-2013. São Paulo: Hucitec/Anpocs, 2018.

STALK JR, George. Tempo: a próxima fonte de vantagem competitiva. *In*: MONTGOMERY, Cynthia A. (Org.). **Estratégia**: a busca da vantagem competitiva. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

TAKAHASHI, Bruno. Galanter e a litigiosidade: uma rerepresentação. *In*: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

THALER, Richard. From homo economicus to homo sapiens. **Journal of Economic Perspectives**. Pittsburgh (EUA), vol. 14, nº 1, 2000.

THALER, Richard. **Misbehaving - a construção da economia comportamental**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R.; BALZ, John P. Choice Architecture. /n: SHAFIR, Eldar (Org). **The Behavioral Foundation of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2021.

TZU, Sun. **A arte da guerra**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

VARELA, Diego A. Lógica paraconsistente: lógicas da inconsistência formal e dialeteísmo. **Fundamento**, vol. 1, nº 1, setembro-dezembro/2010.

VERBICARO, Dennis; NUNES, Luiza Correa Colares. O fenômeno do superendividamento do consumidor no contexto de desigualdade social no Brasil. **Revista Jurídica Cesumar**. Maringá, vol. 19, nº 2, maio-agosto/2019, p. 521-555.

VERBICARO, Dennis; SILVA, João Vitor Penna e; LEAL, Pastora do Socorre Teixeira. O mito da indústria do dano moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 26, nº 114, novembro-dezembro/2017.

VIAL, Sophia Martini. Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 20, nº 80, outubro-dezembro/2011.

VIEIRA, Debora da Silva; VERBICARO, Dennis; GÓES, Gisele Santos Fernandes. Incidente de resolução de demandas repetitivas e ação coletiva: diálogo ou duelo na defesa do consumidor em juízo? **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 29, nº 130, julho-agosto/2020, p. 349-393.

VITORELLI, Edilson. Por que 'quem tem' sai na frente também no processo coletivo: considerações à luz da Análise Econômica do Direito. /n: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

VITORELLI, Edilson. Imparcialidade judicial e psicologia comportamental: há fundamento científico para um juiz de garantias?. **Revista de Processo (REPRO)**. São Paulo, vol. 316, junho/2021, p. 29-62.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. Piadas sobre advogados: o que ainda elas nos dizem? *In*: **Acesso à justiça, direito e sociedade**: estudos em homenagem ao professor Marc Galanter. (Coord.) Flávio Luiz Yarshell, Susana Henrique da Costa e Marcelo Veiga Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

WALLERSTEIN, Immanuel. A reestruturação capitalista e o sistema-mundo. *In*: GENTILI, Pablo. **Globalização Excludente**: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial. Petrópolis (RJ): Vozes, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WISTRICH, Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J.; GUTHRIE, Chris. Heart versus Head: Do judges follow the law or follow their feelings? **Texas Law Review**, Austin (EUA), vol. 93, 2015.

WOOD, Ellen Meiksins. **Democracia contra capitalismo**: a renovação do materialismo histórico. São Paulo: Editora Boitempo, 2006.

WOOD, Ellen Meiksins. **O império do capital**. São Paulo: Boitempo, 2014.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZADEH, Lotfi A. Fuzzy Sets. **Information and Control**, vol. 8, 1965.

ZORATTO, Mariele; EFING, Antônio Carlos. Impactos do neuromarketing na vulnerabilidade do consumidor. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, vol. 23, nº 46, 2020, p. 344-362.

SOBRE O AUTOR

Bruno Ponich Ruzon

Doutor em Ciência Jurídica (UENP-2025), Mestre em Direito Negocial (UEL-2012), Especialista em Filosofia Moderna e Contemporânea (UEL-2009), Especialista em Direito do Estado (UEL-2007). Já lecionou na FACCAR (Faculdade Paranaense – Rolândia) e na UEL (Universidade Estadual de Londrina). Membro do IDEC (Instituto de Defesa de Consumidores). Advogado sócio da Felizardo e Ruzon Advogados Associados.

SOBRE O PREFACIADOR

Eduardo Cambi

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia (Itália), Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz (FAG), Professor visitante do Curso de Doutorado de Direito e Gênero da Università degli Studi di Palermo, Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), Desembargador (Substituto) do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (TRE-PR), Foi Promotor de Justiça do Ministério Público do Paraná (MPPR), Presidente da Comissão Científica do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões IBDFAM nacional, Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, Vencedor do 2º Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

E-mail: eduardo.cambi@tjpr.jus.br

WWW.PIMENTACULTURAL.WWW

COMO ENFRENTAR LITIGANTES HABITUAIS NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

a perspectiva do consumidor