

# Cinco Escritos Sobre Ações de Massa e Demandismo

**Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos**  
*Diretor-Geral do CEDES - Centro de Estudos e Debates do TJRJ no Biênio 2011-2012.*

## I. INTRODUÇÃO

Os cinco escritos subsequentes refletem, de certa forma, minha trajetória na Diretoria-Geral do CEDES: a preocupação com as ações de massa, o demandismo e a tentativa de contenção através de uma jurisprudência uniformizada.

A gestão deu ênfase ao direito pretoriano pacificado como meio de superação daquelas dificuldades. Nele, joguei todas as fichas do sucesso de um trabalho de congraçamento de ideias através de uma linha de ampla discussão, pois, como lembra Karl Popper, a atividade intelectual é sempre de cooperação, com o propósito de trazer segurança jurídica, reduzir prazos, racionalizar a prestação da tutela jurisdicional e deter o demandismo.

Essa foi a filosofia cardeal de trabalho do CEDES, que, conforme dizem Alain Badiou e Barbara Cassin, “é uma atividade singular, cuja relação inevitável com uma espécie de desejo enciclopédico é, ao mesmo tempo, o lugar privilegiado de uma errância”, diferentemente da atividade científica, na qual prima a máxima da exigência do errar pouco.

Resisto à tese heideggeriana de que tudo se converterá em técnica, em ciência, em especialidade, e que a metafísica está condenada à morte, uma vez que as grandes ideias sempre partiram daqueles que têm visão de conjunto e não dos especialistas.

Nos capítulos que seguem, trato de cinco temas, que podem ser reduzidos a dois: demandismo e ações de massa.

É necessário que prossigam e se aprofundem esses estudos, para que tais questões sejam equacionadas de forma múltipla, pois não há fórmula única.

Talvez pareça emergir dos textos certa dose de pessimismo, ao se reconhecer, *v.g.*, o fracasso da jurisprudência pacificada como método de deter o demandismo.

Também é desmentido o mito milagroso da ampla eficácia das ações coletivas no combate a este mal. Como registrou Platão no Crátilo, “partimos daquilo que existe e não daquilo que se diz”. Não se pode acreditar em tudo que se anuncia. O que, efetivamente, se constata em matéria de ação coletiva, especialmente quando a questão versada diz respeito a interesses análogos, é reeditar-se na execução uma nova ação de conhecimento pelo litigante individual, com vistas a demonstrar que se enquadra nos ditames da sentença coletiva.

Pela mesma razão, recebe-se com reservas o decantado incidente de demandas repetitivas, porquanto ele resolve uma só questão jurídica, mas não decide, de uma só vez, inúmeros fatos semelhantes.

Desmascara-se o instituto da gratuidade de justiça, hoje explorado por vários oportunistas.

Cuida-se dos embargos de declaração, transformado em instrumento de chicana que alguns enunciados sumulares do TJ-RJ resolveu enfrentar.

Aliás, a tendência atual do STJ, arrependido da edição do verbete nº 98, de sua Súmula, quanto ao prequestionamento, o que, na prática, permitiu o abuso na interposição daquele recurso, é a de restringi-la, pois também agora sente na carne o absurdo de ter todos os seus pronunciamentos embargados.

Enfim, o erro, apesar de desconcertar e entristecer, é um convite à reflexão na busca da melhor solução.

## **II. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: QUESTÕES DE ORDEM PRÁTICA**

O Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça - CEDES, sem prejuízo de outras finalidades institucionais, como a realização de seminários, tem procurado priorizar o tema – uniformização da jurisprudência – não só pela importância que o direito pretoriano alcançou na atualidade, como também pelas vantagens que a unidade de pensamento proporciona.

Procurando seguir de forma escurreita a linha traçada pelo art. 122 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de que a inclusão em súmula deva decorrer de tese uniformemente adotada por decisões reiteradas de seus órgãos – daí a imperativa justificativa do verbete e a necessária indicação de precedentes na proposta de enunciado – mas sem chegar ao extremo de uma exegese limitada do dispositivo, o CEDES discorre muitas vezes sobre o óbvio. E não poderia ser diferente, em face dos termos estabelecidos pela norma regimental.

Referida sistemática, de certa forma, se assemelha ao método de raciocinar dos filósofos, descrito de modo lapidar por Roger Pol-Droit, cronista do Jornal *Le Monde*, *verbis*:

*“Às vezes eles esperam muito tempo antes de falar, espreitando silenciosamente o instante em que a evidência se explica, em que a banalidade se torna interessante” (A Companhia dos Filósofos, Martins Fontes, p. 14).*

Eis aí; os temas são óbvios, mas a banalidade se torna interessante por facilitar e acelerar a prestação jurisdicional.

Por isso, impõe-se a todos maior compreensão e espírito, ao lidar com tais trivialidades.

Dado o número insuportável de interposição de embargos de declaração, em grande parte estimulada pelo verbete nº 98 da Súmula do STJ (“embargos de declaração com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”) cuja finalidade foi, por via transversa, barrar o ingresso do recurso especial, alguns enunciados sobre a matéria foram editados e sumulados, com vistas a simplificar os julgamentos dos embargos, esperando-se que eles alcancem a finalidade prática que se buscou, em vez de passar a ter mero significado proverbial.

Refiro-me aos seguintes enunciados da Súmula do TJRJ, todos relatados no Órgão Especial pela eminente Desembargadora Leila Mariano, os quais não contrastam com o verbete nº 98 da Súmula do STJ, senão objetivam combater os abusos por ele proporcionados e mostram que não há propósito prequestionador e muito menos é nítido tal fim. São eles:

*“169 - Deve o embargante, sob pena de multa, indicar, precisamente, os pontos omissos e as normas constitucionais ou legais alegadamente violadas, adequando-as à hipótese dos autos”.*

*“170 - Configura intuito protelatório a reedição, nos embargos de declaração, das teses aduzidas ao longo do processo que constituam objeto de outro recurso, sem caracterizar ponto de omissão, obscuridade ou contradição da decisão embargada”.*

*“172 - A contradição, para ensejar a interposição de embargos de declaração, deve estar contida no próprio conteúdo da decisão embargada”.*

*“173 - São protelatórios os embargos de declaração sem a prévia discussão das partes sobre a questão federal ou constitucional omitida na decisão embargada, salvo se contida no aresto impugnado ou configurar matéria de ordem pública”.*

*“238 - Consideram-se protelatórios embargos de declaração opostos sem o recolhimento da multa prevista no art. 557, parágrafo 2º, do CPC”.*

Examine-se, inicialmente, uma hipótese bastante comum, concernente à interposição dos embargos de declaração para fins de prequestionamento, em face do caminho livre pavimentado pelo enunciado nº 98, da Súmula do STJ.

A primeira questão destacada é que, para efeito de prequestionamento, necessariamente, os embargos de declaração só poderão versar sobre omissão da decisão embargada.

Não há como “prequestionar” decisão contraditória ou obscura.

Os enunciados nºs 169 e 173 da Súmula do TJRJ pretendem demonstrar que, naqueles casos, o propósito prequestionador não existe.

De fato, é frequente, caso de incidência do enunciado 169, que o embargante, simplesmente, aluda a normas constitucionais e legais supostamente violadas, sem mencionar, especificamente, em que consiste a omissão, fazendo-se simples e genérica alusão aos dispositivos ditos violados, sem confrontá-los com as considerações da decisão embargada.

O intuito protelatório é nítido e enseja a aplicação de multa de 1% sobre o valor da causa, a qual pode ser majorada para 10%, nos termos do art. 538 do CPC e, neste caso, com o prévio pagamento, para que outro recurso possa ser interposto.

Por outro lado, algumas vezes o prequestionamento surge apenas nos embargos de declaração, o que, lógica e filologicamente, não é possível, porquanto se o questionamento tem de ser prévio, o prequestionamento não pode advir no momento da interposição dos embargos, salvo as exceções estabelecidas no próprio enunciado (a questão está contida no aresto embargado ou é de ordem pública).

Ressalvadas as exceções acima mencionadas, há evidente hipótese de protelação, a ser apenada, nos termos do art. 538 do CPC e do enunciado 173.

Não se pode esquecer, sem dúvida, a hipótese mais recorrente, objeto do verbete n.º 170 da Súmula: embargos de declaração nos quais se repetem todas as teses aduzidas ao longo do processo e que deveriam ser deduzidas em outros recursos (apelação, agravo interno, embargos infringentes, recurso especial e recurso extraordinário).

Também aí se evidencia o espírito ímprobo de postergar o fim do litígio e que merece idêntica pena civil, em face do efeito interruptivo que a interposição dos embargos proporciona.

E nesse caso a questão ganha maior relevo, uma vez que obriga o magistrado consciencioso a uma releitura atenta, para evitar possível nulidade de sua decisão, pois, no bojo da peça, pode haver algo dedutível em sede de embargos.

A parte não tem o direito de dar mais esse trabalho ao juiz, que já esgotou sua função com a prolação da decisão. É inaceitável que o mesmo magistrado seja sempre compelido a se pronunciar mais de uma vez sobre o mesmo ponto, como se ele tivesse pouco a fazer.

Dois pontos ainda dignos de registro: a contradição e o não recolhimento da multa imposta pelo art. 538, parágrafo único, do CPC.

No tocante à contradição, a experiência tem mostrado ser mais frequente haver contrariedade do embargante com a decisão embargada do que, propriamente, pensamentos que se opõem naquela.

Quer isto significar que a contradição tem de ser necessariamente interna, isto é, como diz o verbete nº 172 da Súmula, “deve estar contida no próprio conteúdo da decisão embargada”.

Pode dizer-se que é rara a situação em que o embargante sustenta efetiva contradição. Em regra, aduz que a decisão se opõe a certo documento, depoimento ou outra peça dos autos, o que não caracteriza, tecnicamente, contradição, que não pode ser externa.

Por aí se vê que a maioria dos julgamentos dos embargos de declaração, que verse sobre contradição, é resolvida pela simples referência ao enunciado e a menção de que ela tem de ser interna.

Como último tema, a multa estabelecida pelo art. 538, parágrafo único, do CPC, que assim dispõe:

*“Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo”.*

É Evidente que, conforme estabelece o dispositivo, a condição do pagamento como requisito de admissibilidade de outro recurso somente ocorre na hipótese de majoração de 1 para 10%, dado que a condicionante só se refere à última situação descrita na lei.

De seu turno, o enunciado nº 238 considera protelatórios embargos de declaração interpostos sem o recolhimento da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC, a saber, imposta em caso de agravo interno inadmissível ou se nele for deduzida tese manifestamente improcedente.

O enunciado decorre do fato de que o recolhimento da multa é óbvio e imperioso, daí a indução do espírito protelatório do embargante.

Isso demonstra a relevância de se impor, sem cerimônia, a multa prevista no art. 557, § 2º, nos casos em que os pressupostos para sua aplicação estejam patentes, dado que, segundo a própria dicção da norma acima referida, a interposição de qualquer outro recurso fica condicionada ao recolhimento do respectivo valor.

Uma vez que, dependendo do valor da multa, ela não é recolhida - a experiência tem mostrado que só há recolhimento quando o valor é inex-

pressivo - segue-se que, em muitos casos, o julgamento destes embargos de declaração fica bastante simplificado: o recurso não será conhecido e nova multa será imposta ao litigante ímprobo, aqui pela protelação que move a interposição dos embargos.

Mas esta matéria foge um pouco do tema ora tratado e será versada em outra oportunidade, quando forem abordadas questões práticas diversas atinentes ao agravo interno.

### III. DESJUDICIALIZAÇÃO DO PAGAMENTO DO SEGURO DPVAT

Quem exerce a jurisdição cível no âmbito do Estado do Rio de Janeiro é perfeitamente sabedor do fenômeno multiplicador de demandas, envolvendo a cobrança judicial do seguro DPVAT.

Por se tratar de litígio em que, de um lado, está um desfavorecido das circunstâncias, vítima de um infortúnio, que muitas vezes deixa a família ao desamparo, no caso de morte ou de lesão incapacitante, de outro, no extremo oposto, se encontra a poderosa e antipatizada seguradora, que não paga o que deve, apesar de dispor de vultosos recursos para adimplir suas obrigações. Daí o fato ter despertado no espírito do magistrado fluminense um sentimento concorde de indignação contra tal não pagamento. E os juízes, abnegados como sempre, se esmeraram em decidir celeremente tais demandas.

A necessidade de solução rápida de tais litígios, com vistas a amparar o desafortunado ou a sua família, tornou-se um consenso sem prévia discussão da questão entre os juízes, tal como a *acquiescentia in se ipsa* de Spinoza.

A boa-nova, então, se espalhou e demandantes de outros estados da Federação, onde o Judiciário é congestionado, para cá migraram, a fim de deduzirem suas pretensões de condenação ao pagamento do seguro obrigatório não adimplido.

E não foram apenas litigantes de estados longínquos de justiça morosa. As datas dos sinistros passaram a ser cada vez mais remotas. No entanto, a resposta jurisdicional permaneceu imediata.

Com tal modo de proceder, típico de certa dose inevitável de paternalismo jurisdicional, o Judiciário fluminense, sem se dar conta da forma como agia, impelido pela quantidade e pelas desgraças narradas nas demandas, prosseguiu com denodo, julgando celeremente tais feitos, que

cada vez mais se multiplicavam, até que a luz se acendeu e o oportunismo e o demandismo foram percebidos.

Editou-se, então, o enunciado nº 143 da Súmula deste Tribunal, *verbis*:

*“Nas ações de cobrança de seguro obrigatório – DPVAT, envolvendo questão de ordem pública, o juiz pode, de ofício, declinar da competência, aplicando-se a regra do art. 100, parágrafo único, do CPC e o espírito do CDC”.*

Este foi o primeiro passo para conter o abuso dos oportunistas. Referido verbete foi editado com base em acórdão lapidar da lavra do eminente Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, do qual se transcreve o seguinte trecho:

*“Muito embora se reconheça de forma geral que a pluralidade de opções de foro para ajuizamento de causas dessa natureza visa a garantir o acesso à justiça, a consistência de alegação nesse sentido deve poder ser aferida no caso concreto, considerando-se a natureza de relação jurídica de direito público e o escopo de pacificação social do processo, que não admitem eventual abuso no exercício do direito de ação.*

*Difícil aceitar que a propositura de ação em outra cidade e estado possa lhe ser mais benéfica do que na própria comarca de sua residência. A prestação que pede é o pagamento de quantia, que deve lhe ser feito, por todas as evidências, no local onde domiciliada.*

*É notório que têm sido ajuizadas neste foro inúmeras ações fundadas em acidentes ocorridos em outros estados, cujos Autores são pessoas lá domiciliadas, ao argumento de que a seguradora por eles escolhida para figurar no polo passivo é aqui sediada. Em tais demandas, contudo, a indicação do domicílio do Réu deve ser vista de modo não taxativo, já que, como é cediço, qualquer integrante do consórcio de seguradoras que gere o sistema DPVAT pode ser chamada a pagar as indenizações. Considerando, pois, a faculdade de ajuizamento contra qualquer seguradora do chamado pool do DPVAT, a*

*fixação do foro nesta capital em tais casos decorre apenas de suposta escolha do Autor, que pode merecer controle quando se evidencie, por regra de experiência comum (CPC, art. 335) e em vista das peculiaridades do caso, que tal escolha não foi feita em atenção às suas garantias processuais constitucionais. Assim, não pode tal escolha ser tomada como medida de preservação do direito de acesso à justiça ou de defesa/postulação. Evidencia-se, pela multiplicidade de processos em idêntica situação, verdadeira simulação processual, que deve ser combatida”.*

O STJ, apegado ao dogma processual (os dogmas, lamentavelmente, sempre os dogmas) de que a incompetência relativa não se conhece de ofício e de que ela se prorroga, se não for oposta exceção, anulou vários pronunciamentos que aplicaram tal verbete, como se colhe do aresto abaixo:

*“Processual civil. Recurso especial. Acórdão alvejado que, de ofício, declina da competência para comarca diversa. Impossibilidade. Súmula 33/STJ. Demanda de natureza pessoal. Competência do foro do domicílio do réu. Art. 94, caput, e art. 100, parágrafo único, do CPC. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido.*

*1. O foro competente para o ajuizamento da ação não é definido ao nuto do julgador, mas sim em conformidade com as regras de fixação e prorrogação de competência entabuladas na Lei Instrumental.*

*2. ‘A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício’ (Súmula 33/STJ).*

*3. A demanda objetivando o recebimento do seguro DPVAT é de natureza pessoal, implicando a competência do foro do domicílio do réu. Além disso, a regra contida no art. 100 do CPC é mera faculdade que visa a facilitar o acesso à Justiça.*

*4. Recurso especial provido” (REsp nº 1.059.330, 4ª Turma, D.J. de 15/12/2008).*

Ainda assim, os juízes fluminenses persistiram no firme propósito de reprimir o inaceitável abuso do direito processual, conforme demonstra decisão posterior, *verbis*:

*“Apelação cível. Direito civil e processual. Seguro-DPVAT. Ação objetivando a cobrança de indenização de seguro obrigatório - DPVAT. Competência. Com relação ao ajuizamento neste Estado de ações relativas à indenização do seguro DPVAT por pessoas domiciliadas em outros entes da Federação, a orientação pretoriana firmada neste E. Sodalício é no sentido de que as opções conferidas pela Lei Adjetiva em matéria de competência de foro para ajuizamento de ação com vistas a conferir efetividade ao direito de acesso à Justiça não obsta a análise da pertinência da escolha da parte autora pelo órgão julgador, sobretudo com o fim de coibir eventual abuso do exercício do direito de ação. Se a legislação coíbe eventual abuso ou irregularidade no exercício do direito de ação, é nítida a possibilidade de controle nesse sentido pelo magistrado, o que neste caso se concretiza em reparar a declaração da parte autora quanto à conveniência do ajuizamento neste foro, que é evidentemente inverossímil. No caso, não há lógica no ajuizamento da demanda na Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro se o fato ocorreu no Estado de São Paulo, onde também os demandantes possuem domicílio. Impõe-se, portanto, o declínio da competência para uma das varas cíveis da Comarca de São Paulo/SP. Recurso ao qual se dá provimento” (Apelação Cível nº [0174920-04.2007.8.19.0001](#), 18ª Câmara Cível, julgamento em 10/01/2012).*

Eram imperativas, então, outras medidas para pôr fim ao artifício.

Juízes, com maior agudeza de espírito, passaram a exigir o depoimento pessoal desses “litigantes distantes” que “apreciaram” a justiça fluminense e dela desfrutaram pela sua brevidade na solução do litígio, até que adveio outra proposição, muito mais evidente do que a máxima e o gênio de Spinoza: a lei que rege o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não, estabelece o prazo de trinta dias, contados da entrega dos documentos exigíveis, para a liquidação do sinistro pela seguradora (art. 5º, § 1º, da Lei nº 6.194/74).

Na linha da norma acima referida foi editado o verbete nº 232 da Súmula deste Tribunal, nos seguintes termos:

*“É incabível a cobrança judicial da cobertura do seguro DPVAT no prazo legal de regulação do sinistro”.*

Não obstante a clareza solar da disposição legal e os termos do enunciado sumular, aprovado em encontro de desembargadores, com o patamar de 81,82% dos presentes, ratificado pelo Órgão Especial, sentenças que observam a norma e o verbete antes transcrito são anuladas, como se verifica do seguinte aresto:

*“Sumário. DPVAT. Invalidez. Extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir. Ausência de prévio requerimento administrativo à seguradora. Irresignação que não merece prosperar. Ausência de esgotamento da via administrativa que não impede a propositura de ação judicial. Aplicação do princípio constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional. Equívoco ensejador da anulação do decisum. Provimento do recurso, com fulcro no art. 557, §1º-A, do CPC, para cassar a sentença e determinar o prosseguimento do feito” (Apelação Cível nº [0033037-29.2011.8.19.0066](#), julgamento em 12/07/2012).*

Referido entendimento, indubitavelmente, ainda está sob o influxo distorcido da visão social das decisões que versam sobre a cobrança da indenização pelo não pagamento do seguro obrigatório.

Impende deixar claro que não se trata de exigir o esgotamento da via administrativa, mas de oportunizar à seguradora o pagamento extrajudicial, até porque, como mencionado, a lei prevê prazo para a regulação do sinistro e ele se conta da entrega dos documentos pertinentes a uma das integrantes do consórcio DPVAT.

Em poucas palavras: a solicitação de pagamento do DPVAT à seguradora, instruída com os documentos legais, constitui aquela em mora, ao invés de caracterizar exigência de exaustão da via administrativa.

Denota-se que o aresto antes transcrito não visualiza a questão de forma adequada, pois, absolutamente, não se confundem constituição em mora com exaurimento da via administrativa e de pura observância do prazo imposto em termos absolutamente expressos em lei.

Resta, então, dirimir a questão acerca da natureza da sentença que considera incabível a cobrança de seguro obrigatório antes da regulação do sinistro.

A situação do DPVAT é extremamente curiosa. Em qualquer hipótese de acidente, a atitude normal do segurado é procurar a seguradora, para que esta regule, primeiramente, o sinistro. Somente em caso de não pagamento, ressarcimento incompleto ou de mora, as demandas são ajuizadas.

Contudo, na cobrança do seguro DPVAT não se respeita o prazo legal que a seguradora dispõe para pagar e se judicializa a questão sem que aquela esteja constituída em mora.

Assim como se decidiu, o sentido do comando enseja uma inimaginável obrigatoriedade de as seguradoras correrem em busca das vítimas para, no trintídio, exortá-las a receber aquilo a que têm direito.

O Judiciário resolve conflitos e não conveniência de terceiros, estes em pleno exercício do indisfarçável abuso do direito processual.

Para os menos atentos, a redação do verbete, sem tomar partido, sobre se a questão é processual ou de mérito, diluiu a ambiência teórica e optou pela composição do texto sumular, utilizando o adjetivo “incabível”, para propiciar ao magistrado, conforme a situação dos autos, considerar questão processual (falta de interesse processual ou de uma condição específica, constituição em mora) ou de mérito (inexistência de mora).

Tudo dependerá, então, dos termos em que a demanda foi deduzida, isto é, da causa de pedir, conforme preconiza a teoria de Liebman, adotada pelo nosso CPC: se o autor afirmar, expressamente, na petição inicial que não requereu o pagamento à seguradora, o demandante “carecerá” de interesse processual, ou, para outros, de uma condição específica do regular exercício do direito de ação, isto é, a constituição em mora; se a questão for discutida após a contestação e exigir-se uma instrução, a matéria será de mérito, com a improcedência do pedido em virtude da inocorrência de mora.

É Liebman e não a teoria da asserção que esclarece a questão:

*“Todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação **ad causam**, deve ser proposto e resolvido **admitindo-se, provisoriamente e em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou do interesse. Quer isto dizer que, se da contestação do réu surge***

*a dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas pelo autor e é necessário fazer-se uma instrução, já não há mais um problema de legitimação ou de interesse, já é um problema de mérito”* (Conferência pronunciada pelo saudoso mestre peninsular em 29 de setembro de 1949, no Rio de Janeiro, tentando explicar aos processualistas brasileiros sua teoria e a técnica de sua utilização numa época em que a Ciência Processual brasileira ainda vivia na semiescuridão intelectual).

Singular, aliás, essa teoria da asserção: critica a teoria de Liebman e exprime, exatamente, o seu pensamento. Pior: utiliza-se dela e a condena. Mas esse impasse não é tema a ser debatido aqui e agora.

O que importa, no momento, é assegurar que o Judiciário fluminense não sirva de manobras processuais perpetradas por oportunistas.

Por fim, cumpre salientar que o STJ já sinaliza no sentido da necessidade da prévia tentativa de liquidação do sinistro, pois a questão, insista-se, é de constituição em mora e não de exaurimento da via administrativa, senão vejamos:

*“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO. DPVAT. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. REQUISITO ESSENCIAL PARA CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR. Inércia do autor quanto a este pedido. Reversão do entendimento. Impossibilidade. Incursão em matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ. Violação ao princípio da inafastabilidade do acesso à Justiça. Impossibilidade de exame por esta Corte de Justiça. Matéria atinente à competência do Supremo Tribunal Federal.*

**1. O requerimento administrativo prévio constitui requisito essencial para o ingresso de demanda judicial.**

(...)

*4. Agravo regimental desprovido”* (AgRg no REsp 936574/SP, Terceira Turma, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgamento em 02/08/2011).

O verbete n° 232 da Súmula do TJ-RJ quer evitar um ardil empregado por descomprometidos com a realidade da prestação jurisdicional, em complemento ao enunciado n° 143 da mesma Súmula.

#### IV. O PORVIR DE UM DEVANEIO

Parafraseio neste artigo o título de Freud na obra - **O Futuro de Uma Ilusão** - na qual o pai da psicanálise, em síntese, descreve a religião como um caso de neurose obsessiva coletiva.

Se pudesse, adotaria o mesmo título, pois o considero mais pertinente para o que aqui será tratado, mas não o faço (e nem o poderia fazer) em homenagem à honestidade intelectual, daí a confissão da paráfrase no título deste resumido artigo.

Neste breve escrito, por óbvio, não serão abordados temas psicológicos ou religiosos, até porque não sou psicólogo ou teólogo, mas, simplesmente, técnico em Direito.

A ilusão, a que me refiro, diz respeito à perspectiva de eficácia do novo instituto, incidente de demandas repetitivas, disciplinado no futuro Código de Processo Civil, como meio de redução e prevenção de demandas.

A expectativa dos processualistas é a de que aludido incidente reduzirá sobremaneira o número de feitos judiciais, pois estes receberão solução uniforme, de uma penada, após a diretriz estabelecida no incidente.

Aliás, mencionado instituto é apresentado como verdadeiro carro-chefe da reforma processual.

Não compartilho desse otimismo que me parece exagerado.

O que o instituto quer dizer em essência? Significa que as demandas, nas quais haja afinidade de questões por um ponto comum de direito, serão suspensas para que se delibere acerca da tese jurídica. Decidida a **quaestio juris**, aqueles feitos receberão solução uniforme, segundo o entendimento firmado no julgamento do incidente, em face da identidade de teses jurídicas (não da causa de pedir, pois estas são somente análogas ao invés de idênticas).

Não é objeto de preocupação descer a pormenores do instituto, uma vez que ele já foi tratado por processualistas de escol. Ao técnico em Direito compete, então, se preocupar com a produção do bom efeito.

O exame que importa, portanto, é apenas da predição de sua eficácia.

Afinal, como prenunciou Heidegger (a experiência mostrou o acerto de sua asserção), a metafísica e a transcendência morreriam, dando lugar à técnica e à eficácia, que passaram a ser sublimadas.

O **ter** superou o **ser**, até por questão de necessidade, porquanto, para que a velocidade dos avanços e das mudanças pudesse ser acompanhada, a transcendência cedeu seu espaço para a técnica, como previu Heidegger em seu **Ser e Tempo**. A técnica ascendeu de instrumento para tornar-se fim em si mesmo.

Ora, o incidente de demandas repetitivas emerge como mais um instrumento colocado à disposição da técnica na busca da eficácia, isto é, a solução mais rápida e econômica de demandas afins, além de preveni-las.

Mas será, de fato, vero, que esse mecanismo reduzirá o tempo e o número de processos judiciais?

Para começar, na realidade, isso dependerá de quem irá julgá-los, isto é, se examinará questões de fato.

Não se olvide que em qualquer processo judicial há questões de fato e de direito. Por isso, sempre considere defeituosa a redação do art. 330, inciso I, do CPC, ao mencionar questão “**unicamente** de direito”, porquanto não há matéria “**exclusivamente** de direito”, mas, tão somente, preponderantemente assim.

Tal predomínio não afasta o exame das questões de fato. Estas, penosamente, existirão nos processos judiciais e terão de ser, inexoravelmente, enfrentadas pelo magistrado com competência para o julgamento.

Em suma, o trabalho de subsunção do enunciado não sumular, obtido no julgamento do incidente de demandas repetitivas, não dispensa o magistrado de confrontar a situação fática dos autos com o resultado do julgamento daquele incidente.

Indubitável que as decisões terão de ser uniformes, mas deste confronto entre o enunciado do julgamento e a particular questão de fato de cada processo judicial, o magistrado não tem como escapar.

Para ilustrar o que foi dito, basta que se examinem as diversas demandas que versam sobre cobrança dos expurgos inflacionários das cadernetas de poupança realizados por “planos” econômicos.

O Superior Tribunal de Justiça editou diversos verbetes acerca de critérios a serem adotados no julgamento de tais demandas, chegando,

mesmo, a precisar os índices aplicáveis, mas tudo isso não evitou que cada magistrado tivesse de se defrontar, em cada caso concreto, com a particular questão de fato ali envolvida. Identificar repetitividade toma mais tempo que julgar de plano.

Todo esse cuidado pretoriano também não evitou a proliferação de processos semelhantes, especialmente às vésperas da prescrição de cada plano econômico. Afinal, o direito de petição é inderrogável.

Outra situação similar demonstra a mesma consequência: o STJ assentou o entendimento de que débito pretérito não permite a interrupção de serviço essencial e tal conduta dá azo à indenização por dano moral. Pois bem, não obstante a orientação, tal conduta, reiteradamente, continua sendo realizada por algumas concessionárias.

Por outro lado, as demandas sobre tais questões continuam a se reproduzir.

Numerosos outros exemplos poderiam ser trazidos à baila, mas os considero desnecessários neste momento.

O que se objetiva, pois, é alertar, em nome da verdade, sem qualquer espírito de desconstrução, mas com o propósito de se prevenir sobre o futuro de uma ilusão, isto é, a de que é um sonho supor que haverá redução considerável de demandas com a simples existência e aplicação deste novel instituto.

Como disse Einstein em uma de suas memoráveis cartas, “a fé leviana na autoridade é o pior inimigo da verdade”.

De qualquer modo, façamos votos que este técnico em Direito esteja equivocado, que tudo não passe de mera aparência e a verdade esteja com a autoridade.

## **V. ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE DEMANDAS MULTITUDINÁRIAS**

Durante certo tempo, alimentei a esperança de que a uniformização da jurisprudência, de forma contínua e sistemática, reduziria o tempo dos processos judiciais e constituiria um dique contra as demandas massificadas.

Percebi que esse trabalho uniformizador, apesar de minorar o tempo de duração destes feitos e facilitar a forma de julgamento, não atingiu o propósito maior e mais ambicioso de reduzir a quantidade de processos.

Foi, de fato, uma ideia sonhadora imaginar que a jurisprudência pacificada dissuadisse os demandistas de ajuizar ações, deduzindo as mesmas teses jurídicas repelidas sistematicamente pelas decisões pacificadas em certo sentido.

Configurou-se até em uma intuição ingênua a conjectura de que o direito pretoriano pusesse ordem nas coisas, dando cabo ao vício emulativo do demandismo (a dinâmica da litigância pela litigância).

Embora reconhecida com pesar a frustração do objetivo, não se deve desanimar por não serem confirmadas as próprias expectativas; as perspectivas é que devem ser revistas e os rumos e instrumentos repensados.

A reestruturação do pensamento consistiu em perceber que todos os processos, ainda que muitos sejam similares, contêm fatos. E que cada litigante, a despeito da jurisprudência desfavorável, sempre se mantém obstinado em considerar que sua situação é peculiar, malgrado enormemente semelhante. Argumenta com nuance que afasta sua teoria do enunciado jurisprudencial em contraste com a sua tese.

Não pretendo com esses alvitreos iniciais integrar o grupo daqueles desconstrutores que, como disse Hebbel, “perturbaram o sono do mundo”.

Prosseguindo no raciocínio, a ilação se torna mais real, quando, à luz da experiência, se verifica que, na maior parte das vezes, o processo representa risco zero, dado que o litigante com frequência obtém a gratuidade de justiça. É o que é com todas as mazelas sociais: o demandante é, de fato, juridicamente necessitado.

A experiência mostrou com os múltiplos casos que as demandas multitudinárias, com este *bill* de indenidade, ao abrigo da mesma tese jurídica, transformaram a vida do magistrado cível em um inferno, por ter de condescender com a quantidade, repetição e exame de longos arrazoados sem qualquer conteúdo jurídico, desprovidos da mais mínima sofisticação. Em uma frase: julga quase sempre mediocridades.

Penso que o magistrado de área cível, mormente ao apreciar causas de consumo, deve sentir-se como o personagem de Charles Chaplin, em Tempos Modernos, apertando parafusos mesmos com a mesma chave de fenda. Acabou por se tornar um especialista das mediocridades ou, ao menos, das desimportâncias.

O magistrado é constrangido a uma especialidade tão exacerbada que lhe ofusca a visão de conjunto, fazendo lembrar a forma cortante, mas precisa, de como Schopenhauer tratava o especialista “erudito”, *verbis*:

*“Um erudito tão exclusivo de uma área é análogo ao operário que, ao longo de sua vida não faz nada além de mover determinada alavanca, ou gancho, ou manivela, em determinado instrumento ou máquina, de modo a conquistar um inacreditável virtuosismo nessa atividade. Também é possível comparar um especialista com um homem que mora em sua casa própria, mas nunca sai dela. Na casa, ele conhece tudo com exatidão, cada degrau e cada viga (...) mas fora desse local tudo lhe é estranho e desconhecido”.*

Mostrando seu desprezo pela especialidade exagerada, na obra *Parerga e Paralipomena*, o filósofo tedesco compara tal especialista ao Quasímodo de Victor Hugo, que conhece a Catedral de Notre Dame em minúcias, mas em seu exterior tudo para ele se torna estrangeiro. Em outros termos, considera o especialista “erudito” um corcunda de Notre Dame”.

Interpreto o adjetivo “erudito” no contexto com a mesma acepção de Miguel Reale no seu **Paradigmas da Cultura Contemporânea**, ao extremar a cultura da erudição, isto é, o especialista desprovido de visão de conjunto:

*“Cultura é aquilo que nos resta quando se retiram os andaimes da erudição”.*

Pode não ser a principal causa. Mas essa massa de processos judiciais tem na gratuidade de justiça e no desvirtuamento de seus propósitos sociais a desenfreada deflagração do dinamismo da repetição inútil, trabalhosa e odiosa.

Considero que, se houvesse alguma possibilidade de perda para o demandista, este não se aventuraria com tanta desenvoltura e coragem.

Recordo-me de que na gestão do eminente Desembargador Thiago Ribas Filho (1997-1999) ocorreu uma explosão de criação de juizados especiais, antes de pequenas causas, cujo trabalho implementador contou com a notável participação do não menos ilustre Desembargador Sergio Cavalieri Filho e do então Juiz Luiz Fux, hoje Ministro do STF.

Vem à minha memória, com absoluta certeza, que a primeira discussão travada acerca da Lei nº 9.099/95 dizia respeito à natureza opcional ou não de ingresso no juizado especial cível.

Pois bem, a maioria esmagadora dos magistrados fluminenses de então concluiu pela incompetência relativa de tais juizados, dissentindo pouquíssimos magistrados dessa orientação, dentre eles Luiz Fux e eu.

A solução de facultar a escolha do juízo (juizado especial ou justiça comum) pautou-se, evidentemente, em critérios de ordem política, porquanto, tecnicamente, isso é inaceitável; a questão não comporta outra conclusão, senão a de que a competência é absoluta, visto que firmada em razão da matéria.

Mesmo vislumbrando a controvérsia sob um viés político, temia que demandas massificadas e típicas de juizados especiais comprometessem a celeridade e a qualidade intelectual da justiça comum e a contaminassem de questões de menor ou nenhuma envergadura jurídica.

Mas naquela época a explosão dos juizados estava se iniciando, as demandas reprimidas foram aparecendo até aqueles começarem a congestionar. Mais juizados foram instalados e juntamente com a sua ampliação cresceu a insatisfação, por não se atender a uma demanda progressiva, porquanto cediço que os interesses humanos são sempre muito mais numerosos do que os bens disponíveis.

E por que isso? Porque a legislação paternalista, no afã de garantir o acesso à justiça, ensejou o abuso, estabelecendo que o processo, no juizado especial, é gratuito no primeiro grau de jurisdição. O sucumbente somente responderá pelas despesas processuais se houver recurso (artigos 54 e 55 da Lei nº 9.099/95).

Com o passar do tempo e tanta facilidade, outra coisa não poderia acontecer: os juizados especiais cíveis mais que fracassaram, simplesmente faliram no escopo de prestar uma tutela jurisdicional célere e informal, não obstante louváveis esforços, dignos de encômios, estejam sendo envidados para minorar a situação desfavorável, como é o caso dos mutirões de conciliação.

Os demandistas, especialmente os das ações de consumo e sob o pálio da gratuidade de justiça, percebendo este rotundo fracasso, com a esperteza de sempre, migraram para a justiça comum, que hoje se vê sob o mesmo risco que se concretizou nos juizados especiais. Da forma como está inchada de demandas repetitivas, a justiça comum tende a ir à mesma falência jurisdicional, uma vez que, insista-se, o risco zero para o demandante é um estímulo irresistível à emulação garantida pelo custo nenhum.

Hoje, por exemplo, é frequente a dedução na justiça comum de demandas que tratam de substituição de aparelhos domésticos. Lidar com tais matérias, após algum tempo e com repetição, exige uma faxina intelectual da mente do juiz, de modo que esta se ocupe de questões mais nobres, sob pena de contato permanente com a vulgaridade das coisas do espírito, o que só mediocriza.

Aqui, o *bill* de indenidade é outro, a saber, o art. 12 da Lei nº 1.060/50, que, no fundo, garante ao detentor da gratuidade de justiça nada pagar, pois a despeito de o diploma legal aludir à isenção provisória, respondendo o sucumbente pelas despesas processuais, aquele dispositivo enseja uma isenção, na prática, de caráter definitivo, a menos que se modifique a situação econômica do juridicamente necessitado, ônus de provar que se impõe à outra parte, o que quase nunca ocorre.

Como amiúde acontece, a solução que logo vem à mente do técnico em Direito é a de mudar a lei.

A história forense tem revelado que há leis as quais são tão bem elaboradas, que, de per si, conseguem resolver vários conflitos, e a situação se ajusta no próprio mercado, vocábulo polissêmico de enorme imprecisão conceitual, mas que, empiricamente, é de fácil inteligibilidade.

Refiro-me à Lei nº 8.245, de 18/10/91, que trata da locação do imóvel urbano, a qual, malgrado contenha algumas cláusulas protetivas indispensáveis, dispôs sobre as relações jurídicas de tal forma que os negócios jurídicos firmados por locador e locatário, de um modo geral, foram resolvidos pelo mercado.

Quem vivenciou a vigência da intervencionista Lei nº 6.649/79, expressamente revogada pela Lei nº 8.245/91, pôde verificar um verdadeiro divisor de águas a partir da eficácia deste último diploma legal: as demandas decorrentes da relação jurídica entre locador e locatário (especialmente as retomadas com base em denúncia motivada e as revisionais de aluguel que eram multitudinárias) decresceram vertiginosamente com o tempo e a vigência da Lei nº 8.245/91.

Chegou o momento de tentar resolver de outra forma o congestionamento causado pelas demandas de massa, sob o pálio da gratuidade de justiça e com fundamento no Código de Defesa do Consumidor.

Constatou-se que o cuidado em prol da jurisprudência pacificada nem de longe resolveu tal problema por completo.

Na gestão do Des. Luiz Zveiter (2009-2010), instituiu-se comissão incumbida de apresentar, pelo TJ-RJ, sugestões ao anteprojeto (hoje projeto) de Código de Processo Civil, que tramitava em uma das casas legislativas. Referida comissão, presidida pelo Desembargador Alexandre Câmara, era também integrada por mim, pelo Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade e pelos Juízes Luiz Roberto Ayoub e Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes.

Em uma das reuniões realizadas pela comissão, o eminente processualista Juiz Sérgio Ricardo Arruda Fernandes aventou a hipótese de modificação do art. 12 da Lei nº 1.060/50, de modo que o sucumbente ficasse responsável pelo pagamento das despesas processuais, independente de sua condição financeira, submetendo-se o processo às regras normais da execução.

Trata-se, como enfatizou Sua Excelência na ocasião, de exigir que se litigue com responsabilidade, de sorte que a isenção provisória seria efetivamente provisória, perdoe-se a tautologia.

Estou absolutamente convencido do acerto da proposta do ilustre processualista e de que ela pode representar um fator de inibição para o demandista, pois o processo deixa de constituir risco zero.

Mais do que isso, considero que a mesma medida deva ser aplicada em sede de juizado especial, mormente pelo fato de que, neste juízo, litigam pobres e abastados.

E não se veda o acesso à justiça em face da isenção de natureza verdadeiramente provisória.

Contudo, uma decisão idiossincrática, lamentavelmente, prevaleceu na elaboração de proposta da atual reforma que ensejou o futuro Código de Processo Civil, consistente em não modificar a legislação extravagante naquilo que era necessário e complementar ao Código, razão por que tal proposição não foi encaminhada a quem de direito.

Perdeu-se, então, a oportunidade de resolver um grande problema, que poderia ser solucionado com duas ou três disposições legais.

Cumprido, por outro lado, registrar que a Lei nº 12.153, de 22/12/09, que criou os Juizados Especiais da Fazenda Pública, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, estabeleceu que a sua competência é absoluta (art. 2º, § 4º).

É permitido inferir que a *mens legis* da norma, além de ser a competência firmada em razão da matéria, decorra do fato de que as demandas

deduzidas no juízo fazendário comum implicam graves responsabilidades de ordem política e financeira, de sorte que o magistrado, com aquela competência, não pode ser ocupado com processos de menor impacto social e jurídico.

Nessa linha, juízes de 1º grau e desembargadores devem ficar atentos à disposição e determinarem sua aplicação aos processos distribuídos a partir da instalação dos Juizados de Fazenda Pública.

Demandas de caminhos já traçados, tais como aquelas em que o autor pede a entrega de medicamentos ou insumos e a realização de exames, devem ser deduzidas, obrigatoriamente, no juizado especial fazendário.

Com efeito, a alçada é estabelecida em até 60 salários mínimos (art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.153/09).

Estas demandas, por outro lado, envolvem prestações vencidas e vincendas, dado que a relação é de trato diferido.

Neste aspecto, o art. 2º, § 2º, do mesmo diploma, dispõe que “quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas para fins de competência do Juizado Especial a soma de 12 (doze) parcelas vincendas e de eventuais parcelas vencidas não poderá exceder o valor referido no *caput* deste artigo”.

Considero que, na maioria dos casos, os custos com medicamentos, insumos e exames não ultrapassem os limites de alçada para o efeito da competência dos juizados especiais, mesmo com as parcelas vincendas.

É necessário, portanto, que, principalmente, o juiz de 1º grau esteja atento a tal circunstância no exame das petições iniciais, com vistas à declinação *in limine* para o juizado especial fazendário, não se olvidando, também, de verificar *ab initio* as demandas de outra natureza que se amoldem à competência daquele.

Não concebo, ademais, como um atrevimento a aplicação *de lege lata* do art. 2º, § 4º, da Lei nº 12.153, de 22/12/09, ao Juizado Especial Cível, através da integração analógica, porquanto onde existe a mesma razão, deve haver a mesma disposição de direito e até porque a competência estabelecida em razão da matéria é absoluta. Mas se a proposta for cogitada como uma ousadia de caráter político, por que não estender esta norma, *de lege ferenda*, para aquele juizado?

Posso presumir que, conjugadas as normas de cobrança, ao final, das despesas processuais para qualquer sucumbente, inclusive em sede

de juizados especiais cíveis e fazendários, com o reconhecimento da incompetência absoluta dos juizados especiais cíveis, se possa obter algum desafogo para a justiça comum sem o risco de implodir aqueles.

Outrossim, a cobrança das despesas processuais, ideia que tomo por empréstimo do ilustre Juiz Sérgio Ricardo, desestimulará os demandistas, de sorte que, provavelmente, não haverá maior sobrecarga nos juizados especiais cíveis, e a justiça comum, sem qualquer manifestação de despreço à atividade intelectual dos magistrados em exercício naqueles, poderá prestar uma jurisdição de maior qualidade.

A indicação destas proposições não é a de persuadir, mas de convencer, no sentido perelmaniano do verbo, tendo em vista o propósito da obtenção de um caráter racional na adesão às teses aqui expostas, muito embora estas não constituam panaceia, pois há outros mecanismos possíveis e aplicáveis, *v.g.*, a conciliação pré-processual, a qual não se abordou para não haver um desvirtuamento do tema a ser tratado.

Eis aí algumas impressões sobre demandas multitudinárias, que submeto à comunidade forense.

## **VI. RELAÇÃO DE CONSUMO, GRATUIDADE DE JUSTIÇA, ABUSO DO DIREITO E DEMANDISMO**

Recentemente, em despretensioso escrito, procurei demonstrar uma correlação existente entre relação de consumo, gratuidade de justiça e demandismo.

Este artigo constitui, pois, continuação do anterior na tentativa de encontrar uma fórmula para conter o demandismo, que atormenta magistrados cíveis, sufocados pela repetição.

Malgrado ser enfadonho reeditar temas (os juízes cíveis sabem melhor do que ninguém o quanto a repetição é monótona e insuportável), não há como deixar de recapitular alguns pontos enfrentados naquele texto.

Admitiu-se ali que a jurisprudência pacificada fracassou no intento de deter o demandismo, o que se reconheceu, precedido de certo pesar, porquanto, como lembra Marcel Conche, “o homem por instinto de vida e de felicidade repele uma verdade que o incomoda” (**Orientação Filosófica**, p.174).

Também não se pode conceber a ação coletiva como panaceia para este mal, visto que a experiência desmente esta asserção. Embora aquela

tenha um alcance maior que a demanda individual, ele é também limitado. Basta que se verifiquem as ações civis públicas relativas aos planos econômicos, ajuizadas por associações. Acolhida, *v.g.*, a pretensão e condenada a instituição financeira ao pagamento dos expurgos inflacionários, cada associado, na execução, terá de demonstrar que se enquadra nos termos da sentença, comprovando que era titular de caderneta de poupança naquelas condições.

Isso significa, em verdade, um retorno absurdo e paradoxal ao *statu quo ante* processual (cognitivo), visto que os associados, na execução, terão de comprovar o seu *un debeat*, uma vez que as ações coletivas, na maioria das hipóteses de demandas multitudinárias, cuidam de questões afins e não idênticas. E a falta de identidade de causa de pedir exige a demonstração da situação de cada qual, de sorte que os associados deverão provar, na fase de cumprimento da sentença, a coincidência de caracteres da sua relação jurídica com os apontados na sentença, o que representa, em termos práticos, a dedução de nova demanda de conhecimento. Existe, portanto, na ação coletiva a mesma insuficiência de solução que se pretendia conseguir com a jurisprudência pacificada, porquanto esta, como a ação civil pública, não dirime fatos por atacado.

Não me compraz refletir e concluir ideias desconstrutoras e desconcertantes, mas, por outro lado, não se pode ser inimigo da verdade. Chega a ser pueril quando um cientista se apegava a uma ilusão para sustentar a sua tese, simplesmente por amor a ela.

Não me refiro à intuição, uma vez que, conforme ressaltou Einstein, ela “nada mais é do que o resultado da experiência intelectual anterior”.

Prosseguindo, ponderou-se, então, no escrito antecedente, que uma das alternativas viáveis seria a revogação expressa, por via legislativa, do art. 12 da Lei nº 1060/50, de modo a coibir o demandismo patrocinado pela gratuidade de justiça, de sorte que o juridicamente necessitado, se sucumbente, ficaria obrigado a pagar as despesas do processo que a outra parte antecipou, passando a se exigir dele que litigasse com responsabilidade.

Esta proposta, contudo, é, também, sonhadora.

De fato, configura um devaneio supor que tal medida seja tomada pelo Poder Legislativo. Os motivos, mais do que óbvios, dispensam comentários. É inimaginável que aquele poder defenda solução tão antipática aos olhos do povo. Se depender dele para a obtenção desta alterna-

tiva, a justiça **comum** cível continuará engarrafada de demandas que tratam de substituição de aparelhos domésticos e outras de menor dimensão intelectual.

O juiz togado, entretanto, não está sujeito à servidão da reeleição. As garantias constitucionais lhe permitem e lhe exigem um atuar com independência e destemor.

Resta, então, ao Poder Judiciário encontrar a **sua** solução para o problema, através de uma atividade interpretativa, ainda que tenha de optar por uma escolha “não politicamente correta”, que, eventualmente, seja desaprovada socialmente, pois em desfavor de quem menos tem.

Mais uma vez, recorro a Marcel Conche:

*“Não há eficácia em nenhum domínio, sem alguma frieza”.*  
(ob. citada, p. 85).

A economia brasileira se aqueceu, melhorou-se o acesso à justiça e juntamente com tal quadro expandiu-se o consumo entre as mais diversas camadas sociais, irrompendo nas classes mais humildes o mesmo mau hábito das mais abastadas: a prática do demandismo e da relutância em aceitar uma solução judicial desfavorável, ainda que o entendimento seja pretoriamente pacificado. Numa palavra: emergiu o abuso do direito.

O abuso a que aludo não diz respeito à busca da gratuidade de justiça. Quanto a isso, os juízes estão atentos e têm repellido, sistematicamente, os pedidos descabidos de quem gasta mais do que tem e quer obter o benefício. Refiro-me ao abuso de se fiar na gratuidade de justiça para deduzir qualquer pretensão, especialmente manifestamente improcedentes.

Constatou-se alhures que o estímulo ao demandismo entre as camadas menos favorecidas decorre do **bill** de indenidade proporcionado pelo art. 12 da Lei nº 1.060/50: o pagamento, afinal, das despesas processuais pelo juridicamente necessitado sucumbente só acontece se sua situação econômica se modificar e lhe for possível suportar tal dispêndio sem sacrifício do sustento próprio e de sua família.

Afirmou-se que, na prática, a configuração de tal situação era raríssima, o que acabou por transformar a isenção provisória em definitiva.

Como mencionado, não se pode esperar o Legislativo para a solução do problema, de sorte que só resta ao Judiciário encontrar sua própria saída.

Cumpra desde já enfatizar que, em matéria de oportunismo, não há classe social que se sobreponha. Em qualquer delas, se surge oportunidade, ela é bem aproveitada.

Desta forma, as invectivas desferidas contra conglomerados econômicos opressores, para proteger os mais desfavorecidos, não me impressionam, pois o aproveitamento das circunstâncias não depende de classe social. Como disse Goethe, com a sabedoria de sempre, “tal é o teu destino: não podes livrar-te de ti mesmo”.

Não me sinto confortável em me alongar nesta área, pois a moral sempre foi seara dominada pelos tartufos e pelos espertalhões. Por isso Descartes sempre manteve distância deste assunto, como confessou expressamente.

Mas Molière retratou com maestria, na peça, **O Impostor**, o caráter do intrujão:

*“Conhece a fundo a arte de bem viver para não revelar o que lhe vai na alma”.*

Vencida a digressão, retomo o tema principal: qual seria, então, a solução que permitiria combater o demandismo patrocinado pela gratuidade de justiça? Obrigar o juridicamente necessitado sucumbente a reembolsar a parte contrária das despesas processuais que realizou, desde que haja bens penhoráveis.

Não é preciso raciocinar muito para deduzir que tal medida importará o aumento do número de execuções e com elas o trabalho, na busca de bens a serem submetidos à constrição e posterior pagamento ao credor.

Contudo, isso imporá ao juridicamente necessitado litigar com responsabilidade. O tempo, como se costuma dizer - senhor da razão - mostrará a desvantagem de se expor, sem razão, ao processo judicial. Já não será mais uma aposta sem risco, pois haverá para o detentor da gratuidade a possibilidade de uma perda. E tudo será uma questão de tempo até a formação de uma cultura pretoriana sólida, de que se deve ser comedido, inclusive para demandar judicialmente e de que o acesso à justiça não é uma aventura ou um modo de aumentar o patrimônio. A única aposta sem risco, moralmente aceitável, é a de Pascal - a de crer em Deus para não se arrepender - pois, ao menos, o suposto benefício obtido pela fé (o reino dos céus) é póstumo e não causa prejuízo a ninguém.

Certa vez, de modo informal, em um julgamento, assim se pronunciou o íntegro Des. Heleno Ribeiro Nunes: “ninguém sai mais rico em processos julgados por mim”.

E qual seria a interpretação que ensejaria uma resposta possível à indagação de como evitar este tipo de demandismo?

O art. 11, § 2º e o art. 12 da Lei nº 1.060/50, assim dispõem:

*“Art. 11 .....*”

*.....*

*“§ 2º A parte vencida poderá acionar a vencedora para reaver as despesas do processo, inclusive honorários do advogado, desde que prove ter a última perdido a condição legal de necessitada” (há um equívoco legal óbvio de redação, ao aludir a vencido e a vencedor, pois a posição se inverte indevidamente. Na verdade, é o vencedor quem pode acionar o vencido)*

*“Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita” (dispenso-me de abordar a questão da prescrição, na verdade, uma condição suspensiva, pois não interessa ao tema discutido. Desta forma, a obrigação estará extinta ao término do prazo legal pelo implemento da condição).*

As normas antes transcritas foram editadas à luz do sistema do CPC de 1939, o qual impunha a sucumbência somente em algumas circunstâncias, dentre elas a que consta do art. 64 daquele diploma processual, *verbis*:

*“Art. 64. Quando a ação resultar de dolo ou culpa, contratual ou extracontratual, a sentença que a julgar procedente condenará o réu ao pagamento dos honorários do advogado da parte contrária”.*

A disposição foi alterada pela Lei nº 4632/65, a qual modificou a redação do *caput* e lhe acrescentou dois parágrafos, interessando apenas, para o que está em foco, os novos termos daquele:

*“Art. 64. A sentença final na causa condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora, observado no que for aplicável, o disposto no art. 55”.*

Isso representou um início de reação e o começo da adoção do princípio da sucumbência como hipótese de causalidade, isto é, quem deu origem ao processo e perdeu deve arcar com as despesas processuais.

Conforme registra Fredie Didier, “segundo o CPC-39, a condenação em honorários de advogado imposta ao vencido era excepcional. Apenas nos casos (a) de litigância de má-fé, (b) de constatação do dolo ou culpa do réu contra o direito do autor, (c) de absolvição de instância (...) e (d) de vitória do beneficiário, a sentença condenaria o vencido ao pagamento dos honorários de advogado à outra parte” (Benefício da justiça gratuita, **Podivm**, 2004, p.18).

Não obstante o CPC de 1973 haver consagrado o princípio da sucumbência, no sentido de uma relação de causalidade, isto é, de que aquele que tenha dado ensejo ao processo e venha a perder deve responder pelas despesas processuais, o ilustre processualista citado preleciona que, “quanto às verbas devidas à parte contrária, há basicamente três correntes jurisprudenciais que regulam o seu pagamento: a) há quem entenda que, não obstante a condição de beneficiário, a decisão judicial deve condenar o vencido ao pagamento de todas as despesas processuais, que seriam exigíveis de logo, por decorrerem do princípio da sucumbência, que tem caráter sancionatório e, por isso, não estariam abrangidos pela gratuidade; b) há quem, num entendimento oposto, isente totalmente o beneficiário do seu pagamento; e c) há um entendimento intermediário, segundo o qual o beneficiário deverá ser condenado, na sentença, ao pagamento das verbas sucumbenciais, condicionando-se a exigibilidade do crédito, porém, à prova da perda da condição de necessitado” (ob. citada, p.19/20).

O segundo entendimento decorre de equivocada exegese da expressão **assistência jurídica integral e gratuita**, prevista no art. 5º, inciso LXXIV, da CF. Interpreta-se de forma inadequada o adjetivo integral, porquanto, na verdade, ele significa que a assistência jurídica não se limita ao âmbito judicial, mas o transcende, tendo, também, contornos extrajudi-

ciais, *v.g.*, uma consulta jurídica. Todavia, isso não quer dizer que, ***tout court***, o juridicamente necessitado não responda pelas despesas processuais.

Prevalece, no entanto, amplamente, a terceira corrente, intermediária. Aliás, neste sentido é a jurisprudência sumulada deste Tribunal, *verbis*:

*“Ainda que não conste da sentença, é automática a aplicação do art. 12, da Lei nº 1060/50, quando vencido beneficiário de gratuidade da justiça” (verbete nº 107 da Súmula do TJ-RJ).*

Considero, contudo, que o art. 11, § 2º e o art. 12 da Lei nº 1.060/50, inspirados no sistema processual de 1939, estão revogados pelo princípio da sucumbência, explicitado no art. 20, *caput*, do CPC de 1973 (“a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios...”) em qualquer circunstância, sendo mais razoável a interpretação defendida pela primeira corrente.

Assim, na hipótese vertente não se aplica o princípio de que a lei geral não derroga a especial.

Note-se que o CPC de 73 reformulou por completo a sistemática da sucumbência, que passou a ter um caráter de causalidade, abstraindo a questão atinente à gratuidade de justiça. E não há especialidade a ser preservada, visto como o sistema da Lei nº 1.060/50 se escorava na sistemática do CPC de 1939, o qual foi revogado pelo CPC de 1973.

Penso ser essa a melhor exegese da questão, mormente em face da boa-fé objetiva, princípio trasladado do Direito Civil e hoje aceito, sem ressalvas, pela processualística mais moderna e atual e em detrimento do demandismo, do oportunismo litigioso e do abuso do direito de demandar.

Destaque-se que não se veda o acesso à justiça. Ele permanece garantido. O que se impede é o abuso.

Outro dispositivo, também revogado, é o art. 11, § 1º, da Lei nº 1.060/50, *verbis*:

*“§ 1º. Os honorários do advogado serão arbitrados pelo juiz até o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o líquido apurado na execução da sentença”.*

Ora, nenhum juiz hesitará, dependendo das circunstâncias, em aplicar o índice máximo de 20% do valor da condenação, previsto no § 3º do art. 20 do CPC, ao fixar a verba honorária do patrono do juridicamente necessitado, por força das particularidades do caso concreto, em decorrência do princípio da sucumbência.

Se assim é, quando beneficia, o princípio da sucumbência também deve incidir quando prejudica o detentor da gratuidade.

Indubitável que as verbas despendidas pelo Estado não podem ser recuperadas em face do preceito constitucional que garante a assistência jurídica integral.

Mas, no tocante às despesas realizadas pela outra parte, o Estado não é responsável, porquanto não é um garantidor universal, nem pode exigir que o outro litigante e vencedor as suporte, pois distribuiria benesses com o patrimônio alheio.

Desta forma, o detentor da gratuidade, vencido, deverá reembolsar o que a outra parte, vencedora, despendeu desde logo, se houver bens a serem submetidos à constrição.

Reconheço que em muitas hipóteses (talvez na maioria) a busca por bens penhoráveis seja infrutífera, tais as restrições que a legislação impõe à satisfação do direito do credor.

Todavia, vislumbro um porvir melhor com tal interpretação. As execuções, provavelmente, aumentarão. Mas junto com elas advirá uma admoestação indireta a todos os litigantes: deve-se demandar com responsabilidade, como já se pronunciou o eminente Juiz Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, pois o deferimento da gratuidade de justiça deixará de representar risco zero.

Se os juízes de primeiro grau tiverem a coragem de ser “politicamente incorretos”, e o Tribunal apoiar tais decisões, já antevejo a revisão do enunciado nº 107 da Súmula do TJ-RJ, a ser proposto por uma nova, futura e proficiente Diretoria do CEDES em encontro de desembargadores regido pelo art. 122, § 3º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça (“as indicações de inclusão, revisão ou cancelamento em Súmula, feitas pelo Centro de Estudos e Debates decorrerão de propostas aprovadas em

encontro de desembargadores com o patamar de 70% dos presentes e ratificados pelo Órgão Especial”).

Tal prenúncio é fácil de ser inferido, pois, como disse Einstein, em seu mundo e universo, “é possível descobrir a verdade apenas pelo raciocínio, sem recorrer a nenhuma experiência externa”.

Imagino o enunciado revisto, mais ou menos, com a seguinte redação:

*“Os artigos 11 e 12 da Lei n° 1.060/50 foram revogados pelo CPC de 1973, em face do princípio da sucumbência”.*

Mas isso pertence ao futuro, ao debate, às decisões judiciais, em certo sentido, e à nova administração que está por vir. ❖