

RELAÇÃO DE CONSUMO, GRATUIDADE DE JUSTIÇA, ABUSO DO DIREITO E DEMANDISMO

Desembargador Carlos Eduardo Passos
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

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 apegua 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 alternativa, 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”. (op. citada, p. 85).

A economia brasileira aqueceu, melhorou 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 1060/50: o pagamento a final 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 no 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 1060/50, 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” (op. 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 extrajudiciais, *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 1060/50, 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 1060/50 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 1060/50, *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 nº 1060/50, 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.