

Proposta de mitigação da aplicação da Súmula nº 38 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Mônica Silveira Vieira*

RESUMO: O artigo propõe a mitigação da aplicação da Súmula n. 38 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em relação aos casos em que existem indícios suficientes de possível abuso do direito de ação, a fim de proporcionar que o réu exerça seu direito à defesa, apresente sua versão dos fatos e produza eventuais provas acerca da relação jurídica questionada na petição inicial, antes de se decidir o pedido de tutela de urgência para retirada do nome do autor de cadastro de devedores inadimplentes. Por meio da análise de conteúdo, aplicada a fontes primárias (Constituição, princípios e normas legais) e secundárias (jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal, e doutrina), discute a concepção atualizada do direito de ação e do interesse de agir, delinea a grave situação atual de assédio ao sistema de justiça, praticada por meio de reiterado e massivo abuso do direito de ação, e demonstra os efeitos deletérios dessas práticas, inclusive em relação ao erário, ao tempo médio de tramitação dos processos e à credibilidade do Poder Judiciário. Ao final, conclui-se que, se houver evidências de abuso do direito de ação, postergar a apreciação do pleito liminar de retirada de negativação viabiliza, simultaneamente, o enfrentamento adequado da litigância predatória e a distribuição mais equitativa do ônus do tempo de tramitação processual.

Palavras-chave: Litigância predatória. Abuso de direito. Assédio processual. Direito de ação. Análise econômica. Interesse de agir. Litigiosidade artificial.

Introdução

Em junho de 2017, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais aprovou a Súmula nº 38, com o seguinte enunciado:

Na ação declaratória de inexistência de dívida com negativa de relação contratual, pleiteada a tutela de urgência e preenchidos os requisitos do art. 300 do CPC/2015, a parte tem o direito subjetivo processual de concessão da liminar para abstenção ou exclusão do seu nome nos cadastros restritivos de crédito, pelo menos até ao julgamento da causa.

A consolidação de tal entendimento jurisprudencial é plenamente compreensível e justificável, em relação à normalidade do acesso ao sistema de justiça e à prestação jurisdicional, tendo em vista inclusive a distribuição dinâmica do

* Juíza de Direito do Estado de Minas Gerais, mestre e doutora em Direito pela UFMG, pós-graduada em Gestão Judiciária pelo CPGIS/UNB.

ônus probatório, pois, em regra, em se tratando de pretensão fundada em fato negativo que não deixa vestígio, não há como se exigir do autor que se desincumba do ônus da prova, cabendo ao réu demonstrar que o fato negado na petição inicial ocorreu.

Por outro lado, não pode o magistrado deixar de atentar para o fato de que, nos últimos anos, houve um aumento imenso da distribuição de ações relativas a determinados assuntos (notadamente inscrição em cadastros restritivos, revisão de contratos bancários, negativa de contratação e outros questionamentos relativos a empréstimos consignados e ações que veiculam exclusivamente pedidos de exibição de documentos), inauguradas por petições iniciais genéricas, com narrações idênticas e vagas dos fatos em relação a pessoas diversas, patrocinadas por um grupo pequeno de advogados, muitas vezes com atuação em mais de um Estado da federação.

Diversos tribunais estaduais, por meio dos respectivos Centros de Inteligência¹ e de setores como os NUMOPEDEs (Núcleos de Monitoramento do Perfil de Demandas) têm identificado práticas concretas de abuso do direito de ação e inclusive divulgado notas técnicas e comunicados, com recomendação de adoção de estratégias que possam evitar e combater esse verdadeiro assédio abusivo ao Poder Judiciário, que resulta em prejuízos anuais bilionários ao erário, maiores a cada ano, e em dedicação, para apreciação de demandas ilegalmente veiculadas, de tempo que deveria ser direcionado à análise e movimentação de litígios legítimos.

É em consideração a essa realidade que se propõe, neste artigo, a mitigação da aplicação da Súmula nº 38 do TJMG.

1 Direito de ação e seus limites

¹ Os Centros de Inteligência (CIs) do Poder Judiciário foram instituídos pela Resolução nº 349/2020 do Conselho Nacional de Justiça, posteriormente modificada pela Resolução 442/2021. Entre as atribuições dos CIs, no que interessa ao objeto deste estudo, foram incluídas as seguintes: – prevenir o ajuizamento de demandas repetitivas ou de massa a partir da identificação das causas geradoras do litígio em âmbito nacional, propor ao Conselho Nacional de Justiça, relativamente às demandas repetitivas ou de massa, recomendações para uniformização de procedimentos e rotinas cartorárias e notas técnicas para aperfeiçoamento da legislação sobre a controvérsia, propor ao Conselho Nacional de Justiça, relativamente às demandas repetitivas ou de massa, recomendações para uniformização de procedimentos e rotinas cartorárias e notas técnicas para aperfeiçoamento da legislação sobre a controvérsia.

O art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso XXXV, prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Há entendimento firme de que tal dispositivo constitucional consagrou o direito constitucional de ação e o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Uma leitura literal – mas não raramente encontrada – do dispositivo leva ao entendimento de que nenhuma limitação – nem mesmo legal ou jurisprudencial – do acesso ao Poder Judiciário seria admissível, pois configuraria violação a direito fundamental. Entendimentos nessa linha resultaram em diversos julgados no sentido de que qualquer pessoa, preenchidos formalmente os pressupostos processuais e as condições da ação, poderia provocar o Poder Judiciário a se manifestar sobre assunto juridicamente relevante. A litigiosidade cresceu exponencialmente – fenômeno ainda hoje fora de controle – e deixou o Judiciário brasileiro à beira da disfuncionalidade.

A referida interpretação do dispositivo constitucional em análise é literal, mas, de certo modo, desconsidera o texto da parte final do dispositivo. A Constituição não resguarda o acesso ao Poder Judiciário em qualquer hipótese, mas apenas naquelas em que haja, no plano da realidade – dos fatos, do mundo do ser – lesão ou ameaça a direito. Somente se houver litígio material, concreto, real, uma pessoa física ou jurídica tem o direito constitucionalmente resguardado de se valer do sistema de justiça para buscar a satisfação de um possível direito subjetivo.

Essa interpretação não apenas considera o texto normativo em sua integralidade, mas também está conectada com as finalidades visadas pelo ordenamento jurídico-constitucional, ao resguardar o direito subjetivo em questão: o direito de ação não é um fim em si mesmo, mas apenas se justifica por haver direitos materiais lesados ou sob perigo de lesão que não possam ser resguardados ou efetivados sem a intervenção do Poder Judiciário, ou possam ser por este garantidos com maior eficiência e/ou eficácia. Trata-se, evidentemente, de um direito subjetivo de caráter instrumental.

A concepção de direito de ação que se considera como única compatível com o estágio atual do Direito e do Estado Democrático de Direito é aquela que conecta tal direito subjetivo com as finalidades que justificam a previsão e garantia desse direito fundamental.

Essa compreensão atualizada do direito de ação evidentemente não passa despercebida por diversos dos Tribunais brasileiros, muito menos pelo Supremo

Tribunal Federal, que, em diversas ocasiões, já deixou claro que não mais se justifica a ideia de que seria incompatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição o estabelecimento de requisitos, condicionamentos ao direito de ação e seu exercício, inclusive a fim de evitar abusos.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.995/DF, o Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, pontuou que a “possibilidade de provocar a prestação jurisdicional precisa ser exercida [...] com equilíbrio, de modo a não inviabilizar a prestação da justiça com qualidade”. E destacou os efeitos nefastos do uso abusivo do direito de ação:

O exercício abusivo do direito de deflagrar a jurisdição, a litigiosidade excessiva, a utilização do Judiciário como instrumento para a obtenção de acordos indevidos ou, ainda, para a procrastinação do cumprimento de obrigações implica o uso ilegítimo do Judiciário e a sensação difusa de que a Justiça não funciona. O volume desproporcional de processos compromete a celeridade, a coerência e a qualidade da prestação jurisdicional e importa em ônus desmedidos para a sociedade, à qual incumbe arcar com o custeio da máquina judiciária.

O Ministro chama a atenção para o fato de que, quando se avaliam os custos de um processo judicial, não podem ser considerados apenas aqueles gerados diretamente para as partes, pois há também – e talvez ainda mais importantes – o que denomina “custos sociais decorrentes da litigância”, que abrangem “o custo da máquina Judiciária” e os diversos “problemas associados ao excesso de litigância”.

Salienta Barroso que o Poder Judiciário, como qualquer entidade ou instituição, tem um potencial de prestação de serviços finito, limitado. Caso seja instado a prestar um volume maior de serviços do que a estrutura existente viabiliza, consumirá ainda mais recursos, situação que a sociedade brasileira não mais tem condições de suportar. Mesmo quando forem superadas as atuais circunstâncias de crise econômica, não é mais admissível cogitar de aumentar o consumo de recursos para prestar a jurisdição àqueles que abusam do direito de ação e fabricam demandas.

Como não há meios de elevar indefinidamente o gasto de recursos com a prestação jurisdicional, Barroso salienta que o “aumento do volume de casos tende a gerar uma piora do serviço, quer em virtude do congestionamento das diversas instâncias, quer por perda da qualidade na prestação jurisdicional”. A perda de qualidade muitas vezes se traduz em aumento de índice de erros, “enseja a

produção de decisões contraditórias e gera a inobservância de precedentes, provocando o que alguns autores têm denominado jurisprudência lotérica”.

Da leitura do voto, depreende-se que é não apenas admissível, mas até mesmo desejável que as normas processuais estabeleçam “estruturas de incentivos ou de desincentivos para a litigância” que possam gerar efeitos importantes “sobre a carga de trabalho enfrentada pelo Judiciário”, já que “excesso de acesso à justiça gera a denegação de acesso à justiça”.

Em relação ao problema de que aqui se trata, criação e promoção de litigiosidade artificial, falseamento de demandas para obtenção de ganhos ilícitos, o problema ainda é mais grave, porque o acesso à justiça é efetuado por quem não tem, na realidade, base fática para a postulação, e resulta, por suas características massivas, em severo prejuízo para os litigantes sérios, para o funcionamento do sistema de justiça e para a sociedade brasileira em geral. Há, indubitavelmente, um dever do Judiciário como um todo, e de cada magistrado em particular, de coibir essa atuação indevida. E esse combate deve partir do postulado, reforçado por Barroso, de que “todo e qualquer postulante deve litigar de forma responsável”.

Conforme se depreende do voto do Ministro Teori Zavascki, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.240-MG, para que se possa provocar o Poder Judiciário, é imprescindível “demonstrar que a demanda judicial é providência necessária, útil e adequada à obtenção de provimento tendente a reparar a lesão ou a afastar a ameaça a direito”. Não se pode, pois, acionar o sistema de justiça para satisfazer capricho, espírito de emulação, muito menos a fim de perseguir ganhos ilícitos (vide Recurso Especial nº 1.817.845-MS). Somente se justifica tal acesso – que não apenas consome recursos públicos como toma um tempo que poderia ser dedicado à análise de outras demandas – se há substrato litigioso material que exija a atuação do Poder Judiciário.

Barroso é categórico ao concluir que “o Brasil precisa efetivamente tratar do problema da sobreutilização do Judiciário e desenvolver políticas públicas que reduzam a litigância”.

Discorrendo sobre o direito de ação e suas condicionantes, Mancuso sustenta que se tem conferido alcance e interpretações incabíveis, em relação ao art. 5º, XXXV, da Constituição, uma vez que tal dispositivo se dirige ao legislador, e não cria um direito incondicionado de provocar a atuação do Judiciário sempre que se desejar ou que for conveniente. Salieta que o acerto de suas considerações já

pode ser percebido quando se lembra que, para que uma demanda seja admitida e processada, devem ser atendidas as “condições de admissibilidade da ação”, e “o processo que lhe serve de instrumento” precisa atender “aos pressupostos de existência e validade” (MANCUSO, 2015, p. 29). Acrescenta que a norma em questão tem “conotação principiológica e prospectiva”, visando a resguardar situações que possam se verificar no futuro, e não “situações concretas e presentes”. Sustenta que o direito de ação é “específico” e “(muito) condicionado”, pois apenas se configura quando cumpridos os requisitos previstos no ordenamento jurídico, chamados “condições da ação” (MANCUSO, 2015, p. 207). Aduz que não se deve admitir a banalização do acesso ao sistema estatal de justiça, de modo a que este funcione como “um *guichê de reclamações genéricas*, aberto (ou escancarado) a todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito”, devendo-se compreender tal acesso “sob um registro residual ou subsidiário, reservado para as crises jurídicas efetivamente complexas e singulares, que reclamam cognição e profundidade”, e também para as “controvérsias cujas singularidades de pessoa ou de matéria” evidenciam a necessidade de pronunciamento judicial (MANCUSO, 2015, p. 355).

Também como importante argumento contra o entendimento que sustenta existir um direito de ação amplo e incondicionado, aponta o autor que o demandismo, estimulado por esse posicionamento, “representa um falacioso exercício de cidadania”, uma vez que afasta as partes, promove uma cultura adversarial, “acirra os ânimos” e conduz “o conflito a um ponto futuro indefinido, esgarçando o tecido social e sobrecarregando a justiça estatal” (MANCUSO, 2015, p. 65). Aponta com firmeza os desvirtuamentos a que leva tal entendimento:

Uma coisa, pois, é a oferta de justiça estatal, em modo parcimonioso e razoável, para as crises jurídicas relevantes, contendo *quaestiones iuris* que reclamam cognição exauriente, insuscetíveis de resolução por outros modos (situações carentes de *passagem judiciária*); outra coisa, muito diversa e de deletérias consequências, é a banalização desse serviço estatal, qual fora uma porta escancarada a todo e qualquer interesse contrariado ou resistido, o que acaba por degradar o que deveria ser direito de ação em *dever de ação* (MANCUSO, 2015, p. 62).

Mancuso argumenta que o “antídoto” para se combater o excesso de litigiosidade e a situação caótica em que colocou o Poder Judiciário passa pelo “convencimento dos operadores do Direito e dos próprios jurisdicionados, de que a justiça estatal deve ser disponibilizada aos casos efetivamente *necessitados de*

passagem judiciária". O autor vai além do que se defende nesse artigo, pois não sustenta apenas a necessidade de se viabilizar o acesso ao Judiciário somente nos casos em que haja verdadeira necessidade de pronunciamento judicial acerca de um litígio material, chegando ao ponto de afirmar que é necessário o "*enriquecimento conceitual do interesse de agir*", permitindo-se o ingresso de demandas judiciais somente após se submeter a questão a outros meios, alternativos, de solução de litígios, particularmente os autocompositivos, exceto quando a utilização destes não for viável ou admissível (MANCUSO, 2015, p. 222 e 234). No entanto, essa defendida exigência de prévia submissão do conflito a meios extrajudiciais de solução de conflitos parece demandar previsão legislativa, não podendo ser deduzida das normas atualmente vigentes.

1.1 Reflexo da atualização da concepção do direito de ação: alteração do entendimento jurisprudencial sobre o interesse processual

A litigiosidade artificial tem relação direta com a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para solucionar determinada questão: se não há conflito material a solucionar, na verdade inexistente necessidade de provocar a atuação judicial. Nesses casos, o ajuizamento de ação representa a tentativa de obter pronunciamento judicial para satisfazer interesse desconectado da finalidade que deveria ser buscada por meio do acionamento do sistema estatal de justiça: a composição de um conflito.

Percebe-se, portanto, que, quando está configurado um litígio meramente artificial, encontra-se ausente o interesse processual, pois este se assenta no trinômio necessidade-utilidade-adequação (necessidade de pronunciamento do Poder Judiciário para solucionar a lide material afirmada na petição inicial, utilidade do provimento pretendido, para solução do litígio, e adequação do procedimento eleito para veicular a pretensão).

É notório que até bem recentemente a jurisprudência vinha restringido os condicionamentos do direito de ação, adotando concepção bastante ampliada do interesse de agir. Prevalcia, especialmente nos tribunais superiores, o entendimento de que, em regra, a exigência de prévio recurso à via administrativa, para configuração do interesse de agir, representaria violação ao direito de ação. No entanto, em relação a especialmente três hipóteses, esse posicionamento se

alterou, recentemente. No tocante ao ajuizamento de ações previdenciárias, o STF passou a entender, a partir do julgamento do RE nº 631.240/MG² que há necessidade de prévio requerimento administrativo de pagamento do benefício previdenciário, não respondido no prazo normativamente previsto ou indeferido, para configuração do interesse de agir. Tal entendimento logo passou a ser aplicado também em relação às ações de cobrança de indenização referente ao seguro DPVAT³. No tocante às ações de exibição de documentos bancários, que vinham

² O acórdão foi assim ementado: Recurso extraordinário. Repercussão geral. Prévio requerimento administrativo e interesse em agir. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais. 9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir (STF, RE 631240, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 3/9/2014, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito, DJe-220, divulg. 7/11/2014, public. 10/11/2014).

³ É o que se vê na seguinte decisão monocrática do STF: Recurso extraordinário. Civil e processual civil. DPVAT. Necessidade de prévio requerimento administrativo. Inexistência de interesse de agir. Matéria com repercussão geral julgada pelo Plenário do STF no RE 631.240-RG. 1. O estabelecimento de condições para o exercício do direito de ação é compatível com o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, conforme firmado pelo Plenário da Corte no julgamento de repercussão geral reconhecida nos autos do RE 631.240, Rel. Min. Roberto Barroso. 2. A ameaça ou lesão a direito aptas a ensejar a necessidade de manifestação judiciária do Estado só se caracteriza após o prévio requerimento administrativo, o qual

sendo massivamente ajuizadas, especialmente na Justiça Estadual, o STJ, ao julgar o REsp 1349453/MS,⁴ processado sob o regime dos recursos repetitivos, decidiu que o interesse de agir apenas se configura caso tenha havido prévio requerimento de exibição do documento, acompanhado do pagamento de eventual tarifa necessária para extração e envio do documento pretendido, e que tal requerimento não tenha sido atendido em prazo razoável.

Tais decisões, como salienta Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, com base inclusive nas considerações do Ministro Barroso, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 631.240, evidenciam que as condições da ação configuram requisitos ou pressupostos a serem observados a fim de viabilizar o evoluir do processo e a possível prolação de sentença de mérito, isto é, são “condições para o regular exercício do direito da ação”. E a constatação de sua ausência não significa

não se confunde com o esgotamento das instâncias administrativas. 3. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: “2. Inexiste uma das condições da ação, pois que não houve indícios de que fora realizado qualquer pedido administrativo perante a Seguradora reclamada. 3. Inexiste necessidade do pronunciamento judicial, pois, não havendo que se falar em pretensão resistida a justificar a propositura da presente demanda, não há o interesse de se ingressar com a demanda em juízo.” 4. Recurso desprovido. Decisão: Trata-se de recurso extraordinário interposto por Francisco Borges Leal, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão da Turma Recursal Única Cível e Criminal da Comarca de Imperatriz/MA, em parte assim fundamentado (fl. 122): “2. Inexiste uma das condições da ação, pois que não houve indícios de que fora realizado qualquer pedido administrativo perante a Seguradora reclamada. 3. Inexiste necessidade do pronunciamento judicial, pois não havendo que se falar em pretensão resistida a justificar a propositura da presente demanda, não há o interesse de se ingressar com a demanda em juízo.” Nas razões do apelo extremo sustenta preliminar de repercussão geral e, no mérito, alega violação ao artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. O Tribunal a quo admitiu o recurso extraordinário. É o relatório. Decido. Não merece prosperar o recurso. O estabelecimento de condições para o exercício do direito de ação é compatível com o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. A ameaça ou lesão a direito aptas a ensejar a necessidade de manifestação judiciária do Estado só se caracterizam após o prévio requerimento administrativo, o qual não se confunde com o esgotamento das instâncias administrativas, consoante firmado pelo Plenário da Corte no julgamento de repercussão geral reconhecida nos autos do RE 631.240, Rel. Min. Roberto Barroso, Sessão do dia 03.09.14, conforme se pode destacar do seguinte trecho da manifestação do referido julgado: “A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.” *Ex positis*, desprovejo o recurso, com fundamento no artigo 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 10 de outubro de 2014. Ministro Luiz Fux Relator. (STF, RE 839314, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 10/10/2014, p. em DJe-202, divulg. 15/10/2014, public. 16/10/2014).

⁴ A ementa do acórdão é a seguinte: Processo civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Expurgos inflacionários em caderneta de poupança. Exibição de extratos bancários. Ação cautelar de exibição de documentos. Interesse de agir. Pedido prévio à instituição financeira e pagamento do custo do serviço. Necessidade. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária. No caso concreto, recurso especial provido (STJ, REsp 1349453/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. em 10/12/2014, DJe 2/2/2015).

que se esteja a suprimir o direito de ação, de modo que extinguir o processo em virtude de ausência de condição da ação não equivale a violar o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Explica o autor que as condições da ação não incidem, na realidade, sobre o direito de ação propriamente dito, mas dizem respeito à regularidade de seu exercício, o qual é imprescindível para tornar admissível “um pronunciamento de mérito” (MENDES, 2020, p. 6).

Carlos Eduardo da Fonseca Passos registra ter-se verificado, nos últimos anos, ajuizamento excessivo de ações de exibição de documentos, particularmente em relação a contratos bancários, o que, em sua análise, constitui evidente expressão do demandismo judicial. O ingresso de grande número de demandas dessa espécie, pontua, transforma o Judiciário “em um imenso mercado, um estrondoso balcão de negócios”, e afronta “o comezinho princípio de que tudo aquilo que é desnecessário e inútil é proibido no processo civil”.

Sustenta ser desnecessário, em regra, o ajuizamento dessas ações visando à exibição de documentos como ações autônomas, especialmente em razão da frequente ausência de (regular) constituição do réu em mora (falta de prévio e adequado requerimento administrativo de fornecimento dos documentos) e argumenta que a maior razão para sua propositura é a busca de fixação de honorários em favor dos advogados dos autores. Passos destaca que um dos piores efeitos desse demandismo consiste em “inchar o Poder Judiciário de desimportâncias”, e que, para combater essa espécie de abuso, deve-se necessariamente diferenciar a “negativa de acesso à justiça” da “necessidade de constituição em mora do devedor” (PASSOS, 2014, p. 112-115), isto é, da imprescindibilidade de prévia provocação daquele que, em tese, deveria cumprir um dever ou obrigação, como condição para a configuração do interesse de agir.

2 Efeitos econômicos do abuso do direito de ação: danos ao patrimônio público

Um dos mais evidentes efeitos profundamente negativos das atualmente massivas práticas que envolvem abuso do direito de ação é o desperdício de recursos públicos, particularmente porque, na maioria dessas demandas, os autores litigam sob gratuidade judiciária.

Embora esse efeito seja evidente e possa ser intuído, é fundamental demonstrar, por meio de números concretos, ainda que em estimativa parcimoniosa, o volume imenso de recursos públicos que vem sendo consumido em razão do abuso do direito de demandas, apenas em parte dos assuntos processuais em que tem se constatado com mais frequência a criação de litígios artificiais.

No Relatório Justiça em Números de 2021 (CNJ, 2021), relativo ao ano-base 2020, o Conselho Nacional de Justiça registrou que os assuntos mais demandados da área cível, na Justiça Estadual Comum, foram, nos dois primeiros lugares:

1. Direito Civil – Obrigações/Espécies de Contratos - 2.665.873 processos (5,08% do total)
2. Direito do Consumidor – Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral - 1.655.989 processos (3,15% do total)

Relevante mencionar que o número de processos anualmente distribuídos relativamente a tais assuntos provavelmente foi muito maior, por duas razões principais: a tabela de assuntos do CNJ contém vários assuntos passíveis de cadastramento para esse tema, e é bastante comum o cadastramento equivocado de assunto, seja por desídia ou desconhecimento, seja com proposital intuito de dificultar a identificação de focos de abusos e a construção de estatísticas confiáveis.

Nos Juizados Especiais Estaduais, registraram-se como primeiro e quinto assuntos mais demandados os seguintes:

1. Direito do Consumidor – Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral - 635.296 processos (8,87% do total)
5. Direito Civil - Obrigações/Espécies de Contratos- 209.966 processos (2,93% do total)

Esses números refletem apenas a distribuição e processos em 2020, cadastrados nesses assuntos, na Justiça Estadual. Tais assuntos foram escolhidos para a demonstração dos elevadíssimos prejuízos causados pelo abuso de acesso ao sistema de justiça, porque duas das principais matérias em que se tem verificado com mais intensidade a “fabricação” de litígios por todo o país, conforme dados colhidos pelos diversos Centros de Inteligência e NUMOPEDEs, são negativas supostamente indevidas e revisionais de contratos bancários, demandas usualmente cadastradas sob os assuntos acima indicados.

Ademais, os dados colhidos e analisados pelos Centros de Inteligência e pelos NUMOPEDEs nos últimos anos evidenciam que, em todos os tribunais

estaduais do país, em relação a essas duas matérias – e, portanto, no tocante aos assuntos processuais acima destacados –, no mínimo 30% da distribuição mensal verificada consiste em litígios artificialmente criados, isto é, sem base na realidade dos fatos. Na verdade, o percentual medido a cada ano, a partir do cuidadoso monitoramento que tem sido realizado, é muito maior, mas, como 30% é um mínimo mensal usualmente constatado por todo o país, nos meses em que o assédio ao sistema de justiça é menos intenso, optou-se por usar como parâmetro de cálculo esse percentual, para que se indique, aqui, uma estimativa mínima segura do prejuízo anual causado ao erário.

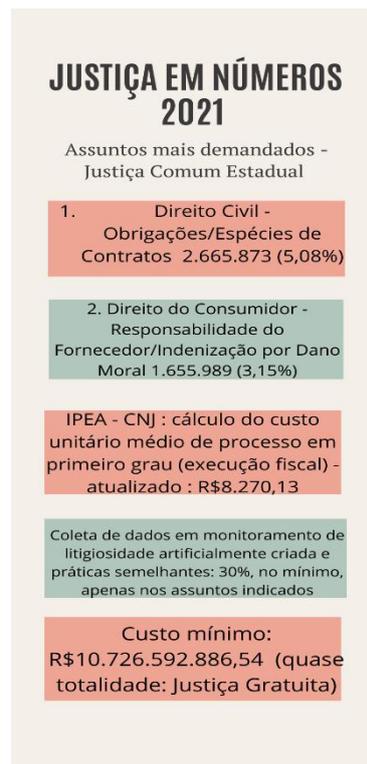
O Judiciário brasileiro ainda enfrenta grandes dificuldades para obter diversas medidas de grande relevância para sua gestão, como, por exemplo, o custo médio de tramitação de um processo. Para os fins deste estudo, não se considerou adequado estimar o custo de um processo judicial por meio da divisão dos gastos anuais dos tribunais pelo número de processos novos distribuídos ou em tramitação, em virtude das diversas naturezas de cada tipo de gasto, das diferentes fases processuais em que cada processo se encontra e também dos custos diferenciados dos processos cíveis e criminais.

Como o objetivo perseguido não é apontar o valor exato do prejuízo, mas estimá-lo minimamente, entendeu-se adequado usar um dado jurimétrico validado pelo Conselho Nacional de Justiça. Em março de 2011, o CNJ divulgou que, a seu pedido, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) calculou que o custo unitário médio do processo de execução fiscal, na Justiça Federal de primeiro grau de jurisdição, era de aproximadamente R\$4.300,00, em números aproximados (CNJ, 2011). Tal valor, corrigido monetariamente segundo os índices divulgados pela Corregedoria de Justiça de Minas Gerais até março de 2022, atinge R\$8.270,13.

Tal valor pode ser utilizado como base para um processo que tramite nas duas instâncias da Justiça Estadual, pois, embora os custos da Justiça Federal por processo possam ser apontados, em princípio, como mais elevados, a referida quantia diz respeito a execução fiscal, tipo de ação de tramitação bastante simples, e foi estimada apenas para seu processamento em primeira instância.

Usando esse valor como base, e considerando que, em relação aos assuntos processuais indicados, os dados colhidos indicam fabricação de demandas de no mínimo 30%, tem-se que, em 2020, houve ingresso de, no mínimo, 1.296.558 demandas não baseadas em litígios reais, fabricadas em busca de ganhos ilícitos,

apenas em relação aos dois assuntos referidos, na Justiça Comum Estadual, o que resultou em custo mínimo de R\$10.726.592.886,54 (mais de dez bilhões e setecentos e vinte e seis milhões de reais), em primeira e segunda instâncias, somente para processamento desses feitos, valor praticamente todo absorvido pelo Estado brasileiro, pois quase 100% dessas ações é movida sob justiça gratuita.



Em relação ao Juizado Especial, considerados os dois assuntos apontados, o custo seria de R\$2.097.123.025,14 (mais de dois bilhões e noventa e sete milhões de reais), para processamento de 253.578 feitos.

Isso, repita-se, apenas em uma estimativa mínima de custos, considerados somente dois dos assuntos em que as práticas abusivas são muito comuns e massivamente adotadas, e sem levar em conta a tramitação processual nos tribunais superiores.

Além dos prejuízos diretamente econômicos, não se pode deixar de lembrar que a imensa quantidade de tempo gasto por magistrados e servidores para apreciar, cuidar da tramitação e mesmo para monitorar as demandas que revelam práticas abusivas do direito de ação poderia e deveria ser despendida com a apreciação, processamento e julgamento de litígios reais, legítimos, fundados em

lides materiais. Se isso pudesse ocorrer, o tempo médio de tramitação dos processos judiciais se reduziria intensamente, o grau de atendimento às expectativas dos jurisdicionados e a eficácia e eficiência da prestação jurisdicional se elevariam, a credibilidade de todo o sistema de justiça se ampliaria e o direito fundamental à razoável duração do processo alcançaria grau muito mais satisfatório de atendimento.

3 A categoria do abuso de direito

Diante da situação configurada em decorrência das massivas práticas de abusos constatadas nos últimos anos, evidencia-se a necessidade de adoção de medidas de enfrentamento da litigiosidade artificial, como parte do planejamento estratégico dos diversos tribunais, marcadamente dos estaduais, as quais devem ser adotadas como políticas institucionais, o que claramente foi a intenção do Conselho Nacional de Justiça, ao determinar a criação e instalação dos Centros de Inteligência e incluir entre suas atribuições o manejo da litigância repetitiva e de massa.

A concretização dessas estratégias passa não apenas por medidas de caráter administrativo, elaboração de estatísticas, monitoramento de distribuição e de práticas abusivas, mas também pela atualização de conceitos jurídicos e da prestação jurisdicional, mantendo-se o foco inclusive nas consequências econômicas e sociais que podem advir da manipulação do sistema judiciário.

O ordenamento jurídico brasileiro vigente contém normas que não apenas autorizam a tomada de posturas e a adoção de entendimentos que evitem o exercício abusivo do direito de ação, mas, mais do que isso, na verdade exige que a jurisdição seja prestada desse modo.

Nos casos em que há ajuizamento de ação que veicula um litígio artificialmente concebido ou de outras formas de manipulação e abuso do direito de acesso ao sistema de justiça, não se está diante de legítimo exercício do direito de ação, mas de exercício abusivo de tal direito.

Segundo o art. 187 do Código Civil, “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Sobre o abuso de direito, afirma Humberto Theodoro Júnior:

O titular de qualquer direito para conservar-se no campo da normatividade não basta legitimar sua conduta dentro das faculdades reconhecidas pelas normas legais em face de sua individual situação jurídica. Haverá de cuidar para que o uso das prerrogativas legais não se desvie para objetivos ilícitos e indesejáveis, dentro do contexto social. O abuso de direito acontecerá justamente por infringência desse dever e se dará sempre que o agente invocar uma faculdade prevista em lei, aparentemente de forma adequada, mas para alcançar objetivo ilegítimo ou não tolerado pelo consenso social (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 113).

[...] na doutrina clássica, se qualifica o comportamento do agente do abuso de direito, como ato emulativo (ou *ad emulationem*). O direito existe e na faculdade que o titular exercita se acha normalmente compreendida em sua força jurídica. No entanto, não é para extrair-lhe o proveito econômico e social correto que o seu exercício é posto em prática, mas para alcançar vantagens que não se coadunam com os fins sociais, éticos e econômicos que constituem o escopo natural do direito subjetivo em jogo.

Não é uma necessidade do agente ou um interesse seu, legitimamente tutelado, que se busca satisfazer. A meta do titular do direito se volta apenas para o dano que quer causar a outrem. [...] (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 121).

Bruno Miragem salienta que a norma contida no art. 187 do CCB constitui “paradigma normativo da regularidade do exercício dos direitos, em vista da sua funcionalidade” (MIRAGEM, 2009, p. 93). Explicita que a função de um direito subjetivo, assim como seu “fim social ou econômico é parte indissociável do direito subjetivo, na medida em que expressa a razão pela qual um direito foi previsto pelo ordenamento jurídico” (MIRAGEM, 2009, p. 139). A cláusula geral do abuso de direito produz, pois, eficácia positiva, e resulta na determinação de “deveres a serem observados pelos titulares do direito subjetivo quando do seu exercício”, revelando-se “como uma medida para o exercício de direitos e liberdades a ser observada na vida social” (MIRAGEM, 2009, p. 165).

O autor assevera que o abuso de direito constitui norma permissiva da intervenção judicial na autonomia privada (MIRAGEM, 2009, p. 163), na manifestação de vontade/exercício do direito em contrariedade excessivamente manifesta à boa-fé, bons costumes ou à finalidade econômica ou social ínsita ao direito subjetivo em questão, de modo a corrigi-la, invalidá-la ou mesmo a obstaculizá-la.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, há muito tempo não mais se justifica considerar o processo “como instrumento meramente ético”, devendo ser considerado “instrumento ético voltado a pacificar com justiça” (GRINOVER, 2011).

A boa-fé, como destaca Rafael Wobeto Pinter, exerce “função de baliza para a averiguação da licitude no exercício de posições jurídicas processuais”. Constitui

“*standard* de conduta fundado, principalmente, na lealdade e na consideração para com as expectativas legítimas das partes e de *todos* aqueles que de qualquer forma participam do processo, incluindo-se, aí também, o juiz” (PINTER, 2016). Alcides Mendonça Lima demonstra que do dever de litigar segundo a boa-fé decorre o dever de dizer a verdade (LIMA, 1980).

Eduardo Cambi explicita que o texto do art. 187 do Código Civil deixa claro que a configuração do abuso do direito dispensa a verificação de elemento subjetivo, pois exige apenas a verificação da conformidade do exercício do direito em questão com as finalidades que determinam seu resguardo:

[...] o elemento subjetivo (dolo ou culpa) é desnecessário quando aplicado o princípio da boa-fé processual em sentido objetivo (exegese dos arts. 5º/CPC e 187/CC).

Aliás, pela teoria objetiva finalista, o elemento subjetivo é dispensável, pois o ato abusivo não reside em seu plano psicológico, mas no desvio do direito de sua função social/econômica e finalidade, até porque o exercício abusivo do direito motiva a ruptura do equilíbrio dos interesses sociais/econômicos concorrentes, bastando a inobservância dos limites axiológicos para que o abuso de direito reste caracterizado (CAMBI, 2017).

Fredie Didier Jr. e Daniela dos Santo Bonfim, com base nas lições de Menezes Cordeiro, sustentam:

O exercício inadmissível de situação jurídica é conduta ilícita caracterizada pela conformidade formal com a norma, mas que, concretamente, tal como exercida, configura uma disfuncionalidade em relação a todo o sistema jurídico, na sua globalidade. [...] (DIDIER JÚNIOR; BOMFIM, 2018, p. 23-24).

Não se pode perder de vista ainda a clara previsão do art. 5º do CPC: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Nisilton Rodrigues de Andrade Aragão e Emilio de Medeiros Viana argumentam que o dever de adoção de condutas processuais conforme ao padrão imposto pela boa-fé objetiva decorre inclusive dessa norma jurídica:

A regra do art. 5º do CPC/2015 impõe atuação com boa-fé objetiva, vale dizer, os atores do processo devem comportar-se da maneira como ordinariamente se espera que atuem. De acordo com o princípio da boa-fé processual, aqueles que, de qualquer forma, participem do processo devem agir com honestidade, lisura e sinceridade. Da interpretação *a contrario sensu*, extrai-se a proibição legal de deturpar mecanismos processuais para atingir finalidades diversas daquelas previstas no ordenamento, de criar posições processuais desvantajosas à parte adversa, de abusar de poderes e de direitos processuais, de adotar medidas contraditórias (*venire contra factum proprium*), etc. (ARAGÃO, 2019, p. 26).

Michelle Taruffo sustenta que o ajuizamento de ação sem que haja interesse jurídico subjacente à causa, que realmente justifique o acesso ao Judiciário – isto é, sem que exista base fática ou jurídica à postulação – constitui ato abusivo. Segundo o doutrinador, mesmo nos casos em que formalmente não haja uso indevido de regra processual, estará configurado abuso se a parte atuar com o objetivo de atingir finalidades ilegais ou indevidas. Para adequado tratamento dessas situações abusivas, ele propõe, na falta de regras específicas, a aplicação de cláusulas gerais consagradas também pelo direito brasileiro, como a boa-fé objetiva e os consequentes deveres de lealdade e transparência e o princípio do devido processo legal e os deveres de conduta dele decorrentes. E deixa claro que “garantias processuais não protegem e não legitimam práticas abusivas”, pois “visam a proteger direitos, não a legitimar condutas injustas e nocivas”. Aduz que as garantias deveriam “prevenir abusos processuais, mas elas mesmas podem ser objeto de abuso”, e alerta que “abusos devem ser prevenidos justamente a fim de tornar efetivas as garantias, haja vista que procedimentos em que ocorrem abusos não correspondem aos padrões de lealdade e devido processo” (TARUFFO, 2019). Nessa linha de raciocínio, não se pode deixar de citar também, em relação ao Direito processual brasileiro, o dever de cooperação, ao lado do há muito consagrado dever de lealdade.

Angelo Prata de Carvalho sustenta que a adoção “de expedientes processuais desleais ou fraudulentos em procedimentos judiciais é coibida pela sistemática do Código de Processo Civil de 2015”, especialmente através das normas que dispõem a respeito da litigância de má-fé e sobretudo pelo art. 142, o qual prevê “verdadeiro poder geral de tutela de atos processuais inquinados pela má-fé” (CARVALHO, 2021).

Mendonça Lima sustenta que a mais grave vertente do abuso de ação é o abuso do direito de demandar:

A infração mais grave ao princípio da probidade processual é, sem dúvida, a que caracteriza o “abuso do direito de demandar”. Tal direito não diz respeito apenas à atividade do autor ao propor ação, mas, também, abrange o do réu em defender-se ou, na linguagem de nosso Código de Processo Civil (LGL\1973\5), em responder (excepcionar; contestar e reconvir). Mesmo uma ação bem proposta ou uma defesa lisa podem originar, contudo, atos de improbidade em vários atos no decorrer da causa. Mas, se a origem já é pecaminosa, todo o processo ficará maculado, ainda que nenhum ato mais se apresente infringente do preceito da lealdade. São, portanto, situações diferentes: o abuso do direito de demandar e os atos de má fé no curso do processo. Esses podem existir - ainda que um só -

independentemente daquela atitude inicial; mas aquela contaminará todo o processo, mesmo que, depois, venha correr sem nenhum vício em qualquer dos atos (LIMA, 1980).

Na mesma linha, Lúcio Grassi de Gouveia, ao discorrer sobre as hipóteses configuradoras de litigância de má-fé, sustenta que esta pode se configurar por meio do abuso do direito de ação, “quando o autor propõe uma demanda sem haver um interesse juridicamente fundado”, o que “se verifica em vários casos nos quais a ação é proposta sem que dela exista algum fundamento jurídico ou fatural [...], fazendo valer uma violação da lei de modo pretextuoso [...]”, com finalidades ilícitas diversas, prática em que inclui o ajuizamento de “controvérsias fictícias” (GOUVEIA, 2017).

A pessoa que ajuíza uma demanda judicial buscando, na realidade, objetivo diverso do que é visado pelo ordenamento jurídico ao garantir o direito de ação (buscar solução judicial para litígio material, valendo-se de procedimento adequado, quando a atuação do Poder Judiciário se mostrar realmente necessária para que persiga a satisfação do direito subjetivo de que se acredita ser titular) pratica abuso de direito, o qual, conforme expressamente previsto no art. 187 do Código Civil, configura ato jurídico ilícito, e, como tal, deve ser reprimido pelo Poder Judiciário. Mesmo que do ato abusivo não resulte prejuízo direto a pessoa ou ente determinado, tal ato é inválido e deve ser combatido, inclusive porque, como visto, as práticas abusivas causam efeitos negativos gravíssimos em relação ao sistema de justiça e à sociedade em geral (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 128-129).

Considerando todas as normas componentes do sistema processual brasileiro que exigem probidade na conduta dos litigantes, particularmente as presentes no CPC, Carvalho afirma que cabe ao magistrado avaliar a probidade da conduta dos litigantes e adota medidas adequadas de repressão e sancionamento, em caso de desvios:

[...] para além de disposições e vedações específicas, o sistema processual civil brasileiro conta com norma geral que atribui ao julgador a prerrogativa de avaliar o caráter desviante do comportamento de determinados litigantes, situação esta que, como sói ocorrer no abuso de direito, não raro parte de aparente amparo em direito legítimo cujo exercício se torna antijurídico (CARVALHO, 2021).

Constata-se, pois, que o adequado enfrentamento da litigiosidade artificial não representa excesso de tecnicismo, de formalismo, forma indevida de ativismo nem negativa do Poder Judiciário de exercer a função que lhe foi constitucionalmente

atribuída; significa, na verdade, cumprimento do dever de impedir o exercício abusivo do direito de ação e do dever de tomar todas as medidas necessárias para permitir que se efetive o direito fundamental à razoável duração do processo.

3.1 O reconhecimento do “assédio processual” pelo STJ

No julgamento do Recurso Especial nº 1.817.845-MS, o Relator originário, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, na fundamentação de seu voto, apontou possibilidade de reconhecimento do chamado “abuso do direito de litigar”, embora não o tenha reconhecido no caso, pois o TJMG havia entendido que os réus se valeram dos meios, faculdades processuais e recursos legais à sua disposição, para supostamente protegerem seus direitos, e que a rediscussão da questão implicaria reexame dos fatos.

Por outro lado, a Ministra Nancy Andrighi, prolatora do voto vencedor, reconheceu o abuso e afirmou estar configurado “assédio processual” por parte dos réus-recorridos, que, por meio do abuso do direito de acesso ao Poder Judiciário, privaram os autores, “por décadas, de usar, dispor e fruir da propriedade familiar de que são herdeiros”. A julgadora explicitou que os deveres da boa-fé, da ética e da probidade estão “presentes no tecido social” e são ínsitos ao Direito, de modo que o simples fato de o manejo de determinada ferramenta processual ser, em tese, possível, não significa que sua utilização seja sempre lícita. Pontuou:

Ocorre que o ardil, não raro, é camuflado e obscuro, de modo a embaralhar as vistas de quem precisa encontrá-lo. O chicaneiro nunca se apresenta como tal, mas, ao revés, age alegadamente sob o manto dos princípios mais caros, como o acesso à justiça, o devido processo legal e a ampla defesa, para cometer e ocultar suas vilezas. O abuso se configura não pelo que se revela, mas pelo que se esconde.

É por isso que é preciso repensar o processo à luz dos mais basilares cânones do próprio direito, não para frustrar o regular exercício dos direitos fundamentais pelo litigante sério e probo, mas para refrear aqueles que abusam dos direitos fundamentais por mero capricho, por espírito emulativo, por dolo ou que, em ações ou incidentes temerários, veiculem pretensões ou defesas frívolas, aptas a tornar o processo um simulacro de processo.

A ministra citou, entre os precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos que estabeleceram limites para o exercício do direito de ação, o caso *California Motor versus Trucking*, no qual se reconheceu “que o surgimento de um padrão de processos infundados e repetitivos é forte indicador de abuso com aptidão para

produção de resultados ilegais, razão pela qual essa conduta não está albergada pela imunidade constitucional ao direito e peticionar”. Salientou também que

o exercício abusivo de direitos de natureza fundamental, quando configurado, deve ser rechaçado com o vigor correspondente à relevância que essa garantia possui no ordenamento jurídico, exigindo-se, contudo e somente, ainda mais prudência do julgador na certificação de que o abuso ocorreu estreme de dúvidas.

Em seu voto, Andrighi sustentou, categoricamente, que é inadmissível “dar guarida a simulacros de processo ao nobre albergue do direito fundamental de acesso à justiça”.

O entendimento do STJ acerca do assédio processual foi firmado em relação a situação jurídica que envolvia longo litígio entre as partes e em que se verificou que os réus, durante anos após haver transitado em julgado sentença que reconheceu aos autores a propriedade de imóvel, continuaram a manejar ações cujos fundamentos contrariavam essa definição de propriedade.

Razões jurídicas muito semelhantes tornam possível cogitar de abuso de direito processual – e, em certos casos, mesmo em assédio processual contra determinadas pessoas, geralmente jurídicas, comumente indicadas como réus de milhares de processos – quando algumas partes e/ou advogados, agindo ou não em conluio, propõem dezenas, centenas ou mesmo milhares de ações idênticas, com base em causa de pedir descrita de forma genérica, dúbia, não assertiva, a respeito de questão que, por sua natureza, exige a discussão e o exame de fatos, isto é, de matéria não meramente jurídica.

Constatada a repetição de demandas propostas dessa maneira, é importante investigar a fundo a situação, a fim de verificar se há base fática, substrato material para o ajuizamento das ações, e, em caso negativo, se ocorreu, no caso apenas descuido ou verdadeiro assédio, que pode inclusive não ser dirigido a partes determinadas, mas ao Poder Judiciário, a determinado juízo ou tribunal, que eventualmente pode ter seu funcionamento severamente prejudicado em razão dessa forma de atuação.

Ainda em relação ao precedente em que o STJ reconheceu a possibilidade de configuração do assédio processual, relevante ressaltar que a Ministra Nancy Andrighi explicou que a “regra segundo a qual a responsabilização por dano processual se apura no próprio processo”, presente no art. 81, § 3º, do CPC atual, “é obviamente aplicável quando o direito de que resulta o dano for suscetível de

caracterização, ou disser respeito apenas aos atos endoprocessuais nele praticados”. Para a situação diversa, em que os abusos se evidenciam em diversas e sucessivas demandas, resultando em danos que extrapolam um só processo, a julgadora concluiu ser admissível até mesmo o ajuizamento de ação autônoma em que se busque a reparação do dano sofrido pela vítima do assédio:

[...] o abuso do direito fundamental de acesso à justiça em que incorreram os recorridos não se materializou em cada um dos atos processuais individualmente considerados, mas, ao revés, concretizou-se em uma série de atos concertados, em sucessivas pretensões desprovidas de fundamentação e em quase uma dezena de demandas frívolas e temerárias, razão pela qual é o conjunto desta obra verdadeiramente mal-acabada que configura o dever de indenizar.

4 Abuso do direito de ação e aplicação adequada da Súmula nº 38 do TJMG

Para que se possa enfrentar, por fim, a questão central deste estudo, concernente à aplicação da Súmula nº 38 do TJMG, oportuno novamente registrar seu texto:

Na ação declaratória de inexistência de dívida com negativa de relação contratual, pleiteada a tutela de urgência e preenchidos os requisitos do art. 300 do CPC/2015, a parte tem o direito subjetivo processual de concessão da liminar para abstenção ou exclusão do seu nome nos cadastros restritivos de crédito, pelo menos até ao julgamento da causa.

Como já observado, os dados colhidos nos últimos anos por Centros de Inteligência de diversos tribunais estaduais e por vários NUMOPEDEs evidenciam que um dos principais focos de abuso do direito de ação, na modalidade criação de litígios artificiais, são as ações em que se discutem inscrições supostamente indevidas em cadastros de devedores inadimplentes e em cujas petições iniciais, em regra, postula-se o deferimento de tutela de urgência, para retirada imediata das negativas.

A razão jurídica que levou o legislador processual a prever a possibilidade de deferimento da tutela de urgência antecipada é a necessidade de viabilizar a inversão do ônus do tempo de tramitação processual, isto é, de possibilitar ao autor que demonstra a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo a satisfação de sua pretensão, em caráter provisório, antes do provimento final.

Em se tratando de suposta negativação indevida em cadastro restritivo de crédito, o risco de dano é evidente, pois a existência de restrição creditícia dificulta intensamente a realização de negócios jurídicos que envolvam a concessão de crédito, e o lançamento ou permanência da informação negativa causa ou acentua mácula à honra, nos aspectos subjetivo (em se tratando, claro, de pessoa natural) e objetivo.

No que diz respeito à probabilidade do direito alegado, em consideração às limitações fáticas à possibilidade de produção probatória, doutrinadores e magistrados há muito consolidaram o entendimento de que, em se tratando de pretensão fundada em fato negativo que não deixa vestígio (como, por exemplo, a alegação de que não foi celebrado determinado contrato), como o ônus da prova da existência da relação jurídica deve ser imputado ao réu, cumpre, em princípio, considerar configurada a probabilidade do direito alegado com base na mera afirmativa do fato negativo, apresentada pelo autor. Assim, tecnicamente, nenhum reparo se pode fazer ao texto da Súmula nº 38 do TJMG.

No entanto, é necessário observar que tal súmula, como não poderia deixar de ser, foi editada tendo como evidente pressuposto a presunção de que o autor que nega a relação jurídica exerce regularmente o direito de ação, traz à apreciação do Poder Judiciário um litígio materialmente fundado. E nesses casos, evidentemente, com base na melhor técnica processual – que norteou a consolidação do entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre o tema – deve-se, diante do pedido de tutela de urgência, inverter o ônus do tempo de duração do processo, determinando-se a retirada da negativação, pelo menos até que o réu apresente defesa e comprove a existência da relação jurídica negada.

Por outro lado, nos casos em que há indícios suficientes de que o acesso ao Poder Judiciário possa estar a servir como veículo de abuso, de criação de litígio artificial, de tentativa de uso do sistema de justiça como uma espécie de “loteria”, em busca de ganhos indevidos, não parece estar realmente configurada uma das hipóteses que motivou a edição da súmula em questão, de modo que a conduta que parece mais adequada, diante das evidências de massivo assédio ao sistema de justiça, por meio de abuso do direito de demandar, é a que consiste em adiar a apreciação do pleito de tutela de urgência para momento posterior à apresentação de defesa ou o encerramento do prazo para seu oferecimento. Assim, evita-se estimular indevidamente as práticas abusivas consistentes em falseamento de

litígios envolvendo a matéria em questão (discussão de inscrição em cadastro restritivo com base em negativa de existência de relação jurídica), e, ao mesmo tempo, possibilita-se a inversão do ônus do tempo de tramitação processual caso o réu, no prazo legalmente fixado para se defender, não cuide de trazer aos autos prova da existência da obrigação objeto da negativação e de que o autor é o devedor de tal obrigação.

Não se está, evidentemente, defendendo que se deixe de aplicar a Súmula nº 38 do TJMG - que, repita-se, baseou-se na melhor técnica processual e em considerações evidentemente acertadas sobre a distribuição do ônus probatório - mas, sim, sustentando que apenas deve ser aplicada, já no início da relação processual, aos casos em que se encontre evidenciado exercício regular do direito de ação. Nos casos em que houver indícios suficientes de abuso no acesso ao sistema de justiça (como, por exemplo, nas hipóteses de ações patrocinadas às dezenas ou centenas pelos mesmos advogados ou grupos de advogados, iniciadas por petições iniciais exageradamente semelhantes entre si que, embora envolvam matéria marcadamente fática, apresentem causa de pedir vaga e genérica, com poucas referências ao caso concreto e/ou afirmação de que o autor já manteve relação jurídica com a parte ré, mas sem esclarecimento de qual foi tal relação, para em seguir alegar que não se reconhece a obrigação objeto da restrição e/ou afirmação de que o autor não lembra se é devedor da obrigação em questão e/ou ainda mera narrativa de que o nome do autor foi negativado, buscou informações a respeito e não obteve esclarecimentos, sem afirmar categoricamente se a obrigação é ou não devida), não se justifica a concessão imediata de tutela de urgência, devendo-se oportunizar, primeiro, o oferecimento de defesa pelo réu, para, apenas se não for produzida prova da relação jurídica negada, aí sim conceder a tutela de urgência, com base inclusive no entendimento consolidado por meio do enunciado de súmula em questão.

Essa é uma das várias maneiras por meio das quais os magistrados podem e devem enfrentar intraprocessualmente as práticas representativas de abuso do direito de acesso ao sistema de justiça. A tais estratégias devem ser aliadas outras, de cunho extraprocessual, adotadas na gestão de cada unidade jurisdicional, além das já mencionadas ações institucionais, a serem desenvolvidas pelos diversos tribunais e coordenadas pelo Conselho Nacional de Justiça, em colaboração com os demais entes que atuam constantemente no sistema de justiça (*shareholders*) e com

a sociedade em geral, já que a todos eles interessa que o direito de ação seja exercido de modo regular, com lealdade e observância do dever de eticidade.

Conclusão

O direito de ação, direito fundamental de acessar o sistema de justiça, não é absoluto, nem incondicionado, e deve ser exercido segundo os pressupostos e requisitos estabelecidos pelo legislador, os limites previstos pela ordem jurídica e em conformidade com o padrão de conduta imposto pela boa-fé objetiva.

O ajuizamento de ação que veicula pretensão não fundada em litígio existente na realidade dos fatos configura abuso do direito de litigar, e, portanto, prática ilícita que deve ser combatida pelo Poder Judiciário, por meio de estratégias preventivas e repressivas, em nível institucional e individualmente, no tratamento de cada litígio, tendo em vista especialmente os prejuízos bilionários que tais práticas causam anualmente aos cofres públicos e o fato de que subtraem do Poder Judiciário valioso tempo que deveria ser dedicado à apreciação de litígios materialmente fundados.

A prevenção e o combate às práticas que configuram abuso do direito de ação é dever dos integrantes do Poder Judiciário, de todos os agentes que atuam no sistema de justiça (inclusive e especialmente os advogados e as entidades que os congregam, já que é percentualmente ínfimo o número de profissionais da área que pratica abuso do direito de demandar, mas os efeitos nefastos de suas práticas massiva atingem profundamente o sistema de justiça, os jurisdicionados em geral e o trabalho da larga maioria dos advogados, que atua sistematicamente de forma ética e comprometida) e da sociedade em geral.

A Súmula nº 38 da jurisprudência do Tribunal de Justiça foi editada conforme a melhor técnica processual, com base em considerações adequadas sobre a possibilidade de cada parte se desincumbir do ônus probatório, nas ações em que a pretensão inicial se funda em fato negativo que não deixa vestígio. Como tal enunciado diz respeito a matéria que constitui, hoje, um dos principais focos de atuação daqueles que praticam massivamente abuso do direito de demandar na modalidade criação de litígios artificiais, propõe-se que tal súmula seja plenamente aplicada, já no início da relação processual, somente nos casos em que se evidencie o exercício regular do direito de ação. Por outro lado, nos casos em que houver indícios suficientes de abuso do direito de ação, sugere-se que se adie a apreciação

do pleito de tutela de urgência para o momento seguinte à apresentação de defesa ou o escoamento do prazo para a tomada da providência, de modo a viabilizar que o réu se desincumba de seu ônus probatório na modalidade documental. Desse modo, viabiliza-se distribuição mais equitativa do ônus do tempo de tramitação processual sem estimular indevidamente as condutas abusivas que vêm sendo intensamente constatadas nos anos mais recentes.

Referências:

ARAGÃO, Nilton Rodrigues de Andrade; VIANA, Emilio de Medeiros. Levando a sério o abuso de direito processual: a insuficiência das disposições do Código de Processo Civil de 2015, que não previu a possibilidade de sancionamento dos advogados por atos que violem a boa-fé processual. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA*, [s. l.], v. 29, n. 2, p. 22-36, jul./dez. 2019.

CAMBI, Eduardo. Acesso (e descesso) à justiça e assédio processual. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ano 2, n. 1, abr. 2017. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2017/05/04.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2022.

CARVALHO, Angelo Prata de. O abuso de direito de ação no processo civil brasileiro – contornos teóricos e práticos do assédio processual a partir da análise do Recurso Especial 1.817.845. *Revista de Processo*, [s. l.], v. 319, ano 46, p. 339-357, set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário*. Brasília, jul. 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2021*. Brasília, 2021.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela dos Santos. Abuso do direito de ação. Litigância de má-fé. “Sham litigation”. Decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Usurpação de função do Poder Judiciário. Inexistência dos Pressupostos. In: PARECERES. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. v. 2.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A dedução de pedido ou defesa contra texto expreso de lei ou fato incontroverso como hipótese de litigância de má-fé e a concessão da tutela provisória de evidência. *Revista de Processo*, [s. l.], v. 206, p. 127-154, fev. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o *contempt of court*. *Revista de Processo*, [s. l.], v. 102, p. 219-227, abr./jun. 2011.

LIMA, Alcides Mendonça. Abuso do direito de demandar. *Revista de Processo*, [s. l.], v. 19, p. 57-66, jul./set. 1980.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Acesso à justiça e necessidade de prévio requerimento administrativo: o interesse como condição da ação – comentários ao Recurso Extraordinário nº 631.240, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. *Revista de Direito Processual*, [s. l.], v. 21, n. 3, set./dez. 2020.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PASSOS, Carlos Eduardo da Fonseca. Mais uma forma de demandismo: exibição judicial de contratos bancários. *Revista do GEDICON*, [s. l.], v. 2, dez. 2014.

PINTER, Rafael Wobeto. A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais. *Revista de Processo*, [s. l.], v. 253, mar. 2016.

TARUFFO, Michelle. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). *Revista de Processo*, [s. l.], v. 177, p. 153-183, nov. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III, tomo II.