

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
Faculdade de Direito

ERICK CARDOSO HASSELMANN MOTTER

ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO

CURITIBA
2009

ERICK CARDOSO HASSELMANN MOTTER

ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO

**Monografia apresentada como
requisito parcial à obtenção do grau
de Bacharel em Direito, da
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Edson Ribas
Malachini.**

CURITIBA

2009

RESUMO

A ciência jurídica, em seu estado atual, conceitua o direito de ação como um direito subjetivo público abstrato, incondicionado e constitucionalmente garantido. Ao cidadão, portanto, dá-se grande liberdade e incentivo para o acesso ao Poder Judiciário. Com isso, não são poucos os casos de abuso desse direito. Existe a possibilidade de aplicação da teoria civilista do “abuso do direito” ao direito de ação e ao processo como um todo. O ordenamento jurídico prevê sanções, dentro e fora do CPC, para os litigantes que atuam abusivamente, entre elas a reparação de danos (morais e patrimoniais) e a invalidade dos atos praticados.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO.....	1
2- DIREITO DE AÇÃO: figuras conexas.....	3
2.1 – Direito.....	4
2.2 – Pretensão.....	6
2.3 - Ação de Direito Material e Ação de Direito Processual.....	9
3 – AS TEORIAS DA AÇÃO: Evolução doutrinária.....	14
3.1 – A teoria civilista da ação.....	14
3.2 – A polêmica entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther.....	17
3.3 – A corrente abstrata.....	22
3.4 – Adolph Wach.....	23
3.5 – Ação como Direito Potestativo.....	25
3.6 – A teoria eclética: a contribuição de Liebman.....	26
3.7 – O legado das teorias:	32
4 – O DIREITO DE AÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO- CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	35
4.1 – Configuração teórica atual adotada.....	35
4.2 – O Direito Fundamental de Ação Processual.....	39
4.3 – O Direito de Petição.....	42
4.4 – O Direito de Ação no CPC brasileiro.....	44
5 - AS TEORIAS DO ABUSO DO DIREITO.....	46
5.1 – Notícia Histórica: atos emulativos.....	45
5.2 – À busca de uma definição.....	49
5.2.1- As teorias negativas.....	49
5.2.2 – As teorias subjetivas.....	50
5.2.3 – As teorias objetivas.....	51
5.2.4 – As teorias mistas.....	53
5.2.5 – A teoria adotada.....	54
5.3 – O parâmetro para a determinação do abuso.....	56

5.4 – O ato abusivo como ato contrário ao direito.....	57
5.5 – O abuso do direito, sanção e responsabilidade civil.....	59
5.6 – O ato abusivo e as demais posições jurídicas elementares.....	63
5.7 – O Abuso do Direito e a abertura semântica do Código Civil de 2002.....	65
5.8 – O Abuso no Direito Positivo.....	69
6 – A TEORIA DO ABUSO APLICADA.....	72
6.1– O abuso do direito de ação (como síntese das situações jurídicas).....	73
6.2 – A prova do abuso e a presunção de boa-fé.....	75
6.3 – O abuso tipificado no CPC: a litigância de má-fé como abuso do direito.....	77
6.4 – Outras previsões do CPC.....	82
6.5 – Casos de abuso não positivados.....	84
6.6 – Possibilidade de proposição de ação autônoma.....	86
6.7 – Responsabilidade do advogado.....	89
7 – CONCLUSÃO.....	92
8- BIBLIOGRAFIA.....	95
9 – ANEXOS.....	99

“O ‘Abuso do direito de demandar’, equivalendo ao próprio ‘abuso do exercício do direito de ação’ é o máximo de malícia que pode ser tentado perante os órgãos judiciários. (...) É um verdadeiro ‘pecado original’”¹.

1 – INTRODUÇÃO.

O acesso à Justiça constitui, na atual ordem constitucional brasileira, garantia fundamental do cidadão, sendo o direito de ação sua expressão. No entanto, nem sempre a Justiça é provocada validamente, ou melhor, nem sempre o Poder Judiciário é legitimamente chamado a atuar. Há casos em que os litigantes usam do processo para fins não previstos pelo constituinte, ou ainda, atuam em juízo de forma contrária aos princípios e valores estampados na Constituição Federal.

Essas condutas configuram casos em que, mesmo não havendo ato ilícito, pelo fato de o cidadão exercer um direito próprio constitucionalmente garantido, há “abuso do direito de ação”. É à análise dessa problemática que se propõe o presente trabalho.

Inicialmente trataremos brevemente de alguns conceitos da teoria geral do direito, como direito subjetivo, pretensão, ação, faculdades, direito potestativo e etc., tendo por fim traçar uma linha divisória entre o conceito de ação de direito material, e ação de direito processual, para tomar essa última como objeto de análise.

Após isso, estudaremos a evolução do conceito de “direito de ação” ao longo do tempo na doutrina. Desde a concepção oitocentista, na qual não se diferenciava a ação de direito material da ação processual (ou em sentido material, como preferem alguns), passaremos às concepções intermediárias (como a de Wach, Degenkolb, Chiovenda, Liebman, entre outros), até a configuração teórica atual, de um direito de ação público, abstrato e autônomo.

A seguir deixaremos brevemente de lado o campo processual e adentraremos no campo da disciplina do Direito Civil, para tratar do instituto jurídico do *abuso do direito*. Desde as teorias (em tese) ancestrais no Direito Romano, passando pelas concepções modernas (que inclusive chegaram a

1 LIMA, Alcides de Mendonça. *Abuso do Direito de Demandar*. In: Revista de Processo. Ano V. Julho-Setembro. N. 19. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1980, p. 57.

negar a existência do instituto) até chegarmos à visão contemporânea no direito brasileiro, já após a promulgação da Constituição de 1988 e da edição do Código Civil de 2002.

Finalmente, abordaremos a aplicação do instituto do abuso do direito na realidade do processo civil.

A análise do trabalho limitar-se-á ao estudo do abuso do direito de ação (até mesmo em virtude da brevidade exigida) voltado ao processo civil, mas, ressalte-se, não se nega aqui a possibilidade de ocorrência do fenômeno nos demais ramos da ciência processual, inclusive nos casos em que a ação é exercida pelos órgãos oficiais, mais freqüentes no processo penal.

A importância do tema se revela a partir da percepção do seguinte problema: a ação, como entendida atualmente (abstrata e incondicionada) relega aos cidadão grande liberdade e inúmeras possibilidades de exercício do direito de ação, mas, por outro lado, também abre espaço para lides temerárias, pedidos maliciosos entre outras formas de *abuso*. Cabe, então, ao aplicador do direito identificar, no caso concreto, condutas abusivas, para então coibi-las. Mostra-se imprescindível, portanto, o conhecimento da teoria do *abuso do direito* aplicada à lógica processual.

Não foram poucos os autores que se lançaram nesse esforço. Conforme será exposto ao longo da dissertação. Há autores brasileiros com livros publicados sobre o tema há mais de setenta anos². Porém, cremos que a matéria ainda não perdeu sua atualidade, vez que a doutrina, tanto civilista quanto processualista, passa atualmente por grandes transformações, mais notadamente após a promulgação da Constituição Federal vigente e da chamada “constitucionalização do direito privado”.

2 Ver, por exemplo, Jorge Americano em obra que, mais adiante, voltaremos a nos referir.

2-DIREITO DE AÇÃO: figuras conexas.

Antes do exame do tema do abuso do direito de ação, se faz necessária uma delimitação do tema, principalmente em virtude da polissemia e, muitas vezes, confusão conceitual, que rondam a expressão “direito de ação”. É a isso que se propõe este capítulo.

A questão remonta ao surgimento da disciplina do direito processual. Esse ramo da ciência jurídica surge, como disciplina autônoma, a partir do reconhecimento da autonomia da relação jurídica processual frente à relação jurídica material trazida a juízo. Assim, se se tratava de uma relação jurídica autônoma, logicamente, decorreria de um fato jurídico diverso daquele originário da relação jurídica de direito material.

A relação jurídica processual, sendo autônoma, nasceria de um direito também autônomo, o direito de movimentar a máquina judiciária. Vem à tona, então, o conceito de “direito de ação processual”, também conhecido como o direito de acesso à justiça³, elevado, no atual sistema constitucional, à categoria de direito subjetivo público.”⁴

No entanto, esse *iter* não surgiu espontaneamente. É resultado de inúmeros debates doutrinários, muitos deles atravessando séculos, cite-se por exemplo a conhecida polêmica entre Windscheid e Muther⁵, travada em meados do século XIX.

É, portanto, necessário um exame minucioso dos conceitos jurídicos conexos ao “direito de ação”. Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva:

(...) a história desse problema (o da ação processual) seria impossível se antes não se examinassem alguns conceitos referentes a categorias conexas com o conceito de '*ação processual*', tais como

3 Assim chamado por Nelson Nery Júnior (**NERY JÚNIOR, Nelson**. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v 21).

4 SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. v.1. 5 ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

5 Tornaghi, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 2 ed. São Paulo:Saraiva, 1977.

as categorias denominadas *direito subjetivo*, *pretensão*, e *ação de direito material*⁶.

Assim, em nome da precisão conceitual exigida pelo discurso científico, e em virtude da proximidade entre os conceitos de *direito subjetivo*, *pretensão*, *ação de direito material* e *ação de direito processual*, examinaremos, ainda que brevemente, cada uma dessas figuras que compõem as relações jurídicas.

2.1 – Direito Subjetivo: as posições jurídicas subjetivas.

A primeira categoria a ser analisada é o chamado “direito subjetivo”. Considerações históricas a parte, é possível afirmar que a doutrina brasileira majoritária firmou entendimento considerando o direito subjetivo como uma faculdade, interesse ou poder de um sujeito protegido por uma norma de direito positivo. Compartilha desse entendimento, por exemplo, Maria Helena Diniz, para quem o direito subjetivo seria uma “*permissão que tem o sujeito de agir conforme o direito objetivo*”⁷, ou ainda, a “*autorização para exigir, por meio dos órgãos competentes do poder público ou por meio de processos legais (...) o cumprimento da norma infringida (...)*”⁸. Também sem fugir dessa linha de raciocínio ensina Francisco Amaral que “*direito subjetivo é o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento*”⁹.

Porém, esses exemplos não trazem diferenciação entre direito subjetivo, pretensão e poder formativo. Essa diferença parece ser relevantíssima para a compreensão do direito de ação, como adiante trataremos.

Mais bem delineada definição traz o insigne Pontes de Miranda:

6 SILVA, Ovídio Baptista da. *Op cit.* P. 75.

7 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria geral do direito civil*. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 13.

8 *Idem.* p. 10.

9 AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p 188.

Rigorosamente, o direito subjetivo foi abstração, a que sutilmente se chegou, após o exame da eficácia dos fatos jurídicos criadores de direitos. A regra jurídica é objetiva e incide nos fatos; o suporte fático torna-se fato jurídico. O que, para alguém, determinadamente, dessa ocorrência emana, de vantajoso, é direito, já aqui subjetivo, porque se observa do lado desse alguém, que é titular dele¹⁰.

Porém, para a proposta desse capítulo (e do trabalho como um todo), a melhor definição de direito subjetivo, ao nosso ver, vem de Giuseppe Lumia e Alcides Tomasetti Júnior¹¹. Para explicar a figura da *relação jurídica* os autores lançam-mão do conceito de *posições jurídicas subjetivas elementares* que detêm os sujeitos em uma relação jurídica.

Cada posição elementar ativa de titularidade de um sujeito teria sua correspondente posição elementar passiva no outro sujeito da relação jurídica. As posições elementares correlatas seriam iguais em conteúdo, mas com sinais opostos¹².

Como exemplo de posição elementar podemos citar a *pretensão*. Se o sujeito A da relação jurídica for titular de uma *pretensão*, o sujeito B, do outro pólo da relação, assumirá a correspondente passiva da *pretensão*, ou seja o *dever específico* de prestar.

Haveria, além da pretensão, outras posições jurídicas elementares entre os sujeitos da relação jurídica: a *faculdade*, correlata à *falta de pretensão*; o *poder formativo* (mais conhecido na doutrina como 'direito potestativo') correlato à *sujeição*; a *imunidade* correlata à *falta de poder*. E também os *ônus*, que surgiriam “do encontro de uma faculdade e de uma sujeição”¹³.

Assim, segundo os autores, da combinação entre essas diversas figuras jurídicas elementares surgiriam situações jurídicas complexas. Uma dessas combinações seria o *direito subjetivo*.

Dessa forma:

10 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1998, p 48.

11 TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. *A relação jurídica*. Tradução, com adaptações e modificações de G. Lumia. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffré, 1981 (mimeo).

12 Idem. P.09

13 Idem. P. 14.

O direito (em sentido) subjetivo apresenta-se como um complexo unitário (e unificante) de posições jurídicas subjetivas ativas elementares; indica um conjunto de faculdades, pretensões, poderes formativos e imunidades, que se acham em coligação habitual e constante, sob a titularidade de um determinado sujeito, relativamente a um determinado objeto¹⁴.

Portanto,

(...) a figura jurídica do DIREITO em sentido SUBJETIVO responde substancialmente a uma exigência de economia mental; não é mais do que uma fórmula abreviada (...) uma constelação de posições jurídicas elementares (...) O Direito subjetivo se identifica com a totalidade das posições jurídicas ativas elementares que o constituem, e nelas se resolve sem nenhum resíduo¹⁵.

O direito subjetivo seria, então, uma síntese, um conjunto de posições jurídicas ativas de um sujeito no interior de uma relação jurídica.

Porém, não podemos olvidar o papel que a regra jurídica objetiva exerce na configuração do direito subjetivo. Lumia e Tomasetti Júnior destacam que “o direito subjetivo é atribuído pelo ordenamento jurídico a um titular no momento em que um interesse deste último é julgado particularmente merecedor de proteção”¹⁶. Assim, o interesse é tutelado pelo ordenamento jurídico. Sem a sua tutela não há direito subjetivo, que tem como pressuposto a tutela do direito objetivo, da regra jurídica geral e abstrata. Somente após a incidência dela surgirá o direito subjetivo¹⁷.

Essa leitura do consagrado instituto do direito subjetivo, entendemos, possui a virtude de revelar sua complexidade, não resumindo-o a um mero interesse, mas a um complexo unitário.

Como veremos ao final deste trabalho, o direito de ação também é um *complexo unitário* de posições ativas, todas elas passíveis de abuso.

14 Idem, P. 09

15 Idem. p. 9

16 Idem. p. 12

17 PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações. Op Cit.* p. 48.

Isto posto, numa perspectiva dinâmica, passemos ao próximo, como chamou Ovídio Baptista da Silva, “*momento do direito*”¹⁸: a pretensão.

2.2- Pretensão.

Para a compreensão total do conceito de “direito de ação” é importante a análise do que a doutrina chama de *pretensão*. Para Pontes de Miranda “*pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa*”¹⁹.

Partamos de uma premissa básica: o titular de um direito subjetivo pode ou não exercê-lo. Por exemplo, o titular de um crédito não vencido tem um direito subjetivo; um interesse protegido pela norma jurídica, mas ainda não pode exigir do devedor aquele crédito, até que advenha o seu termo. Até lá, ele é titular de um direito, mas nada poderá fazer para receber a prestação, só lhe restando esperar o termo ou o cumprimento voluntário por parte do obrigado²⁰.

Daqui já podemos tirar uma primeira conclusão: “*a existência do direito subjetivo não implica necessariamente a idéia de seu exercício*”²¹. O direito subjetivo só pode ser exercido a partir do momento em que pode ser *exigido*. É justamente a essa possibilidade ou faculdade de exigir um dever que dá-se o nome de pretensão.

Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva:

No momento em que ocorrer o vencimento, nascer-me-á uma nova faculdade de que meu direito subjetivo passará a dispor, qual seja o *poder exigir* que o devedor preste, satisfaça, cumpra a obrigação. Nesse momento, diz-se que o direito subjetivo – que já existia embora se mantivesse em estado de latência – adquire dinamismo, ganhando uma nova potência a que se dá o nome de *pretensão*²².

18 SILVA, Ovídio Baptista. Op Cit. p. 89.

19 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1977. p. 451.

20 SILVA. Op. Cit. p. 89.

21 Idem. Op cit. p. 78.

22 Idem. Ibidem.

A separação entre os conceitos de *pretensão* e *direito subjetivo* fica ainda mais nítida quando analisamos o instituto da prescrição. A prescrição tem a eficácia de encobrir a pretensão pelo seu não exercício efetivo durante certo lapso de tempo, mas não encobre o direito.

O “direito prescrito” continua existindo, porém, o ordenamento jurídico não mais reconhece, ao seu titular, o poder de exigí-lo. É por este motivo que o pagamento de dívida prescrita não configura pagamento indevido. Não é “indevido” porque o direito nunca deixou de existir, conforme art. 880 do Código Civil “*Fica isento de restituir pagamento indevido aquele que (...) deixou prescrever a pretensão*”²³.

Nem todos os direitos, no entanto, são dotados de pretensão. Pontes de Miranda já alertava para os direitos mutilados ou direitos sem pretensão²⁴, também conhecidos como 'obrigações naturais', entre as quais se inclui a dívida de jogo lícito. As obrigações naturais, assim como as prescritas, não são exigíveis, mas ao contrário destas, elas nunca tiveram exigibilidade. Já nasceram sem pretensão. Por isso a denominação “mutiladas”.²⁵

Assim, podemos compreender o motivo pelo qual aquelas definições expostas no item 2.1 *supra* nos parecem insuficientes. “Permissão para agir” ou “poder de agir” não podem referir-se a Direito Subjetivo, pois esse é categoria estática, e, como vimos, pode existir em casos em que não há permissão para agir, e muito menos poder de agir, como é o caso das obrigações prescritas e das obrigações naturais.

Também são direitos sem pretensão, os chamados direitos potestativos, que conferem a seu titular somente uma faculdade de produzir determinado efeito jurídico, não se reclamando nenhuma prestação do outro sujeito da relação²⁶. A este só resta sujeitar-se. Como exemplo de direitos potestativos podemos citar a renúncia ao mandato (art. 622, I, Código Civil). Ao mandatário,

23 *Idem. Et. Ali.*

24 PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. Op. Cit. p. 451.

25 Entre as obrigações naturais, conforme é possível incluir as dívidas de jogo ou aposta, conforme o art. 814 do Código Civil, que preceitua “*Art. 814: As dívidas de jogo ou aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito*”.

26 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

nesse caso, só resta sujeitar-se à conduta do mandante, que renuncia ao mandato, extinguindo a relação jurídica.

Mas, voltemos ao direito subjetivo. A pretensão é, assim, um segundo momento do direito subjetivo, um momento no qual o titular daquele pode exigir a satisfação. No entanto, “a pretensão ainda é uma potência, uma mera potencialidade de que o direito subjetivo se reveste, não implicando a idéia de exercício efetivo da pretensão (...)”²⁷.

Ainda que o titular da pretensão efetivamente exija do obrigado o cumprimento da obrigação e da regra jurídica, interpelando-o, ele ainda depende da boa vontade deste para atingir seu objetivo.

A partir do momento em que o titular da pretensão age para que, independentemente da vontade do obrigado, sua pretensão seja satisfeita, estamos falando da *ação de direito material*²⁸, o terceiro momento do direito subjetivo. Esse é o objeto do próximo subcapítulo.

2.3– Ação de Direito Material e Ação de Direito Processual.

Muitos doutrinadores discordam da existência da ação de direito material na estrutura estatal contemporânea e da relevância prática de seu estudo²⁹³⁰. Partimos da posição, porém, de que o estudo do instituto da ação de direito material é de crucial importância para o entendimento do “direito de ação processual”. Fundamentaremos nossa posição a partir das obras de Ovídio Baptista da Silva e Pontes de Miranda.

Vimos que o titular da pretensão exige do obrigado a prestação que lhe é devida. Porém, enquanto exige depende, ainda, da conduta voluntária do

27 SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso...* p. 78.

28 Idem. *Ibidem*.

29 Tal posicionamento encontramos na obra de RIZZO AMARAL, Guilherme. *A Polêmica em torno da “Ação de Direito Material”*. In: CARDOSO MACHADO, Fábio; RIZZO AMARAL, Guilherme (org.) *Polêmica Sobre a Ação*. Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2006.

30 Interessante é a conclusão a que chega este autor. Diz ele às fls. 127 da citada obra: “Inexiste ação de direito material fora das hipóteses (raríssimas, aliás) previstas em lei. O que há, no máximo, são pretensões que, uma vez resistidas, geram o *interesse* na busca da tutela jurisdicional. E a busca da tutela jurisdicional estatal se dá com a *ação processual*, que ensejará o emprego, pelo juiz, de diferentes técnicas de tutela jurisdicional, de acordo com as necessidades e peculiaridades do direito subjetivo material tutelado e do caso concreto”.

obrigado para obter a almejada prestação. A interpelação extrajudicial, por exemplo, não configura exercício da ação, é uma das facetas que assume a exigibilidade (pretensão), por ainda depender do cumprimento voluntário do obrigado.

A partir do momento em que o titular da pretensão busca a prestação independentemente da vontade do obrigado, ou até contra a sua vontade, passamos da mera exigibilidade para a efetiva ação. Assim, “a ação de direito material é, pois, o exercício do próprio direito por ato de seu titular, independentemente de qualquer atividade do obrigado³¹”. Porém, aqui, ainda estamos no plano do direito material. A jurisdição ainda não foi invocada, não há atividade processual, por isto se fala “ação de direito material”.

Ocorre que, no estado de direito ocidental contemporâneo, o exercício da ação privada, na maioria dos casos, não é permitido, em virtude da proibição da autotutela, ou exercício arbitrário das próprias razões. O Estado moderno foi consolidando paulatinamente o monopólio da jurisdição em suas mãos e, ao mesmo tempo, vedando a realização privada dos direitos.

Foi assim que a ação de direito material foi sendo exercida somente com a invocação da jurisdição, salvo raríssimos casos, como o da manutenção legítima da posse, contido no parágrafo único do art. 1210³² do Código Civil, e o do penhor legal do art. 1467³³ do mesmo *codice*.

No mais dos casos é vedada a autotutela, sendo, inclusive, previsto crime no Código Penal brasileiro, art. 345, que dispõe: “*Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena detenção de 15 (quinze dias) a 1 (um) mês*”.

Ao vedar a autotutela, o Estado viu-se obrigado, logicamente, a substituí-la, sob pena de não realizar o direito que ele, o próprio Estado, criou.

31 SILVA, Ovídio Baptista *da. Op Cit.* p. 82.

32 Art.1210 § 1 O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

33 Art. 1.467. São credores pignoratícios, independentemente de convenção:

I - os hospedeiros A, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito;

II - o dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guardando no mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas

Dessa forma, a ação de direito material foi substituída quase que totalmente pela “ação processual”³⁴.

“se o Estado me impedir de agir privadamente, ele próprio então há de me dar o sucedâneo jurisdicional, de modo que meu direito se realize por meio do juiz, cumprindo este a mesma atividade (ação) que o titular do direito poderia ter realizado privadamente”³⁵.

A “ação processual”, por sua vez, não se confunde com o *direito de acesso aos tribunais*. Como visto, o “direito” é uma categoria estática anterior à ação e à pretensão. Portanto, a chamada “ação processual” é, em verdade, o *exercício* efetivo daquele direito subjetivo público de acesso aos tribunais.

Coloquemos a questão em melhores termos. O titular do direito de acesso aos tribunais tem pretensão à tutela jurídica estatal. Ou seja, pode exigir do Estado que a preste. Porém, a mera exigibilidade aqui, no campo do direito processual, não surte efeito algum. Além de exigir a tutela jurídica, o titular do direito de ação também deve agir processualmente, seja demandando, contestando, impugnando provas e etc.. Ao fazer isso, o titular está, efetivamente, exercendo a “ação processual”. Está efetivamente agindo, para que seu direito à tutela jurídica seja satisfeito³⁶.

Mais uma vez, nos valem das lições de Ovídio Baptista da Silva.

Direito de acesso aos tribunais é uma coisa; o efetivo exercício desse direito (“ação”) é outra muito diferente. Há, todavia,

34 SILVA. Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Op. Cit. p. 89

35 Idem. *Ibidem*.

36 Nesse sentido Ovídio Baptista da Silva: “No plano do direito processual, todavia, o exercício da pretensão de tutela jurídica está condicionado não apenas à exigência formulada pelo interessado, por meio de um pedido dirigido ao juiz, mas, além de simplesmente exigir, terá o interessado de agir processualmente, em atividade simultânea à desenvolvida pelo Estado. Se a ordem jurídica se contentasse com a simples provocação da atividade jurisdicional, com a simples provocação da atividade jurisdicional, com o simples ‘exercício da pretensão’, enquanto exigência de tutela, deixando ao juiz toda atividade subsequente, teríamos a prestação da tutela jurisdicional mediante o simples exercício da pretensão. Todavia, não é isso que acontece. Em verdade, o autor (aquele que age), na relação processual, não só exige como, juntamente com o juiz, deve também ele exercer atividade, agindo para obter a prestação da tutela jurisdicional. A este ‘agir para obtê-la’ dá-se o nome de “ação processual”. Antes do julgamento de procedência, no entanto, a ação de direito material é apenas uma hipótese a ser ou não confirmada pela sentença”. (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Op Cit. p. 89).

uma diferença entre o que acontece no plano do direito material e aquilo que ocorre no processo. O exercício da pretensão, como simples exigência, não bastaria perante o direito processual, tal como poderia bastar no campo do direito material. O exercício da pretensão à tutela jurídica seria insuficiente. A quem pretenda obter tutela jurisdicional não basta exigir e esperar que o juiz sozinho aja por ele, tal como poderia ocorrer no campo do direito material com o exercício da pretensão. O direito processual exige mais, exige que o titular da pretensão de tutela jurídica formule sua exigência e, ao mesmo tempo, através do juiz, também ele efetivamente aja no sentido de obtê-la³⁷.

Desta maneira, distingue-se o *direito de acesso aos tribunais* da “ação processual”, pois esta é, na verdade, o exercício daquele.

Também nesse sentido vai Pontes de Miranda:

A ação exerce-se principalmente por meio de “ação”³⁸ (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou. A ação exerce-se, porém, de outros modos. Nem sempre é preciso ir-se contra o Estado para que ele, que prometeu a tutela jurídica, a preste; nem, portanto, estabelecer-se a relação jurídica processual, na qual o juiz haja de entregar, afinal, a prestação jurisdicional. A ação nada tem com a pretensão à tutela jurídica³⁹.

Justamente nesse ponto que travam-se as maiores discussões doutrinárias. Há os que afirmam que a ação processual extinguiu totalmente a ação de direito material⁴⁰, ou que o estudo desta seria irrelevante, há outros, no entanto, que, como Ovídio Baptista da Silva, crêem que ação de direito material ainda existe, mas é exercida através da ação processual.

Este trabalho não se propõe a discutir tal questão, o que demandaria ainda muitas laudas de discussão. Nos interessa tão somente a explicitação dos conceitos relacionados ao direito de ação, visando à delimitação do tema.

Em verdade, o que importa, no nosso caso, é a exposição de que a relação jurídica material, o direito, pretensão e ação, ainda no plano do direito

37 Idem. Op. cit. p. 88

38 Pontes de Miranda na obra “Tratado das Ações” usa aspas quando se refere à chamada “ação de direito processual”, e não as usa quando fala da ação de direito material. Também é interessante a denominação que o autor usa: fala de *ação em direito material* e *ação em direito processual*.

39 PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*. Op. Cit. p. 124.

40 Entre estes podemos citar Guilherme Rizzo Amaral que fundamenta sua crítica a Ovídio Baptista da Silva na obra de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “O problema da eficácia da sentença”.

material, são diversos do direito, pretensão e ação, no plano do direito processual. São direitos diferentes, sujeitos também a diferentes formas de *abuso*.

O abuso de direito de ação, a que o título do trabalho menciona, trata, na verdade, do abuso do direito de demandar, do abuso do direito de ação processual, ou ainda, do abuso do “direito de demanda”⁴¹. Tratamos dos conceitos de direito subjetivo, pretensão, ação de direito material e processual para bem demarcar o objeto da presente dissertação, e fugir das análises superficiais.

No mais, o objetivo deste capítulo é, também, demonstrar a independência entre os conceitos de direito subjetivo e ação. Hélio Tornaghi traz interessante lição sobre sobre essa independência:

Supor que só há direito onde existe ação é confundir o que é *de iure* com o que é *de facto*. Que na realidade de fato o direito se torne muitas vezes irrisório pela impossibilidade de pedir a proteção do Estado (isto é, de mover a ação) é algo que não se pode contestar. Mas que ele perca a força que tem de *iure*, que se descaracterize, é falso⁴².

E completa:

Demais, mesmo na ordem dos fatos, o direito não perde todo o seu vigor por não o amparar a ação, uma vez que como se disse, ele pode impor-se por via de exceção e impede a repetição do pago⁴³.

Não obstante, continuaremos no capítulo seguinte a examinar as principais correntes doutrinárias que lançaram-se no esforço de explicar e conceituar o direito de acesso aos tribunais.

41 Nesse ponto usamos a denominação dada por Jorge Americano, na notável obra “Abuso do Direito no Exercício da Demanda” da qual muito se falará adiante.

42 TORNAGHI, Hélio. Op. Cit. p. 244.

43 Idem. Pp.243.

3 – AS TEORIAS DA AÇÃO: Evolução doutrinária.

O conceito de direito de ação sofreu inúmeras mudanças desde o advento da modernidade. Várias teorias e correntes doutrinárias foram forjando-o como o conhecemos atualmente, como o “*direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada*”⁴⁴.

Exporemos desde as teorias elaboradas ainda no século XIX até as mais atuais, tendo por fim demonstrar a evolução do conceito do direito de ação.

Como logo veremos, o “direito de ação” (aqui processual) foi, ao longo dos dois últimos séculos, deixando de ser visto como parte da relação jurídica material, e, consolidando-se, pouco a pouco, como direito autônomo e público.

As primeiras explicações confundiram-no com a ação de direito material (como o fez a teoria civilista de que adiante se falará). Num segundo momento, a doutrina variou para um abstracionismo quase incondicionado, para, então, chegarmos nas teorias mistas ou ecléticas, como a defendida por Enrico Tullio Liebman, seguida quase que à risca pelo Código de Processo Civil de 1973.

Passemos ao exame delas, iniciando pela chamada *teoria civilista*.

3.1– Teoria Civilista da Ação.

O traço mais marcante da teoria civilista da ação, também conhecida como teoria imanentista, é a indistinção entre os planos material e processual. Essa corrente, cujo maior expoente foi Savigny, teve seu ápice na primeira metade do século XIX, mas, no Brasil, respingou em autores de épocas mais posteriores, como Clóvis Beviláqua e Jorge Americano.

44 NERI JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. P. 132.

A justificativa da corrente imanentista vinha basicamente da interpretação, feita na modernidade, dos textos privatistas romanos⁴⁵.

O direito romano não fazia distinções entre os planos material e processual, conforme lição do romanista germânico Max Kaser, que vale a pena ser transcrita:

Os Romanos (...) NÃO SEPARAM sistematicamente o DIREITO PRIVADO do DIREITO PROCESSUAL. Não têm uma designação própria para o Direito Processual Civil e, nas suas fontes, sobre tudo no Edicto do pretor, constam em paralelo e sem distinção disposições jurídico-privadas e processuais. Esta UNIDADE do Direito Privado e Direito Processual é também INTERNA, sendo comuns a ambas as áreas do direito certos conceitos fundamentais do Direito Romano, sobretudo o conceito central de **actio**, e também de **exceptio**. Os Romanos consideram cada um destes conceitos uma unidade; os significados distintos que hoje atribuímos à *actio* em âmbito processual (como 'acto procesual', 'acção') e privado (como 'pretensão'), são reflexões posteriores de que os Romanos só tiveram consciência em meros aspectos iniciais⁴⁶".(grifos no original)

Os autores partindo da pandectista alemã, no mais das vezes, fundamentavam sua posição na conhecida fórmula do jurista romano Celso para quem “a ação nada mais é do que o direito de alguém buscar em juízo o que lhe é devido”⁴⁷. O direito subjetivo e a ação faziam parte da mesma realidade, também por isso as ações romanas possuíam nomes que as ligavam à relação jurídica material invocada.

A ação, então, seria somente um dos vários aspectos que o direito subjetivo poderia assumir. Seria o próprio direito subjetivo em estado patológico, ou, o direito que ferido “se põe em pé de guerra”⁴⁸.

Se a ação decorria da violação do direito subjetivo era, logicamente, dirigida não ao Estado, mas ao outro sujeito da relação jurídica, o obrigado.

45 SILVA, Ovídio Baptista da. Op. Cit. p. 94.

46 KASER, Max. *Römisches Privatrecht*. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1992. HÄMMERLE, Ferdinand; RODRIGUES, Samuel (trad.) *Direito Privado Romano*. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1999. p. 427.

47 *Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeat, iudicio persequendi*. Enunciado citado nas já citadas obras de Helio Tornaghi, p. 244, Ovídio Baptista da Silva, p. 94, e também na obra MARINONI, Luís Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2 ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 162.

48 TORNAGUI. Op. Cit. p.244.

Como dissemos acima, a teoria civilista influenciou vários juristas brasileiros e entre eles o redator do Código Civil de 1916, já revogado, Clóvis Beviláqua, como se vê na redação do art. 75 daquele código, que, com clara influência da teoria civilista, dispunha: “*A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura*”. Transcrevemos seu comentário sobre o art. 75:

(...) a acção é parte constitutiva do direito subjetivo, pois é o próprio direito em atitude defensiva. Neste sentido, acção corresponde ao *Anspruch* do direito alemão.

A acção, elemento constitutivo do direito, tecido tegumentar, que protege a parte nuclear do interesse, desdobra-se em acção no sentido processual de *jus perseguendi in judicio quod nobis debetur*.⁴⁹

Também podemos citar como representante da corrente civilista da ação Jorge Americano, autor da importantíssima obra “Abuso do Direito no Exercício da Demanda”, publicada na década de 30 do século passado. Ele traz interessante observação sobre o direito de ação, *in verbis*:

“Ora, si o direito de acção depende da existência do direito material, si o direito se arma da acção para ir à guerra, si a acção representa o expoente que eleva a relação jurídica à segunda potência, não se compreende a acção sem um direito que a justifica, ao qual dê protecção, ou sirva de expoente. A ausência do valor exponenciado faz desaparecer o expoente”⁵⁰.

Logo percebe-se que para Americano o direito de ação é um momento dinâmico do direito subjetivo. Porém, e atentaremos para isso mais tarde, na mesma obra esse autor já dá sinais de abandono da teoria civilista quando afirma que se o direito de ação dependesse da existência do direito material não haveria explicação coerente para a existência da sentença que

49 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1977. p. 319.

50 AMERICANO, Jorge. *Abuso do Direito no Exercício da Demanda*. 2ª ed. muito melhorada. São Paulo: Saraiva & Comp. Editores, 1932. p. 65.

julga improcedente os pedidos do autor. Diz então que é necessário ao menos uma “*apparencia de direito*”⁵¹, fugindo, assim, dos dogmas da teoria civilista.

Ovídio Baptista da Silva faz interessante crítica afirmando que a teoria civilista da ação ao fundamentar-se na fórmula de Celso tratou tão-somente da ação de direito material, esquecendo-se da ação de direito processual. Mais uma vez, a lição do eminente processualista vale a pena ser transcrita:

Ora, definindo a denominada “teoria civilista” a “ação” processual como o direito de perseguir em juízo “o que nos é devido pelo obrigado”, confundiu e misturou duas realidades, ou seja, o exercício da pretensão de tutela jurídica estatal e a *ação de direito material*, que é o agir do titular do direito para obtenção “do que lhe é devido”, e, ao assim proceder, não teve como explicar os casos em que o agente houvesse promovido um processo sem ter direito, ou seja, ficou impossibilitada de explicar o fenômeno da ação improcedente, pois, evidentemente, em tal caso, a “ação” processual não teria sido o direito de perseguir em juízo “o que nos é devido” pelo obrigado.⁵² (destaques no original).

De qualquer forma, o uso da fórmula de Celso contribuiu para o abandono gradual da própria teoria civilista. Refletindo sobre a afirmação de que a ação “nada mais é” do que perseguir em juízo aquilo que nos é devido, temos a impressão de que a própria fórmula de Celso afirma o direito de ação processual, negando a ação de direito material.

Portanto, o maior legado da teoria civilista para a evolução conceitual do direito de ação foi o esclarecer que a ação privada está agora encoberta pela ação processual. Como ensina Luiz Guilherme Marinoni o uso da fórmula de Celso “*permitiu o esclarecimento de que a ação privada não mais existia, e então ‘nada mais era’ do que o direito de perseguir por intermédio do juiz*”⁵³.

Essa tendência exposta por Marinoni foi a culpada pelo abandono, nos dias de hoje, quase que total da noção de ação de direito material, como tratamos no capítulo 2 *supra*⁵⁴.

51 Idem. Ibidem.

52 SILVA, Ovídio Baptista da. Op Cit. p. 94.

53 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais. 2ª edição revista e atual., 2007. p. 162.

54 SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso*. Op. Cit. p. 95

3.2- A Polêmica entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther.

A teoria civilista da ação começou a ser abandonada quando a doutrina percebeu as diferenças substanciais existentes entre o direito privado moderno e o direito privado romano. Em 1856 teria início o famoso debate entre Windscheid e Muther em torno do conceito da *actio* romana e de seu correspondente moderno. A discussão tornar-se-ia um marco na evolução do conceito de ação.

Antes da polêmica a doutrina contentava-se com a definição de Celso, vendo a violação do direito subjetivo como pressuposto da ação.

A problemática inicia-se quando Windscheid demonstra na obra “*A actio do Direito Civil Romano do ponto de vista do direito moderno*” que o conceito dado à *actio* romana não pode ser usado igualmente para a ação do direito atual.

Para Windscheid nem mesmo os postulados da teoria civilista, que baseavam-se nos conceitos do Direito Romano, correspondiam ao verdadeiro significado dado à *actio* na antiguidade. Para os partidários da teoria civilista, a ação, e portanto a *actio* (pois para eles tratava-se da mesma coisa), tinha como pressuposto lógico a violação de um direito. É a isso que Windscheid faz a crítica, afirmando que existia a *actio* mesmo em casos em que o direito não fosse violado. “*Em outras palavras, o que Windscheid sustenta é que a todo direito existe uma ação, mas que a recíproca não é verdadeira, porque existem acciones que correspondem a nenhum direito*”⁵⁵. Segundo ele, em Roma a *actio* existia antes mesmo da violação, mas só depois dela tornava-se realizável, assim configurava-se como uma faculdade de invocar a tutela do direito em caso de violação, através de uma perseguição judiciária. Dessa forma, a *actio* romana aproxima-se da noção atual de *pretensão*⁵⁶.

A divergência principal, para Windscheid, entre o direito romano e o moderno estava no fato de que neste o centro do ordenamento jurídico está

55 TORNAGHI. Op. Cit. p. 246.

56 Idem. Ibidem.

nos direitos, e por isso, a ação nasce, segundo as teorias de sua época (civilistas), da violação do direito. A ação é, portanto, dependente e acessória do direito. Em Roma seria diferente. O núcleo do ordenamento seriam as pretensões, ou seja, a *actio*. “Para os modernos, o direito é o prius, a ação é o posterius; para os romanos, prius é, em câmbio, a *actio*, posterior é o direito”⁵⁷.

Windscheid, então, para dar coerência a sua tese, afirma que mesmo que não haja direito há a pretensão, há *actio*. O poder ou a faculdade de pedir em juízo, que seria em última análise a pretensão, é independente do direito material. Aqui vale citar Giovanni Pugliese:

“É verdade, se o conteúdo substancial da *actio* se transfundia na pretensão, em outras palavras, se a ação não compreendia já o poder de pedir em juízo o cumprimento do ato ou da omissão prescritos na norma substancial, formando este poder a essência da pretensão, era fácil deduzir dele o corolário de que na ação deveria se contemplar uma faculdade ou um poder absolutamente independente do direito subjetivo material e correspondente também a quem não tivesse direito algum.”⁵⁸.

Também Hélio Tornaghi faz precisa síntese a respeito da posição de Windscheid:

A pretensão existe, quer o direito tenha sido ferido, quer não, embora se manifeste mais eloqüentemente quando não satisfeita, isto é, quando ofendido o direito. O que aparece então é o Anspruch (pretensão, exigência), que os romanos denominavam *actio*⁵⁹.

57 PUGLIESE, Giovanni. IN: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la “actio”*. MANZHAF, Tomás. (trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America. 1974. pp. XXI. (tradução nossa).

58 Idem. P. XV. Tradução livre de: “*Es verdad, si el contenido sustancial de la actio se transfundía en la pretensión, en otros términos, si la acción no comprendía ya el poder de pedir em juicio el cumplimiento del acto o de la omisión prescritos por la norma sustancial, formando este poder la esencia de la pretension, era facil deducir de ello el corolario de que em la acción había de contemplarse una facultad o un poder absolutamente independnte del derecho subjetivo sustancial y correspondiente también a quien no tuviese derecho alguno*”

59 TORNAGUI, Hélio. Op Cit. p.246.

Dessa forma, se era possível pedir algo em juízo mesmo que não houvesse direito algum rompe-se um dos corolários básicos da teoria civilista. Surge assim, pela primeira vez vigorosamente⁶⁰ uma noção abstrata da ação. Interessante observação faz Pugliese quando afirma que as teorias abstratas posteriores, que adiante examinaremos, são conseqüências lógicas dos lineamentos de Windscheid.

Um ano após a publicação da obra de Windscheid, Muther lança a sua contestação, em 1857, sob o título “*Sobre a teoria da actio romana, do moderno direito de queixa, da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações*”.

Muther impugna, um a um, os principais argumentos de seu predecessor. À afirmação deste de que a *actio* era concedida pelo pretor mesmo a quem não tenha nenhum direito, Muther afirma que o direito é pressuposto da condenação e existe antes desta, ou antes de qualquer pronunciamento judicial. Desta feita, Muther inverte a ordem lógica estabelecida por Windscheid ao afirmar que o direito é antecessor da *actio*. A *actio* era prometida pelo Pretor nos casos em que o direito, aqui subjetivo e previsto pelo *jus civile*, fosse violado. Bem assim, inverteu a noção de Windscheid. A *actio*, agora, não é mais *prius* é *posterius*⁶¹.

Ainda assim, a *actio*, para Muther, não era um direito a um novo comportamento do obrigado, também não era um *plus* anexo ao direito subjetivo, e nem mesmo uma pretensão, como entendeu Windscheid. Para aquele autor a *actio* era o direito à tutela jurisdicional, ou melhor, o direito à edição de um fórmula judicial, que seria dada pelo magistrado.

“Para Muther, a ação não era, pois, um apêndice ou um complemento do direito subjetivo nem o novo direito a um comportamento do adversário surgido da violação de um direito precedente, nem, finalmente, o equivalente romano da pretensão no sentido de Windscheid, sem o direito à tutela jurisdicional”⁶².

60 Aqui não queremos dizer que antes das polêmicas não havia teorizações acerca da ação abstrata, mas somente que com Windscheid que elas tomaram força. O próprio Giovanni Pugliese, na obra citada, traz alguns autores que já haviam a ação em perspectiva abstrata.

61 TORNAGUI, Hélio. Op Cit. p. 247.

62 PUGLIESE, Giovanni. Op cit. p. XXXIII Tradução livre de: “*Para Muther, la actio no era, pues, un apéndice o un complemento del derecho subjetivo ni el nuevo derecho a un comportamiento del adversario surgido de la violación de un derecho precedente, ni, finalmente, el equivalente romano de la pretensión en el sentido de Windscheid, sino el derecho a la tutela judicial*”.

A *actio* enquanto direito à liberação de uma “fórmula”, ou, “preceito”, revela, partindo de Muther, a independência entre os conceitos de ação e direito subjetivo. Ainda, para Muther, para o sujeito que detém o direito à concessão do preceito (ou da fórmula), deve haver necessariamente um direito subjetivo. O direito subjetivo seria então o fundamento ao direito de liberação da fórmula.

O ponto mais importante da teorização de Muther reside na pergunta: se a ação consiste no direito à liberação de uma fórmula, quem seria, então, o correspondente obrigado em relação a este direito? A resposta é o Pretor, ou o Estado⁶³.

Surge assim a noção de que o titular da *actio* possui um direito frente ao Estado, e este, por sua vez, possui um direito frente ao obrigado da relação jurídica substancial de fazer cumprir o direito subjetivo do autor, restabelecendo a ordem jurídica social⁶⁴. Seriam, então, dois direitos de natureza pública.

O Estado obriga-se, a partir da vedação da autotutela, a ouvir a queixa do cidadão. Esse, para Muther, é o primeiro direito público. O segundo direito público decorre do poder do Estado de impor aos cidadãos o respeito à ordem jurídica.

Talvez seja este, a grande contribuição de Muther para a doutrina processual, como afirma Pugliese.

“A Muther se deve reconhecer, sem embargo, o mérito de haver chamado a atenção dos juristas, melhor do que Hasse, sobre as relações entre as partes e o Estado ou o órgão jurisdicional, de forma a contribuir decisivamente ao progresso dos estudos processuais.”⁶⁵.

63 TORNAGUI, Hélio. Op. Cit. p. 247.

64 PUGLIESE. Op. Cit. p. XXXIII

65 Idem. p. XXXVI. Tradução livre de: “A Muther se le debe reconocer, sin embargo, el mérito de haber llamado la atención de los juristas, mejor de lo que lo hubiese logrado Hasse, sobre las relaciones entre las partes y el Estado o el órgano jurisdicional, em forma de contribuir de modo decisivo al progreso de los estudios procesales”.

O mais importante aqui é atentar para o fato de que o direito surgido da relação jurídica material não corresponde ao direito surgido na relação entre cidadão que se queixa e Estado. “*Há portanto, dois direitos totalmente diversos, dos quais um é pressuposto do outro, mas que pertencem a esferas diferentes, pois que o primeiro é privado e o outro é público*”⁶⁶.

A estas afirmativas Windscheid ainda fez um tréplica atacando as afirmações de Muther, principalmente a de que há um direito da parte contra o Estado e do Estado contra o obrigado. Afirmou Windscheid que, se essa teoria fosse a correta, não haveria a quem dirigir uma reclamação caso o Pretor se recusasse a conceder esse direito. Então não se trataria de um verdadeiro direito. Explica ainda, que os romanos usavam a palavra *actio* no lugar da palavra “direito” devido à grande independência do Pretor na formulação da regra jurídica concreta no direito romano. Finalmente afirma que *actio* indica um fato e não um direito, como queria Muther⁶⁷.

A polêmica entre Windscheid e Muther apesar de tratar basicamente do direito romano, deixou os fundamentos para os futuros juristas chegarem aos conceitos atuais de ação.

O maior legado da polêmica foi, portanto, o rompimento da doutrina com a fórmula de Celso e com as concepções imanentistas, revelando-se assim a importância da participação do Estado na relação jurídica processual⁶⁸.

3.3 – A corrente abstrata.

Com o caminho para a discussão aberto pela polêmica entre Windscheid e Muther seguiram-se várias teorizações acerca do direito de ação. Agora não mais se falava em direito romano, ou na fórmula de Celso, mas atentava-se para o papel do Estado na relação jurídica processual.

O jurista que sintetizou a noção de direito abstrato de ação foi Degenkolb, em 1877, com a obra “*O ingresso forçado (em juízo) e Norma*

66 TORNAGHI. Op. Cit. p. 258.

67 Idem. Ibidem.

68 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. Op. Cit. p. 166.

Judicial”, para quem “A capacidade de demandar nunca ou jamais é idêntica à pretensão material, ao direito material”⁶⁹.

Para os partidários da corrente abstrata não haveria correlação entre o direito de queixa e o direito material. O direito de ação seria, então, público, abstrato e autônomo.

Abstrato “*porquanto se dirige a obter sentença, independentemente de o peticionário ter ou não um direito subjetivo privado*”⁷⁰. Autônomo, pois não dependeria de outro direito para seu exercício.

Não era necessário ter direito (material) para exercer a ação. Somente o direito subjetivo público de demandar era suficiente para que se fosse a juízo. Todos teriam a titularidade desse direito subjetivo público, até mesmo os que não o exercitassem. A demanda seria, na verdade, o exercício de um direito anterior, o direito público subjetivo de ação.

Dessa forma, a teoria respondeu às indagações quanto à demanda julgada improcedente no mérito. “*Tanto aquele que tiver sua demanda declarada procedente quanto o outro que propusera 'ação' julgada improcedente eram igualmente titulares de um idêntico direito subjetivo público*”⁷¹. A figura do obrigado desse direito subjetivo público era o Estado, a quem era imposta a obrigação de prestar jurisdição.

A crítica a essa corrente concentrou-se na afirmação de que ela confundiu o direito de ação com o “direito de petição”, este sim público, incondicionado e abstrato, que, em nosso sistema constitucional, por exemplo, se encontra no art. 5º, inc. XXXIV.

Tentando responder a essas críticas a doutrina foi abandonando a corrente abstrata, e criando, ainda que timidamente, condições para a existência do direito de ação. Essas condições seriam requisitos prévios que dariam legitimidade ao direito de ação. O próprio Dagenkolb, dando um passo atrás, já havia condicionado a existência do direito de ação abstrato à existência de boa-fé do peticionário⁷².

69 DEGENKOLB, Einlassungszwang und Urteilsnorm. *Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen, insbesondere der Anerkennungsklagen*. Apud: MARINONI, Luiz Guilherme. Op Cit. p. 167.

70 ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.110.

71 SILVA. Ovídio Baptista da. Op Cit. p. 98.

72 SILVA. Ovídio Baptista da. Op Cit. p. 98

De qualquer modo, a partir da negação da teoria abstrata surgiram as bases do que seria chamado de “condições da ação”.

3.4 – Adolph Wach.

Após⁷³ as teorias abstratas o jurista alemão Adolph Wach lança sua tese sobre o direito de ação, apoiado nas teorizações de Muther. Para este, conforme expusemos, com a demanda judicial o Estado estaria duplamente obrigado. De um lado seria obrigado a apreciá-la e de outro a impor à comunidade a ordem jurídica. É nessa idéia que Wach se apóia para a formulação de seu conceito.

O direito subjetivo à tutela jurisdicional se voltaria contra o Estado e, simultaneamente, contra o adversário. Mais precisamente, como destaca Marinoni: “*Wach distinguia a pretensão à tutela jurídica da pretensão à sentença, sendo a primeira devida a uma das partes e a segunda a ambas*”⁷⁴. Aqui nota-se claramente a influência de Muther.

Não háveria correlação entre o direito de ação e o direito material. Nesse sentido leciona Zanzucchi sobre Wach:

Con la domanda giudiziale sorge questo e non altro obbligo del giudice, l'obbligo del giudice di provvedere in modo favorevole o contrario, non l'obbligo del giudice di provvedere in un dato modo. Questo obbligo nasce sia o non sia fondata la domanda. Che se invece l'azione veramente se ritenesse spettare solo a chi presenta una domanda fondata, a chi há ragione, si verrebbe ancora una volta ad identificare l'azione com il diritto materiale⁷⁵.

Wach fundamenta a autonomia do direito de ação citando o caso das ações declaratórias negativas, nas quais não se busca o adimplemento de uma obrigação⁷⁶. Além disso, nas ações declaratórias improcedentes, o juiz

73 Cronologicamente a teoria de Wach é anterior à de Degenkolb. Mantivemos essa ordem de exposição pois assim o faz a maioria da doutrina pesquisada.

74 MARINONI, OP. Cit. p. 169.

75 ZANZUCCHI. Op Cit. p. 53.

76 ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*. v 1. Milano: Giuffrè, 1947.

declarava que nada era devido por ninguém. Portanto, haveria a prestação jurisdicional sem nenhuma correlação com o direito material em discussão⁷⁷.

No entanto, reconhece o autor, embora o direito de ação fosse autônomo, por não decorrer do direito material, para sua configuração seria necessário que seu titular possuísse um interesse real para justificar sua pretensão. Seria um interesse *real e não imaginário*⁷⁸. Esse interesse seria um elemento de conexão entre o direito processual e o direito material. Justamente por isso é que a teoria de Wach ficou conhecida como *teoria concreta da ação*.

O *interesse* seria o embrião das condições da ação, mais tarde consagradas pela teoria eclética. Nesse sentido:

Disso resulta haver Wach imposto três condições para a ação, a saber: a) a existência de um direito violado ou ameaçado de violação, sob pena de não haver legítimo interesse, que deveria ser real, e não imaginário; b) a legitimação, ou seja, a necessidade de que o direito violado ou ameaçado fosse próprio; c) a possibilidade jurídica do pedido, ou a adequação do direito ao ordenamento jurídico concreto, materializado em fatos-tipo previamente determinados⁷⁹.

A verdadeira tutela jurídica só seria concedida àquele que tivessem razão segundo as regras de direito material. Contudo, ambos os litigantes teriam pretensão (decorrente de um direito) à sentença.

Dessa forma, mais uma vez nega-se a corrente imanentista. Mas agora, com Wach, ressalta-se ainda mais o papel do Estado no processo, e na relação jurídica processual⁸⁰.

Também é importante notar que a fundamentação de Wach sobre a ação declaratória é muito útil na distinção, já tratada acima, entre ação de direito material e ação processual. O caso da ação declaratória deixa claro a discriminação entre os conceitos.

77 MARINONI, L. G. *Teoria Geral do Processo*. Op. Cit. Pp. 169.

78 TORNAGHI, Hélio. Op Cit. p. 273.

79 GOMES, Flávio; SILVA, Ovídio Baptista da. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.104-105.

80 Zanzucchi destaca a influência de Bülow na teoria de Wach. Bülow foi o precursor da noção de haveria no processo uma verdadeira relação jurídica, entre as partes e o juiz. Uma relação jurídica triangular.

3.5- Ação como Direito Potestativo.

No capítulo anterior já tratamos, rapidamente, do conceito de 'direito potestativo'. Aproximamo-nos da idéia de que é o direito que não impõe ao sujeito passivo uma obrigação ou uma prestação, mas mera sujeição, de forma que a posição subjetiva de seu titular assemelha-se a um poder⁸¹.

Alguns processualistas sustentaram ser o direito de ação um direito potestativo. Entre eles o que atingiu maior notoriedade foi Giuseppe Chiovenda.

Esse autor criou uma espécie de terceira via para a explicação da natureza do direito de ação. Para ele, trataria-se de um direito autônomo, embora não necessariamente de um direito público.

Seria a ação “um direito contra o adversário, consistente no poder de produzir face a ele o efeito jurídico da atuação da lei”⁸². Não teria o direito de ação o Estado como obrigado, como queria Muther, Wach e tantos outros. Na verdade o direito de ação seria uma faculdade do autor, confirmada pela sentença, de fazer atuar a vontade da lei contra o adversário. A este não era dada nenhuma obrigação, podia somente sujeitar-se àquele poder.

Com essa explicação, Chiovenda responde aos questionamentos acerca da ação declaratória. Também nesse caso o 'perdedor' somente pode sujeitar-se à aplicação da lei imposta pelo magistrado⁸³.

Além disso, para Chiovenda o direito de ação poderia ter tanto natureza pública quanto privada, mas isso seria determinado pelo “*conteúdo substancial do direito material trazido à juízo*”⁸⁴. De qualquer forma, público ou privado, seria um direito potestativo.

Essa teoria, contudo, não ficou imune às críticas. Entre as quais a de Zanzucchi, para quem Chiovenda não explicou satisfatoriamente o papel do juiz neste 'direito potestativo', não revelando o real papel do Estado na questão. *In verbis*:

81 GOMES, Orlando. Op Cit.

82 CHIOVENDA, Giuseppe. *L'azione nel sistema dei diritti*. Apud. MARINONI. Op. Cit. p. 170. “*noi concepiamo l'azione appunto come un diritto contro l'avversario, consistente nel potere di produrre di fronte a questo l'effetto giuridico della attuazione della legge*”.

83 MARINONI. *Teoria Geral do Processo*. Op. Cit. p. 171.

84 ZANZUCCHI. Op. Cit. p 55. (tradução nossa).

“Além disso, a obrigação do juízo de prestar sua atividade jurisdicional não é somente um dever interno de ofício ou institucional do juízo face ao Estado, mas uma obrigação do juízo, de quem é invocada a atividade, vez que foi necessária a proposição da demanda judicial e que, propondo-a, se transforma concreta e atual aquela obrigação genérica e potencial que o Estado assumiu de dar em troca justiça, face à proibição da justiça privada.⁸⁵”

É possível dizer que Chiovenda ao mencionar a figura da sujeição do obrigado (da relação jurídica material) tenha aproximado-se da noção da 'ação de direito material' da qual já falamos. Nessa toada, afastou-se da noção histórica da monopolização da jurisdição pelo Estado, como bem lembrou Marco Zanzucchi, no trecho supra-citado.

3.6 – A teoria Eclética: a contribuição de Liebman.

Após os intensos debates acerca do conceito de direito de ação, vem à lume, em 1949, a proposição de Enrico Tullio Liebman, também conhecida como “*teoria eclética da ação*”. Essa viria a transformar-se na mais influente do direito brasileiro, sendo seguida, em certos pontos, fielmente pelo nosso Código de Processo Civil de 1973.

Liebman divulgou suas idéias na famosa prolusão lida na Universidade de Turim, em 24 de novembro de 1949, cujo título era “*L'azione nella teoria del processo civile*”. Nesse trabalho acusou seus antecessores de realizarem análises parciais na conceituação da ação, o que os teria levado a resultados inaceitáveis e incompletos.

Para Liebman as teorias imanentistas e as que viam a ação como direito potestativo analisaram o problema somente do ponto de vista do autor,

85 Idem. p. 55 “ *Inoltre l'obbligo del giudice di prestare la sua attività giurisdizionale non è solo un dovere interno di ufficio o istituzionale del giudice verso lo Stato, ma un obbligo del giudice, di cui si è invocata l'attività, verso chi all'uopo ha proposta la domanda giudiziale e che, proponendola, ha reso concreto e attuale quell'obbligo generico e potenziale che lo Stato si è assunto di render giustizia, col porre il divieto della difesa privata*”.

já as teorias que verteram para o abstratismo, por sua vez, apenas do ponto de vista estatal ou do juiz.

Liebman propõe então uma análise 'imparcial' partindo da premissa de que a característica essencial da ação é relação entre a iniciativa do particular e o exercício da jurisdição, esta exercida por um sujeito ativo e essencial para a vida do processo: o juiz. O demandante usaria a ação como um instrumento para conseguir certo efeito jurídico em relação à outra parte. Porém, e aqui está a primeira grande premissa liebmaniana, somente só seria autorizada a concessão desse efeito jurídico ao juiz e a mais ninguém. Seria indispensável a figura da jurisdição personificada no juiz. Este não poderia ser visto como uma máquina que “certamente dará o resultado previsto e pretendido pelo demandante”, como queriam Chiovenda e os concretistas⁸⁶.

É com o juiz e através dele que se chegará ao fim almejado. Dessa forma a ação possuiria natureza instrumental, sendo “*um direito ao meio não ao fim*”⁸⁷.

Direito ao meio e não ao fim por dois motivos, conclui Liebman: 1) a lei garante o direito ao cumprimento dos atos necessários para que seja dada a tutela jurídica, mas não garante o sucesso da demanda ao autor, o que fica a cargo do entendimento do juiz; 2) o Estado, ao vedar a autotutela, afirma que somente ele Estado pode impor a alguém o efeito jurídico pretendido pelo autor, e por isso não se poderia falar em ação dirigida diretamente ao réu, caso contrário cairíamos no imanentismo do “*direito que se deduz em juízo*”⁸⁸.

Seria, então, a ação um direito ao processo, ou um direito ao julgamento de mérito. O sucesso ou insucesso do autor nada teria a ver com o direito de ação. A decisão caberia, em última análise, à convicção formada pelo juiz. Assim, a ação não pertenceria à relação jurídica material, seria somente um instrumento.

A ação como *direito ao processo e ao julgamento do mérito*, não garante um resultado favorável no processo: esse resultado depende da convicção que o juiz formar sobre a procedência da demanda proposta (levando em consideração o

86 LIEBMAN. Enrico Tullio. *A Ação na Teoria do Processo Civil*. Prolusão no Curso de Processo civil, lida na Universidade de Torino em 24 de novembro de 1949

87 Liebman, na Prolusão. Aqui Liebman usa um brocardo enunciado por Francesco Carnelutti.

88 LIEBMAN. Enrico Tullio. *A Ação na Teoria do Processo Civil*. Op Cit.

direito e a situação de fato) e, por isso, poderá ser favorável ao autor ou ao réu⁸⁹.

Ação teria natureza sempre pública, pois dirigiria-se ao Estado, e conteúdo uniforme, que é o pedido ao órgão jurisdicional da tutela a um direito próprio (este sendo público ou privado, dependendo da relação material).

A teoria de Liebman ficou conhecida como “*teoria eclética*” por combinar elementos das várias correntes anteriores. Façamos então o caminho que esse autor fez até chegar à sua conclusão final, acima demonstrada.

Segundo Liebman, o poder de ir à juízo é uma garantia constitucional de todos os cidadãos, e decorre da própria instituição dos tribunais, que devem ouvir todo e qualquer cidadão em qualquer circunstância. Esse direito seria a base do direito de ação, um direito “*absolutamente genérico e indeterminado, inexaurível, e incosumível, não se ligando a qualquer situação concreta*”⁹⁰.

Aqui fica clara a presença das teorias abstratas. Porém, Liebman diz que apesar desse direito extremamente abstrato ser a base do direito de ação e seu “*pressuposto constitucional*”, ele de nada vale para o Direito Processual. *In verbis*, um trecho da prolusão:

Mas na sua (o poder de ir a juízo) extrema abstração e indeterminação, ele não possui relevância alguma na vida e no funcionamento prático do processo, porque, cabendo a todos e em qualquer circunstância, não permite distinguir um caso do outro, nem estabelecer uma ligação entre o processo e a *fattispecie* concreta pela qual ele é proposto⁹¹.

Para Liebman o direito de ação deveria ter como pressuposto, no mínimo, uma ligação com um caso concreto. O direito de ação, a despeito de fundar-se na garantia constitucional de acesso aos tribunais⁹², para que se configure como tal necessita estar conexo a um caso concreto.

89 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. DINAMARCO, Cândido Rangel (trad.) Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984. p. 151.

90 Idem. p 150.

91 LIEBMAN, E. T. *A ação na teoria do Processi Civil*. Op Cit.

92 Em nosso sistema constitucional no Art. 5º inciso XXXV da Constituição Federal.

O direito de ação, para Liebman, é abstrato, mas não é genérico. Deve referir-se a uma situação individualizada, tanto subjetiva, quanto objetivamente.

Assim, o demandante deve deduzir os próprios direitos em juízo, deve ter *legitimação para agir*; também deve, não obstante, possuir um interesse legítimo para que o direito de agir lhe seja concedido. Transcrevemos o pensamento de Liebman:

Assim, sabemos agora que no âmbito daqueles *todos*, referidos na segunda parte do art. 24⁹³, se encontram também aqueles que não tanto podem *propor* uma demanda qualquer, mas são titulares de um verdadeiro direito que, com referência a uma situação determinada e concreta, visa a obter um pronunciamento sobre essa demanda, para que ela seja julgada procedente ou improcedente, sendo com isso concedida ou negada a tutela jurídica⁹⁴.

Esse direito de que fala Liebman é o direito de ação, que se refere a uma situação concreta com partes, causa de pedir e pedidos individualizados, e que depende da legitimação para agir e do interesse para tal, ou seja, depende das condições da ação. Caso falte uma dessas condições diz-se que o demandante tem *carência da ação*. Portanto as condições da ação são requisitos para sua existência.

Por isso se fala em teoria eclética. De um lado temos o abstracionismo representado pela garantia constitucional, ou como prefere Liebman, *garantia cívica*, que têm os cidadãos de serem ouvidos pelos tribunais. E de outro temos o elemento concreto, vez que só existe ação se estiver conexas a um caso concreto.

Ressalte-se, no entanto, que o Código de Processo Civil brasileiro ainda refere-se a um terceira condição da ação, que seria a 'possibilidade jurídica do pedido'. Liebman mencionou-a na *Prolusione*, porém mais tarde acabou abandonando-a, incluindo-a no "*interesse de agir*". Mesmo assim nosso CPC manteve-a⁹⁵, no art. 267, inc. VI.

93 Aqui está referida o dispositivo da Constituição italiana equivalente ao inciso XXXV do art 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

94 LIEBMAN. *Manual...* Op Cit. p. 151.

Sendo a ação, como queria Liebman, um '*direito subjetivo instrumental*', qual seria o obrigado? A essa indagação aquele autor responde que apesar de tratar-se de um direito subjetivo a ação não configura a estrutura de uma relação jurídica obrigacional típica do direito das obrigações.

Isso porque aqui não há, como no direito das obrigações, a figura do obrigado, a quem é exigível uma prestação. A ação, segundo a concepção aqui em análise, seria dirigida ao Estado, mas esse não seria obrigado a uma prestação. O Estado prestaria a função jurisdicional ao detentor da ação não por estar obrigado, mas por ter, assim como o demandante, um interesse no processo, o de fazer valer o ordenamento jurídico material.

A ação e a jurisdição seriam tão interdependentes que sem uma a outra não poderia ocorrer. Por exemplo, numa demanda em que há falta das condições da ação, e não há, portanto, ação propriamente dita, o processo é extinto desde logo. Nesse caso, o pronunciamento do juiz que põe fim ao feito, não é verdadeiramente um ato jurisdicional, mas somente um ato do juiz em que ele exclui de plano as causas que não ostentam as condições para o exercício da jurisdição.

Na doutrina brasileira a teoria liebmaniana encontra fiéis de peso, entre eles Cândido Rangel Dinamarco. Para esse autor, assim como para Liebman, as condições da ação seriam verdadeiros pressupostos para a *existência* do direito de ação.

Mas Dinamarco vai além, afirma que o direito de ação é o direito ao processo. Portanto as condições da ação seriam, antes de tudo, condições para a existência de um direito ao processo⁹⁶.

Para dar coerência à sua concepção Dinamarco afirma que o processo se forma a partir do momento em que a petição inicial é entregue ao Poder Judiciário, mas faltando uma das condições da ação ele deve ser extinto o mais rapidamente possível. Assim sem as condições da ação, e por consequência, sem o direito à realização do processo o demandante não terá direito ao provimento jurisdicional nem à tutela, pois estes só se obtêm através da realização do processo.

95 Art. 267: Extingue-se o processo sem resolução do mérito: (...) VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

96 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores. p. 300.

Sem as condições da ação e portanto sem direito sequer à realização do processo, o portador de uma pretensão não terá direito ao *provimento de mérito*, porque este só se obtém mediante a realização do processo; nem terá *direito à tutela jurisdicional*, porque esta só se concede no processo e através do provimento ali gerado e afinal emitido pelo juiz⁹⁷.

Muito embora essa doutrina tenha seduzido muitos, inclusive juristas brasileiros, ela não ficou imune às críticas, que não foram poucas.

Entre elas podemos citar o magistério de Luiz Guilherme Marinoni. Sua crítica parte da idéia de Liebman de que haveria duas ações, uma de base constitucional, abstrata e genérica, e outra específica e individual, assentada no Código de Processo Civil.

Marinoni afirma, então, que o entendimento segundo o qual haveria duas ações limitaria muito o conteúdo do princípio constitucional do acesso à tutela jurisdicional. Para ele as condições da ação não podem ser encaradas como condições para existência do direito de ação, mas tão-somente como requisitos para a apreciação do pedido⁹⁸.

Isso porque, ainda para o autor, haveria casos em que as condições da ação confundiriam-se com o próprio mérito da demanda, e dá o exemplo das ações reivindicatórias:

Atente-se, entretanto, ao exemplo da ação em que o legitimado ativo deve ser o proprietário do imóvel. Se o juiz, após o desenrolar do processo – com a produção da prova e etc. - , chega à conclusão de que o autor não é o proprietário, deve ele extinguir o processo sem julgamento do mérito por falta de legitimidade para a causa ou julgar improcedente o pedido porque o autor não tem direito material?⁹⁹

E ainda:

97 DINAMARCO, Cândido Rangel. Op Cit. p. 300.

98 MARINONI. *Teoria Geral do Processo*. Op. Cit. p. 184.

99 Idem. p. 185.

Não há lógica e utilidade em admitir uma sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito ao final do processo, quando o juiz pode reconhecer que o autor não é o titular do direito material (legitimidade para causa?) ou que o autor não pode exigir o pagamento de uma dívida por ela não estar vencida (ausência de interesse de agir?)¹⁰⁰ (...)

Assim, não haveria argumento racional para que o juiz e as partes conduzissem o processo para que ao final, quando o magistrado têm todas as condições para o julgamento do mérito, o processo fosse extinto sem exame do mérito. As condições da ação só teriam alguma utilidade se ligadas à economia processual. Porém ao considerarmos a possibilidade de extinguir-se o processo já na fase decisória, esse argumento também não se sustentaria.

De qualquer forma, é inegável a contribuição de Liebman para a teoria do processo civil brasileiro.

3.7 – O legado das teorias.

Após todas as discussões acadêmicas e teóricas expostas chegamos ao ponto de indagarmos a utilidade de toda essa polêmica já secular. A que ou a quem teriam servido todas as teorias e abstrações? Teria sido todo esse esforço em vão? Num primeiro momento, a resposta aproximase do sim.

Talvez, como nos diz Ovídio Baptista da Silva, toda a discussão tenha sido um equívoco. Porém, como aquele autor ressalta, independentemente da utilidade das polêmicas criadas o fato é que toda a evolução conceitual aqui exposta seguiu um padrão: tentou demonstrar, de um lado, a inutilidade da noção civilista ou imanentista da ação tentando construir um conceito “abstrato de ação”, e, de outro lado, abandonando a noção de “ação de direito material”¹⁰¹. Isso levou à unificação do conceito de ação.

Se antes, na vigência da teoria imanentista, tínhamos várias ações, sendo cada uma correspondente a um tipo de pretensão material, agora, na

100 Idem, ibidem.

101 BAPTISTA DA SILVA. Ovídio. Op Cit. p. 110.

processualística contemporânea, temos uma única ação abstrata, por meio da qual são tutelados todos os direitos.

Por que e qual o resultado de tais proposições doutrinárias? A resposta é fácil. Se a ação processual é invariavelmente *abstrata*, ou seja, sem causa, dela dispendo tanto o autor que tenha razão quanto aquele que não a tenha, e desprezando-se o conceito de *ação de direito material* como um fenômeno estranho ao direito processual, não haveria por que conservarem-se as inúmeras “ações especiais”, de ritos diferentes. Se é verdade que, no plano do direito material, a cada direito corresponde uma ação que o assegura, perante o direito processual, todos os direitos só terão uma “ação”, que há de ser a ação *ordinária* e *plenária*, abolindo-se as ações especiais e sumárias¹⁰².

A criação dessa “ação” *una*, ainda para Ovídio Baptista, teve uma causa ideológica.

Com o surgimento da civilização moderna, os valores burgueses atingiram também o processo civil. A segurança jurídica ganhou destaque nessa nova estrutura social, a estabilidade nas relações jurídicas passou a ser especialmente importante para o funcionamento do sistema capitalista.

Nesse contexto, a “ação” *una* e *abstrata* ganhou destaque, em detrimento dos inúmeros processos sumários que correspondiam, cada um, a uma pretensão material.

Nesse sentido é válido, mais uma vez, transcrever o texto de Ovídio Baptista da Silva:

Na verdade, a teorização sobre o conceito de “ação processual” escondeu sempre a proposição ideológica básica que a alimentava, e que tinha por fim legitimar a *universalização do procedimento ordinário*, como a única forma de tutela processual compatível com os valores e padrões culturais da civilização moderna, ao mesmo tempo em que – com um único golpe – derrotava-se outro inimigo, contra o qual, na realidade, a luta se dirigia, quais sejam os *processos sumários*¹⁰³.

102 Idem. p. 110.

103 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Op.Cit. p.115.

Para o objeto de análise deste trabalho, o abuso do direito de ação, a noção de ação abstrata e una possui caráter relevantíssimo.

Se admitimos que qualquer pessoa pode ir a juízo e demandar qualquer matéria em face de qualquer pessoa, mesmo não sendo titular de direito material algum e apresentando teses jurídicas absurdas, não podemos ignorar a possibilidade do abuso do direito de ação.

Porém, antes de entrarmos nessa questão, examinaremos mais a fundo a configuração do direito de ação agora no direito positivo brasileiro.

4. O DIREITO DE AÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.

Após o exame das diferentes concepções do direito de ação na doutrina ao longo do tempo, partiremos agora para a análise do estágio atual do direito de ação na ordem jurídico/constitucional brasileira.

Primeiramente, no plano teórico, veremos a configuração atual do direito de ação à luz das categorias já estudadas de direito subjetivo, pretensão e ação.

Então passaremos à análise das implicações decorrentes da garantia constitucional do direito de ação, principalmente a partir da redação do inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Fecharemos este capítulo apresentando a concepção adotada pelo Código de Processo Civil de 1973, e legislação esparsa.

4.1 – Configuração teórica atual adotada.

Na tarefa de buscar um conceito capaz de explicar o fenômeno atual da ação no ordenamento jurídico brasileiro, mais uma vez nos valeremos do magistério de Ovídio Baptista da Silva.

Vimos no segundo capítulo deste trabalho os diferentes momentos do direito. Primeiramente o *direito subjetivo* ainda não exigível, estático e latente; a *pretensão*, enquanto possibilidade de exigir de outrem a satisfação da obrigação, porém ainda dependendo da conduta voluntária do obrigado; e a *ação* enquanto atividade do detentor do direito de busca da satisfação da obrigação independentemente de qualquer conduta do obrigado.

Essas categorias não podem ser deixadas de lado no exame do direito de ação processual.

Conforme vimos, há duas modalidades de ação: a ação de direito material, e a ação processual. Assim, se há duas formas de ação, sendo coerentes com o acima exposto, devemos admitir a existência de duas formas de pretensão e de direito subjetivo. Logo, também, a existência de duas relações jurídicas distintas: uma entre as partes, e outra entre as partes e o Estado-juiz.

Como aqui se trata da ação processual, temos que admitir a existência de um direito subjetivo e de uma pretensão também processuais. O direito subjetivo que dá origem à ação processual é, entre outros significados, o *direito de acesso aos tribunais*, e a *pretensão* relativa a esse direito é a pretensão à tutela jurisdicional adequada.

A confusão entre o direito de acesso aos tribunais (direito subjetivo) com o efetivo exercício desse direito (ação processual) é responsável por tantas divergências doutrinárias¹⁰⁴, como vimos na exposição das teorias.

O direito subjetivo de acesso aos tribunais é garantido a todos os cidadãos indistintamente, e é completamente desvinculado da relação jurídica trazida a juízo, até porque esta trata de um direito e de um fato jurídico diversos.

Dessa forma, até mesmo o legislador Constituinte confundiu os dois planos ao afirmar, no inciso XXXV, art. 5º, que “*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva:

Quando, porém, a Constituição, ou algum outro texto de direito público, afirma, querendo referir-se à garantia de acesso ao Poder Judiciário, que a lei assegura a *todos* o direito de serem ouvidos pelos tribunais, “em caso de lesão ou de ameaça de lesão do direito”, está a fazer afirmação incorreta: o direito de ser ouvido pelos tribunais é assegurado a todos indistintamente, tanto aos que tenham quanto aos que não tenham sofrido qualquer violação ou ameaça a seus direitos; e até mesmo àqueles que, não tendo direito algum, exijam que o Estado lhes preste tutela jurisdicional, ainda que seja para que o juiz os declare sem direito¹⁰⁵.

104 SILVA. Ovídio Baptista da. Op. Cit. p. 86: “Grande parte das divergências existentes na doutrina processual a respeito do conceito de “ação” resulta da indevida equiparação entre o direito público subjetivo de acesso aos tribunais e o exercício desse direito, por meio da “ação”.

105 Idem, Ibidem.

Essas palavras sintetizam o direito de ação, enquanto entidade estática. Ressalte-se aqui a sinonímia entre os conceitos de *direito de ação* e de *direito de acesso aos tribunais*. Porém, conforme expusemos algumas páginas acima, o direito de acesso aos tribunais (direito de ação) não configura a ação propriamente. Esta é o efetivo exercício daquele.

Também é preciso tratar da *pretensão*. Segundo o entendimento aqui adotado a pretensão correspondente ao direito de ação (processual) é a *pretensão à tutela jurídica*. Tanto autor quanto réu podem exigir que o Estado preste a tutela jurídica que se obrigou ao vedar a autotutela. Ocorre que, aqui no plano do direito processual, ao contrário do que poderia ocorrer no plano material, a simples exigência de tutela jurisdicional não basta para que se consiga a prestação.

O detentor da posição jurídica *pretensão* na relação jurídica processual nada conseguirá somente com a exigência. É necessário que ele aja efetivamente para conseguir a prestação. Nada aqui há de diferente, no plano teórico, em relação ao direito material, em que pese a proibição da autotutela ou exercício arbitrário das próprias razões.

O agir para obter a prestação da tutela jurisdicional é o que se chama de “ação processual”. Autor e réu possuem a pretensão à tutela jurídica, e por isso ambos podem exercer ação processual. A *pretensão à tutela jurídica*, pressuposto da ação, consiste no poder de exigir do estado que preste jurisdição, e não se relaciona com o resultado final da demanda. Tanto ao autor que tem sua pretensão material negada, quanto ao réu sucumbente é reconhecida a possibilidade de exigir do estado que preste jurisdição¹⁰⁶.

Se o réu exercer os atos que a ordem jurídica lhe outorga estará exercendo verdadeira ação processual. Porém, não exercendo os atos processuais, nos casos de revelia, o réu não exerce-la-á, mas ainda assim será titular da pretensão à tutela jurídica, vez que esta, como já foi exaustivamente dito, é categoria estática, que prescinde da atividade do titular. Tanto isso é verdade que o réu tem a faculdade de querer que o processo vá até seu fim, mesmo após a desistência do autor, nos termos do § 4º do art. 267, CPC¹⁰⁷.

106 Idem. Ibidem.

107 Idem. Ibidem.

Ora, se o réu não fosse titular de pretensão alguma, evidentemente não seria também titular dessa *faculdade*.

Assim, ambos têm o direito público subjetivo de ação, ou, o direito de participarem de um processo.

Evidentemente, no conceito moderno de pretensão de tutela jurídica inclui-se também a proteção jurisdicional, que o magistrado pratica em favor, ou perante aquele que não é efetivamente titular de direito algum. Tanto quanto o autor, também o réu, ao defender-se, independentemente de ter ou não razão, exerce pretensão de tutela jurídica¹⁰⁸.

Assim, o direito de ação é incondicionado, não depende de nenhum outro direito para sua existência, daí vem sua autonomia.

Nesse contexto as condições da ação não seriam *requisitos para a existência do direito de ação*, como queria Liebman, pois quando o juiz reconhece a ausência de uma das condições da ação e encerra o processo ele está julgando sim o mérito da demanda. A sentença que extingue o processo com base no art. 267, VI é sentença de mérito, pois com ela o juiz também está declarando que falta ao autor ação de direito material ou interesse em exercê-la. Assim, a demanda não merece que o Estado lhe dê proteção.

Por sua vez, o autor jamais será carecedor da ação processual, “*pois o direito a ser ouvido por um tribunal é princípio constitucional a todos assegurado*”¹⁰⁹.

O direito de ação é um direito subjetivo público, pois tem o estado como prestador. Todo direito subjetivo possui um objeto, ou seja, uma prestação específica que o satisfaça. Sendo a ação um direito subjetivo é possível afirmar, usando as lições de Nelson Nery Junior, que o objeto do direito de ação é a pronúncia de uma sentença, seja favorável ou desfavorável ao autor.

108 Idem. p. 93.

109 SILVA. Ovídio Baptista. Op Cit. p. 109.

“Como o objetivo do direito subjetivo de ação é a obtenção da tutela jurisdicional do Estado, deve entender-se por realizado o direito subjetivo de ação assim que pronunciada a sentença, favorável ou não ao autor”¹¹⁰.

Assim, o direito de ação é público; abstrato; incondicionado; e tem como objeto a prolação de uma sentença pelo Estado-juiz¹¹¹.

Porém, vale aqui a observação feita no capítulo 2 *supra*: o esquema obrigação/dever mostra-se insuficiente para a compreensão do fenômeno do direito subjetivo. O mesmo alerta vale para o direito de ação.

Usamos então as idéias de Giuseppe Lumia e Alcides Tomasetti Júnior de que o direito subjetivo seria, em verdade, um complexo unitário de posições jurídicas elementares ativas, tais como pretensões, poderes formativos, imunidades e faculdades¹¹².

O mesmo pensamento pode ser trazido para a realidade do direito de ação. Por constituir um 'direito subjetivo' também o direito de ação é um complexo unitário de posições jurídicas elementares: pretensão a uma tutela jurisdicional adequada; faculdades, como por exemplo, a escolha do procedimento a ser seguido, o do foro a ser ajuizada a demanda, em casos de competência concorrente; poderes, como o de demandar o réu, ou ainda, de provocar o judiciário

É essa a opinião de Cândido Dinamarco para quem o direito de ação é a *síntese das situações jurídicas ativas das partes no processo*¹¹³. Dessa forma, não seria a ação somente o poder de dar início ao processo, mas também o direito de participar do processo, para ao final ter o direito de receber a tutela jurisdicional adequada. Assim a ação não seria *prima facie* o direito de demandar em juízo, ou então, o direito *prima facie* ao recebimento da tutela jurisdicional, este só vai surgir quando chegar o momento adequado.

O direito de ação ou de ação e o de defesa constituem a síntese de todas essas possibilidades de atuação processual e incluem ainda o direito à resposta do Estado-juiz às demandas e

110 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v 21). p. 137.

111 SILVA, Ovídio Baptista da. *Op Cit. Et ali*.

112 LUMIA, G; TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. *Op. Cit. .* p. 14.

113 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op Cit. V. 2.* p. 293.

requerimentos que lhe dirigem. Uma vez instaurado o processo, são absolutamente equiparadas as posições do autor e do réu, criando para ambos a legítima expectativa de afinal receber a tutela jurisdicional que também a constituição assegura. (art. 5º, inc. XXXV). *Ação e defesa são a síntese das situações ativas das partes no processo*¹¹⁴.

Portanto, reiteramos que o direito de ação é público, abstrato e incondicionado, mas é sobretudo, um direito subjetivo, isto é, um feixe de posições jurídicas ativas elementares.

4.2 – O direito fundamental de ação processual.

A garantia fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional, ou *Princípio do direito de ação*¹¹⁵, surge pela primeira vez no Brasil na constituição de 1946. Naquela carta estava expresso no parágrafo 4º, do art. 141, que “*A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual*”.

Essa regra foi repetida pelas constituições brasileiras sucessivas até chegar à atual redação do inc. XXXV do art. 5º da Constituição de 1988, segundo o qual: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

A redação da constituição vigente, embora semelhante à de suas antecessoras, traz duas importantes inovações ao tratar do princípio do direito de ação: a da inafastabilidade de controle jurisdicional não só sobre lesão a direito, mas também sobre a “*ameaça a direito*”; e também a de não tratar somente da proteção a *direitos individuais* como fizeram as constituições de 1946 e 1964, o que possibilitou a proteção de lesões ou ameaças a direitos coletivos e difusos.¹¹⁶

114Idem. Ibidem.

115 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman;v21.

116 MARINONI, Luiz Guilherme. *Il Diritto di Azione come Garanzia Fondamentale*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXIII, n. 6. Novembre – Dicembre 2008. S.L.: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2008. Pp. 1646.

Ocorre que, apesar da clareza do dispositivo, a delimitação do conteúdo dessa garantia fundamental parece ser muito difícil. O principal destinatário da norma é, de fato, o legislador, vez que o texto diz que “a *lei* não excluirá...”, mas a doutrina parece querer estender o alcance do princípio a tudo que obste a ida do cidadão aos tribunais.

“Isso quer dizer que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos”¹¹⁷.

Nelson Nery Júnior também ressalta que para o alcance total do significado da garantia fundamental do direito de ação, não basta somente a prestação, por parte do Estado, de tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela jurisdicional seja *adequada*.

Isso quer dizer que o juiz no caso concreto deve utilizar-se de todos os instrumentos jurisdicionais previstos na lei processual para que o direito material em discussão seja o mais eficazmente protegido possível, tendo em conta que os direitos fundamentais e sociais devem ter interpretação *ad amplianda*¹¹⁸.

Luiz Guilherme Marinoni também trata dessa nova visão dada à garantia fundamental do direito de ação. Na visão desse autor, para a efetivação da dita garantia é necessário não só a prestação de um provimento de mérito pelo órgão jurisdicional, mas também a garantia de um direito à real atuação do direito substancial¹¹⁹.

Isso exige que o juiz lance-mão de instrumentos como medidas antecipatórias, cominatórias e executivas várias, que se adéquem melhor a cada caso concreto e garantam a efetiva vigência do direito material. Para que isso acontecer, ainda segundo Marinoni, são importantes normas processuais abertas com conteúdo a ser preenchido pelo juiz caso a caso, para que ele dê a *medida necessária* de acordo com a situação.

É exemplo de norma aberta a norma do parágrafo 6º do art. 461 do Código de Processo Civil brasileiro, segundo a qual: “o juiz *poderá, de ofício,*

117 NERY JUNIOR, Nelson. Op. Cit. p. 132.

118 Idem. p. 133.

119 MARINONI, Luiz Guilherme. *Il. Diritto ...* . p. 1649: Il diritto di azione non è soltanto il diritto ad ottenere un provimento giurisdizionale di meritosul diritto dedotto in giudizio, ma anche il diritto alla reale attuazione del diritto sostanziale. (tradução nossa)

modificar o valor ou a periodicidade da multa caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

Transcrevemos as lições daquele autor:

Em síntese, a previsão de normas processuais abertas constitui a resposta do legislador à garantia fundamental do direito de ação; por tal motivo, é possível sustentar que existe um direito fundamental à técnica de tutela adequada a responder às exigências de tutela do caso concreto¹²⁰.

Portanto, a concepção da doutrina acerca do direito de ação no plano do Direito Constitucional também não o afasta daquelas características antes enumeradas, quais sejam, abstração; incondicionalidade; natureza pública. Pelo contrário, a constitucionalização do direito de agir acentuou essas características ao buscar à universalização do acesso à justiça.

O que nos interessa aqui é que, com a constitucionalização, e com esse alargamento, também crescem as possibilidades de abuso do direito.

A despeito da universalização, não podemos confundir o direito de ação com o também constitucionalmente garantido direito de petição. Essa distinção será alvo do próximo subcapítulo.

4.3 – O Direito de petição.

O direito de petição é assegurado através da regra contida no inciso XXXIV, alínea “a” do art. 5º da Constituição Federal, que expressa: “São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

Nos cabe agora tecer breves comentários a respeito da divergência semântica entre os conceitos de direito de ação e direito de petição.

120 MARINONI, Luiz Guilherme. *Il Diritto...* “In sintesi, la previsione di norme processuali aperte costituisce la risposta del legislatore alla garanzia fondamentale del diritto di azione; per tale motivo, è possibile sostenere che esiste un diritto fondamentale alla tecnica di tutela adeguata a rispondere alle esigenze di tutela del caso concreto”. Tradução nossa. p. 1655.

Nelson Nery Junior¹²¹ trata a questão da seguinte forma: o direito de ação e o direito de petição seriam diversos. Este não obedeceria à forma rígida que obedece a ação, seria um direito político, e por isso, impessoal, vez que dirigido à autoridade para noticiar ilegalidades ou abuso de poder (o titular é sempre indeterminado ou indeterminável). Já o direito de ação não teria essa característica da impessoalidade, vez que, salvo nos casos das ações coletivas, sempre tratará de direito pessoal, até pela necessidade de atendimento à condição da ação *interesse processual*.

No entanto, como expusemos linhas acima, não é possível adotar essa concepção. Existindo ou não o preenchimento da condição da ação “*interesse processual*” ainda há ação. Esse argumento não é válido para separar as categorias em análise. No mais, essa noção cria uma terceira categoria para as ações coletivas, que não se enquadrariam nem num nem noutro conceito.

Interessante estudo faz Eduardo J. Couture. Segundo ele o direito de petição surgiu como direito individual com o *Bill of Rights* de 1689. Nesse momento histórico, nos estados ocidentais, todo o poder público concentrava-se nas mãos do soberano. Paulatinamente, com uma mais nítida demarcação entre os três poderes, o direito de petição foi tomando formas diversas frente a cada um deles.

Ainda segundo esse autor, nos âmbitos legislativo e executivo o direito de petição perdeu força devido ao fato de nesses poderes já existir a representação popular baseada no sufrágio.

Frente ao Judiciário, por sua vez, o direito de petição tomou formas bem típicas, e um regramento muitíssimo complexo. Surge então o “direito de ação”, que não é nada mais nada menos que espécie do gênero “direito de petição”, ou seja, uma “*forma típica do direito de petição*”.¹²²

A ação civil não difere, em sua essência, do direito de petição ante a autoridade. Este é gênero; aquele é uma espécie. Outras espécies de direito de petição, caracterizadas por forma e modalidades especiais, são (...) o contencioso administrativo, a

121 NERY JUNIOR, Nelson. Op Cit. p. 135.

122 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3 ed (póstuma e inalterada). Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993. p. 74.

querela criminal (...) etc. As diferenças não pertencem à essência, mas à técnica desse direito¹²³.

Couture, ao contrário de Nery Junior, não diferencia as duas categorias a partir das condições da ação, pois para ele o direito de petição é abstrato e não requer uma triagem prévia. Assim, o autor vai na esteira dos pensamentos nos quais já havíamos nos baseado nos capítulos precedentes.

Mais uma vez é importante transcrever suas palavras:

O direito de pedir não requer um exame do conteúdo da petição, pois sendo um direito de garantia, deve ter andamento até o momento da decisão. Se efetivamente existe um direito lesionado, a resolução será estimatória; se não existe, a petição será rechaçada no mérito. Mas em todo caso, a autoridade deve admitir o pedido enquanto tal, para seu devido exame com o arranjo do procedimento estabelecido¹²⁴.

Portanto, se o direito de ação, que é espécie, é abstrato e incondicionado, o direito de petição, que é gênero, também o é. Assim, em substância, os dois direitos se confundem.

Chegamos dessa forma à idéia de que o direito de ação é direito de petição, porém direito de petição frente ao Poder Judiciário. E por isso está sujeito a um regramento próprio, sobre o qual incidem, inclusive, disposições constitucionais diversas.

O traço que mais marca essa distinção, porém, é a obrigatoriedade da resposta da autoridade. Enquanto que no direito de petição, frente aos poderes Legislativo e Executivo, a obrigação de resposta não é garantida, o mesmo não ocorre com o direito de ação. “*Esse dever de pronunciamento da*

123 Idem. Op. Cit. p. 77-78. Tradução livre: La acción civil no difere, em su esencia, del derecho de petición ante la autoridad. Éste es el género; aquélla es una especie. Otras especies de derecho de petición, caracterizadas por formas y modalidades especiales, son (...) el contencioso administrativo, la querrela criminal (...) etc. Las diferencias no pertencem a la esencia sino a la técnica de este derecho.

124 Idem. p. 76. Tradução livre: El derecho de pedir no requiere un examen del contenido dela petición, pues sendo un derecho de garantía, debe tener andamiento hasta el momento de la decisión. Si efectivamente existe un derecho lesionado, la resolución será estimatória; si no existe, la petición será rechazada em cuanto a su mérito. Pero en todo caso, la autoridad debe admitir el pedido em cuanto tal, para su debido examen com arreglo al procedimiento establecido.

*parte do juiz, é de tal maneira rigoroso ante ao exercício da ação civil, que sua omissão configura causa de responsabilidade judicial*¹²⁵.

4.4 – O Direito de Ação no CPC brasileiro.

O Código de Processo Civil expressa, no art. 263, que a ação considera-se proposta a partir do momento em que a petição inicial do juiz é despachada, ou, nas comarcas onde houver mais de um juízo, após a distribuição daquela¹²⁶.

Conforme Barbosa Moreira¹²⁷ a petição inicial é o instrumento pelo qual se dá a demanda. Através desta é que se começa a exercer o direito de ação, em sentido processual.

A demanda, entendida como o “*ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação de atividade jurisdicional*”¹²⁸, presta-se a delimitar o pedido e conseqüentemente o objeto da lide.

O art. 282¹²⁹ trata dos diversos requisitos necessários para a propositura da petição inicial, entre os quais o endereçamento, qualificação das partes, fundamentos fáticos e jurídicos, e o pedido. Devemos ressaltar, no entanto, que todos esses elementos devem ser tão somente afirmados pelo autor. A veracidade e consistência deles é pressuposto para o acolhimento do pedido, e não pressuposto para o acolhimento da ação, vez que esta, como foi

125 COULTURE. Op. Cit. Pp. 78 tradução livre: Este deber de pronunciamiento de parte del juez, es de tal manera riguroso ante el ejercicio de la acción civil, que su omisión configura causa de responsabilidad judicial.

126 Art. 263 Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.

127 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil Brasileiro*. 25 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

128 *Idem.Ibidem*. p. 11.

129 Art. 282. A petição inicial indicará:

I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida;

II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido, com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - o requerimento para a citação do réu

dita, tem a característica marcante da abstratidade, não se vincula à relação jurídica material.

Nesse sentido, quanto aos requisitos exigidos pelo art. 282:

Todos esses elementos devem ser apenas afirmados. Note-se que se o autor e afirmar que alguém é réu, alegar um fato, apresentar um fundamento e fazer um pedido nada tem a ver com a *pertinência entre a posição processual e a titularidade do direito discutido*, com a *verdade* do fato, com a *consistência* do fundamento e com a procedência do pedido¹³⁰.

Portanto, é possível afirmar que o Código de Processo Civil brasileiro reconhece todas as características relativas à autonomia do direito de ação processual face à relação jurídica material.

Os requisitos apontados pelo art. 282 dizem somente com a validade do *ato jurídico* que é a propositura da demanda e não com a existência dele ou do direito de ação propriamente dito¹³¹.

130 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. Op. Cit. P. 177.

131 Quanto à forma dos atos processuais e sua relevância para a validade: BERNARDES DE MELO, Marcos. *Teoria do Fato Jurídico*: Plano da validade. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. “Sob o aspecto da validade do ato processual, tanto a sua forma propriamente dita, a sua exteriorização, como seu conteúdo têm de ser levados em conta, porque constituem um conjunto inseparável. Há inseparabilidade da forma e do conteúdo que a enche”. P. 46.

5.0 – A TEORIAS DO ABUSO DO DIREITO.

5.1 – Notícia histórica – atos emulativos.

A idéia de limitação dos direitos subjetivos sempre foi uma constante na cultura jurídica ocidental. É possível observar leves traços dessas limitações em todas as épocas e ordenamentos¹³². No entanto, a concepção atual de *abuso do direito* é produto de meados do século XX, tendo surgido juntamente com a funcionalização do direito civil, como adiante exporemos.

Boa parte da doutrina¹³³ crê que o conceito do abuso do direito já existia no direito romano e vale-se do conhecido brocardo latino atribuído à Cícero “*summum jus summa injuria*” (do excesso de direito surge a suprema injustiça) entre outros como “*nom omne quod licet honestum est*” (nem todo ato lícito é honesto), atribuído a Paulo.

Ocorre, como ressalta Luiz Sergio Fernandes de Souza, que contemporâneos a esses brocardos romanos eram outros que remetiam ao revés da noção de abuso dos direitos, ressaltando o caráter absoluto deles. É o caso do tão conhecido *dura lex sed lex*. Vigia ainda o *ius abutendi* como princípio máximo do direito de então. Os direitos eram, portanto, absolutos. Conclui aquele autor, que entre os romanos não havia um consenso que sustentasse uma construção teórica geral acerca do abuso do direito¹³⁴, o que havia era tão-somente regras de caráter particular aplicáveis a limitados casos concretos.

Durante o longo período que intermediou a era romana e a moderna, também surgiram manifestações esparsas sobre as limitações dos direitos, em alguns casos devido à influência da moral cristã. Mas também aqui não se poderia falar de um princípio ou de uma teoria geral do abuso do direito¹³⁵.

132 ABDO, Helena Najjar. *O Abuso do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. - (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman v.60).

133 Entre estes Francisco Amaral, na obra da qual já falamos “*Direito Civil: Introdução*”.

134 SOUZA, Luiz Sergio Fernandes. *Abuso de direito Processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 21.

135 Idem. p.22.

O que houve de fato até o advento da modernidade foi a construção de uma teoria sobre a *aemulatio*, ou a teoria dos atos emulativos. Estes seriam atos num primeiro momento lícitos, mas que teriam o mesmo tratamento dado aos atos ilícitos.

Para a ocorrência dos atos emulativos, seria necessária a concorrência dos seguintes requisitos: que o sujeito atuasse no exercício de um direito reconhecido; que esse exercício causasse dano a outrem; que o exercício desse direito não trouxesse nenhuma benesse para seu titular; e que essa realização anormal fosse motivada unicamente pela intenção de lesar¹³⁶.

Seria imprescindível a intenção lesiva ou *animus nocendi*, e daqui a dificuldade prática da teoria, dada a indefinição do que seria a “intenção de lesar” e a dificuldade de provar a configuração dos outros requisitos no caso concreto.

A idéia de atos emulativos teve ainda mais repercussão quando aplicada aos direitos reais, mais especificamente ao direito de propriedade. É possível essa verificação, por exemplo, no §2º do art. 1.228 do Código Civil brasileiro: “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”¹³⁷.

Porém, o ato emulativo não se confunde com o ato abusivo, como adiante demonstraremos. Nem mesmo é possível dizer que a categoria *ato emulativo* originou a categoria *abuso de direito*. Parecem ser coisas não só diferentes como independentes. Nesse sentido:

O ato emulativo não equivale, porém, ao ato praticado com abuso do direito. É possível que a teoria da *aemulatio* tenha evoluído para dar origem à teoria do abuso do direito, mas sobre isso também não há consenso na doutrina. Os estudiosos acordam, na sua maioria, que o abuso do direito, tal como concebido contemporaneamente (como doutrina abstrata, independente e autônoma), não se originou na Antiguidade, mas no início do século XX¹³⁸.

136 AMARAL, Francisco. Op. Cit. p. 208.

137 PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

138 ABDO, Helena Najjar. Op Cit. p. 28.

Num primeiro momento nem mesmo as codificações modernas traziam a figura do abuso do direito. Pelo contrário. À classe burguesa, então dominante e emergente, não agradava a idéia de limitação de seus direitos individuais. Até porque a grande bandeira do liberalismo iluminista foi a liberdade individual, cuja expressão maior se dava no livre exercício dos direitos. Na luta contra o absolutismo até então reinante era preciso também a criação de um direito absoluto e individual. “*Nesse contexto, inexistia lugar para a noção de abuso do direito*”¹³⁹.

Mas, passado o século XIX, com novas demandas sociais decorrentes da crise do liberalismo, a defesa de direitos absolutos tornou-se insustentável. De um lado porque a idéia de que ao juiz só cabe aplicar a lei e não interpretá-la mostrou-se insuficiente e falaciosa e, de outro, porque a crise do liberalismo revelou a quantidade de injustiças que os “direitos individuais absolutos” ensejavam¹⁴⁰.

A partir do processo de urbanização e industrialização, os tribunais franceses passaram a se ocupar não só de situações em que o direito era exercido com o manifesto propósito de prejudicar, sem utilidade própria, como também das hipóteses de exercício anti social do direito previsto em lei¹⁴¹.

Portanto, concordamos com a conclusão de Helena Najjar Abdo de que a doutrina do abuso do direito, tal qual conhecemos hoje, tem aproximadamente um século de vida, apresentando-se como uma reação à mentalidade individualista das primeiras grandes codificações¹⁴².

A maior parte da doutrina coloca a jurisprudência francesa como precursora da teoria do abuso do direito, o que teria ocorrido através da interpretação extensiva do artigo 1382 do Código Civil francês: “*art. 1382. Qualquer ato do homem que cause prejuízo a outrem obriga aquele que tenha concorrido com culpa a repará-lo*”.

139 SOUZA, Luiz Sergio Fernandes. Op. Cit. p. 24.

140 IDEM. p 25.

141 IDEM. Ibidem.

142 ABDO, Helena Najjar. Op. Cit. p. 30.

Feitas essas breves considerações históricas passemos agora ao estudo das diferentes teorias do abuso do direito.

5.2 – À busca de uma definição.

Como dissemos, não foram poucos que se lançaram a explicar o fenômeno do abuso do direito na doutrina jurídica. Alguns negaram-no veementemente; outros, partindo da noção de atos emulativos, sustentaram posição no sentido de considerar, como elemento caracterizador do abuso, os elementos anímicos e psíquicos do ator; alguns centraram-se nos elementos objetivos e vestígios materiais para a ocorrência de atos abusivos, e há ainda aqueles cujas teorias, por sua particularidade, não poderiam se enquadrar em nenhum outro grupo.

Partamos, então, para um breve exame das principais proposições, para depois chegarmos ao conceito útil ao nosso trabalho.

5.2.1 – As teorias negativas.

Dentre aqueles que negaram a existência do abuso do direito, o jurista mais citado, e também combatido, é Marcel Planiol. Segundo este, a expressão “abuso do direito” por si só já traria uma contradição em termos, uma logomaquia.

Para ele, admitir como verdadeira a idéia do abuso de um direito seria admitir uma categoria que escapa do binômio lícito/ilícito. Se o ato é abusivo, evidentemente foi exercido sem direito. É, portanto, ato ilícito. Transcrevemos trecho da obra daquele autor, citado por Inácio de Carvalho Neto¹⁴³:

143 CARVALHO NETO, Inácio. *Abuso do Direito*. 4ª ed. Curitiba:Juruá, 2006.

Fala-se facilmente do uso abusivo de um direito, como se essas duas palavras tivessem um sentido claro e preciso. Mas é necessário não nos iludirmos: o direito cessa onde começa o abuso, e não pode haver uso abusivo de um direito qualquer, porque um mesmo ato não pode ser a um só tempo conforme e contrário ao direito¹⁴⁴.

Assim, o ato considerado abusivo seria nada mais do que um ato ilícito, daí a imprestabilidade da noção de abuso de direito.

Como dito, não foram poucas as críticas à Planiol. Jorge Americano faz uma elucidadora. Parte ele do significado etimológico da palavra *abuso* que denota *descomedimento, excesso e mal emprego*, e o traz para o exercício dos direitos. Assim, a figura do abuso do direito aplicar-se-ia nos casos em há um ato que, em princípio é lícito, por fundar-se em um direito, mas cujo exercício o desnatura enquadrando-o na categoria dos atos ilícitos.

Si, por um lado, a noção do direito exclúe a idéa do *abuso*, porque o abuso desnatura o direito e faz com que deixe de o ser, por outro lado não há contestar a realidade dos fatos, que verifica, em uma série de actos illicitos *um falso assento em direito*, diversamente do *acto illicito*, genericamente considerado, em que se não invoca nenhum assento em direito¹⁴⁵.

A exercício abusivo dos direitos remete à idéia de limitação deles. Para Americano, o que há efetivamente no casos de abuso é um ato ilícito, mas *“sob uma modalidade particular, que se origina no exercício de um direito, e, portanto tem apparencia de um ato lícito”*¹⁴⁶.

Assim, esse autor conclui não existir logomaquia na expressão “abuso do direito” e ressalta a utilidade da figura face à função reintegradora que o direito tem na sociedade.

Finalmente, vale citar a opinião de Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger, para quem a expressão “abuso do direito” é muito própria por ser auto-explicativa ao ressaltar a *“situação fática que embora encontre suporte no direito subjetivamente considerado, excede os limites do próprio*

144 PLANIOL, Marcel. *Traité de droit civil*. APUD. CARVALHO NETO, Inácio. Op. Cit. p. 54.

145 AMERICANO, Jorge. Op. Cit. p 4.

146 Idem. p. 5.

*direito, quando o ato (...) é exposto ao crivo dos princípios sociais que atualmente norteiam nosso sistema jurídico*¹⁴⁷.

5.2.2 - As teorias subjetivas.

A doutrina, em sua maioria, ao expor as diversas teorias sobre o abuso do direito menciona as “teorias subjetivas”¹⁴⁸.

De acordo com os subjetivistas, para se configurar o abuso do direito seria necessário que alguém exercesse um legítimo direito subjetivo mas tão somente com a finalidade de prejudicar outrem¹⁴⁹. Ou seja, do exercício do direito o sujeito não poderia retirar nenhum proveito para si, e, além disso, estar imbuído do “*animus nocendi*” ou intenção de prejudicar. Justamente por restringir-se a avaliar o aspecto anímico daquele que exerce o direito, que essas teorias foram denominadas subjetivistas.

Na verdade, o que fizeram os defensores dessas teorias foi aplicar a milenar noção de atos emulativos ao direito moderno. O abuso de direito, sob essa perspectiva, aproxima-se muito daquele conceito¹⁵⁰.

A noção subjetivista, no entanto, foi sendo pouco a pouco abandonada face à dificuldade de prova desses aspectos anímicos, o que restringiu em muito o leque de possibilidades de aplicação do abuso do direito.

Nesse sentido, concordamos com Luiz Sérgio Fernandes de Souza, para quem as teorias subjetivas falharam pela dificuldade de se estabelecer um sistema de presunções, que facilitaria a questão da prova.¹⁵¹

147 LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso do Direito*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 25.

148 Jorge Americano cita, na obra citada, os vários autores defensores dessa corrente, entre eles: Bufnoir, Demolomb, Chaveu, porém não cita os títulos de suas obras. Helena Abdo, na também já citada obra, menciona o trabalho *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol* de Georges Ripert.

149 Luiz Sérgio Fernandes de Souza, na obra já citada, pág. 25, menciona que também as teorias subjetivas tiveram início com a interpretação jurisprudencial do art. 1382, do Código Civil Francês: Art. 1382: qualquer ato do homem que cause prejuízo a outrem obriga aquele que tenha concorrido com culpa a repará-lo”. (tradução no texto).

150 ABDO, Helena Najjar. Op. Cit. p. 39.

151 SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. Op. Cit. p.29.

5.2.3 – As teorias objetivas.

Em resposta às dificuldades encontradas pelas teorias subjetivas, principalmente quanto à prova, emergiram as teorias objetivas ou objetivas radicais¹⁵².

Essa doutrina, que teve entre os maiores expoentes Saleilles¹⁵³, propôs que a existência do abuso existiria sempre que alguém, no exercício de um direito, causasse dano a outrem. Portanto, seria o abuso “*inerente ao próprio exercício do direito*”¹⁵⁴. Assim, poderíamos aproximar esta teoria da responsabilidade civil objetiva.

Também não ficou imune a críticas, como a feita por Jorge Americano, para quem não se poderia falar em direito se seu titular tivessem de sempre correr os riscos do seu exercício, aceitar isso seria “*condenar os homens a uma imobilidade estúpida*”¹⁵⁵. Mais tarde, o próprio Saleilles abandonou esse ponto de vista.

É possível enquadrar entre as teorias objetivas as teorias finalistas, ou da finalidade social, por também abstraírem do elemento volitivo ou subjetivo para a caracterização do abuso. O maior nome dessa corrente foi Louis Josserrand¹⁵⁶.

Para esse autor, o abuso do direito existiria quando o direito fosse exercido contra suas finalidades econômicas ou sociais. Para ele, então, todos os direitos subjetivos teriam uma finalidade econômico-social a ser atendida que iria além da letra da lei. Ou melhor, os direitos subjetivos “*não são sociais somente pela sua fonte e pela sua gênese, são-no ainda pelo fim a que tendem, pela sua finalidade*”¹⁵⁷.

Transcrevemos as palavras de Louis Josserrand na tradução de Heloísa Carpena:

152 A denominação “objetiva radical” é utilizada por Jorge Americano, na obra já citada. Outros autores também a usam, mas sempre referindo-se a Americano, como por exemplo, Lautenschläger. Op cit.

153 Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand. Apud: LAUTENSCHLÄGER. Op CIT. p. 38.

154 AMERICANO, Jorge. Op. Cit. p. 25.

155 Idem, ibidem.

156 CARVALHO NETO, Inácio. Op Cit. p. 61-62 cita JOSSERRAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur reletivité*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1939.

157 JOSSERRAND, *De l'esprit des droits et de leur reletivité*. Apud. LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Op cit. p. 42.

(...) devemos admitir a existência de um espírito dos direitos, inerente a toda prerrogativa subjetiva, isoladamente considerada e que, tal como a lei, não poderia ser aplicada contra o seu próprio espírito e, tal como um rio não poderia modificar o curso natural de suas águas, nossos direitos não podem se realizar a torto e a direito, contra sua missão social desprezando-a: concebe-se que o fim possa justificar os meios desde que estes sejam legítimos em si mesmos; mas seria intolerável que os meios, mesmo intrinsecamente incensuráveis, pudessem justificar todos os fins, sendo eles odiosos e inconcebíveis¹⁵⁸. (grifos no original)

Dada à dificuldade de conceituação do que vem a ser “finalidade social” também foi severamente criticada essa concepção. Além disso, ela admite um limite axiológico-normativo exterior ao próprio direito subjetivo, o que impossibilita a adoção de um parâmetro jurídico para que se avalie a conduta em abusiva ou regular, conforme observa Carpena:

O elemento axiológico-normativo do direito subjetivo, em contradição com o qual o abuso se revelaria, permanece essencialmente exterior ao direito exercido. Embora defina acertadamente os elementos do abuso do direito, deixa de apontar o elemento jurídico que sirva de parâmetro à aferição do desvio, ao confrontar o ânimo do titular com a finalidade social do direito exercido¹⁵⁹.

No entanto, talvez seja essa a teoria mais influente em toda a doutrina. Até mesmo o Código Civil brasileiro atual parece tê-la seguido¹⁶⁰:
“Art. 187. Também 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”

5.2.4 – As teorias mistas.

158 CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 52-53.

159 CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*. Op. Cit. Pp. 54.

160 ABDO, Helena Najjar. Op. cit. p 40.

Há ainda aqueles juristas que, na caracterização do abuso do direito, uniram elementos tanto subjetivos quanto objetivos. Compuseram então, as chamadas teorias mistas. Entre os partidários, no Brasil, está Jorge Americano.

Para este autor, para a configuração do abuso do direito, seria necessário analisar a intenção do agente, porém de forma objetiva. Isso quer dizer que, no caso concreto, não seria necessário provar sua real intenção, mas responder à seguinte indagação: segundo a consciência coletiva, ou de acordo com o pensamento do homem médio, houve um procedimento normal ou a intenção real de prejudicar? Se a resposta verter para o sim, há abuso do direito.

E, pois, colhendo o que há de verdade em uma e outra é preferível adoptar um critério mixto, que analyse, por assim dizer, *objetivamente* a intenção, isto é, com elementos que dá o estudo do procedimento normal dos homens, conclua pela anormalidade do procedimento do agente quando se não conforme com esse média, e faça decorrer dahi a obrigação de ressarcir o dano¹⁶¹.

Chega, assim, o autor a um critério misto, mas igualmente difícil de aplicar-se, face à indeterminação do que vem a ser, nas suas palavras, um “bom pai de família, cauto, prudente avisado e cuidadoso” com a “diligência habitual dos homens”¹⁶².

5.2.5 – A teoria adotada.

Dentre as teorias analisadas a que mais aproxima-se da teoria que, ao nosso ver, apresenta-se mais coerente, é a teoria objetiva finalista. No entanto, a doutrina nela aponta algumas falhas. Entre elas o fato de a teoria finalista conceber a finalidade econômico-social do direito numa perspectiva exterior a ele. Ou seja, tratar-se-ia de uma visão metajurídica do fenômeno do

161 AMERICANO, Jorge, Op. Cit. p 25.

162 Idem. p 32.

abuso, vez que proporia a separação entre o ético e o jurídico; aquele como limite deste¹⁶³.

Como resposta a esse problema adotamos a concepção de Heloísa Carpena¹⁶⁴, para quem o fim econômico-social faz parte da estrutura própria do direito subjetivo, sendo seu fundamento axiológico-normativo.

Partindo do pensamento dessa autora os direitos subjetivos, bem como as demais situações jurídicas, possuem, além da estrutura formal, uma base axiológico-normativa na qual se fundam. Tal base seria decorrência do ordenamento jurídico como um todo, não compartimentalizado no Código Civil, mas em outros diplomas legais, principalmente na Constituição Federal como seus princípios, explícitos ou implícitos, como veremos adiante.

O elemento axiológico-normativo é tão parte integrante do direito como a estrutura formal. Assim:

Exercer legitimamente um direito não é apenas se ater à sua estrutura formal, mas sim cumprir o fundamento axiológico-normativo que constitui este mesmo direito, que justifica seu reconhecimento como tal pelo ordenamento e segundo o qual se irá aferir a validade do ato de exercício¹⁶⁵.

Portanto, aquele que exerce regularmente o direito não é somente aquele que simplesmente cumpre sua estrutura formal. O exercício regular do direito pressupõe também o respeito ao seu fundamento axiológico-normativo, pois este também é parte integrante do direito subjetivo.

O comportamento abusivo seria percebido quando o agente respeita parte da estrutura do direito, a sua estrutura formal, mas desrespeita o seu sentido teleológico, isto é, o sentido valorativo (axiológico-normativo). É este último elemento que justifica a existência daquele específico direito dentro do ordenamento jurídico.

163 CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*. Op. Cit.

164 Idem.

165 Idem. p. 56.

O critério a adotar para a identificação da essência do abuso do direito é, insista-se, interno e estrutural, e refere-se ao confronto entre a direção do ato de exercício e o sentido que ao direito subjetivo é determinado pelo valor que lhe é inerente. A juridicidade do problema só pode ser compreendida a partir da idéia de valor, pelo qual o comportamento do sujeito se orienta e pelo qual se vai aferir a abusividade da mesma conduta, como elemento integrante do próprio direito subjetivo¹⁶⁶.

Assim, a vedação ao abuso do direito não se coloca como um limite ao direito, vez que a observância do elemento axiológico-normativo faz parte da sua própria estrutura, e é seu fundamento de validade.

Portanto, não se contrapõem o direito e a moral ou o direito e a ética, pois o próprio sistema jurídico as integra, sendo um sistema aberto. Adiante analisaremos mais detidamente a questão¹⁶⁷.

5.3 – O parâmetro para a determinação do abuso.

Como exposto, o ato abusivo é aquele ato que, embora praticado respeitando a estrutura formal do direito, o faz sem observar seu elemento axiológico normativo, ou seja, o seu sentido valorativo.

Resta, porém, bem definir os parâmetros e os limites a serem observados em cada caso concreto para que se possa qualificar uma conduta como abusiva ou não.

No item supra 5.1, expusemos que a idéia de abuso do direito surgiu em meados do século XX, juntamente com os ideais de estado de bem estar social, que por sua vez, assentam-se no ideal da solidariedade. Ora, no âmbito do direito privado a solidariedade social encontra expressão na noção de abuso do direito, que, por sua vez, atua como um verdadeiro *“instrumento de conformação das normas jurídicas à realidade social”*¹⁶⁸.

O instituto do abuso do direito, então, atua como uma cláusula aberta que possibilita a integração e conformação do sistema. Deste modo seus

166 CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo* Op Cit. p. 57.

167 Idem. *Ibidem*.

168 CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*. Op. Cit. p. 67.

fundamentos, ou seus parâmetros, só podem estar no fundamento do sistema mesmo, ou seja, na Constituição Federal.

Ou seja, é na Constituição que o legislador e também o juiz deverão buscar o critério orientador na aplicação do Direito. É nela que estão contidos os valores fundamentais, eleitos pela sociedade como expressão da consciência jurídica.

(...)

Assim, será à luz da tábua axiológica definida pela Constituição Federal que se determinarão os limites de atuação do titular do direito subjetivo, resolvendo-se os conflitos sob a perspectiva do abuso do direito¹⁶⁹.

Portanto, os valores e princípios constitucionais devem ser observados pelo agente no uso dos direitos reconhecidos. Até mesmo porque são esses os motivos que justificam a positivação daquele direito.

Desta feita, quando o artigo 187 do Código Civil afirma que age abusivamente aquele que excede o limites impostos pelo fim social do direito, pela boa-fé ou pelos bons costumes, ele está somente repetindo os valores positivados ou implícitos na Constituição Federal. Esse é o parâmetro para se aferir a existência da abusividade.

Estes elementos, inclusive, podem ser facilmente encontrados no texto constitucional. Por exemplo, nos princípios da solidariedade social, estampado no inc. I, art. 3º; e do bem comum, no inc. IV do mesmo artigo.

É importante esclarecer, outrossim, que, esses princípios que orientam o sentido valorativo dos direitos subjetivo, e servem de parâmetro para a observação do abuso, não se confundem com aqueles tratados pelo art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil. Esse artigo dispõe sobre os princípios gerais do direito aplicáveis em caso de omissões ou lacunas na lei. Os princípios que aqui nos referimos são os dotados de efetividade em sede constitucional¹⁷⁰. Porém, alguns juristas ainda fazem ponte entre o art. 187 do Código Civil e o art. 4º da LICC¹⁷¹.

169 Idem. p. 69.

170 CARPENA. Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo* Op Cit. p.69.

171 Entre eles Inácio de Carvalho Neto. Op Cit. O qual afirma, na página 183: “Qual o critério, porém, na análise do ato como abusivo, que permitirá ao juiz definir um ato como tal, já que precisará ele definir o ilícito praticado em face do ordenamento jurídico e não, estritamente, em face da lei? É nesse ponto que, ao ver de Cláudio Levada, devam ser aplicados, coercitivamente, os princípios gerais do direito, e

5.4 – O ato abusivo como ato contrário ao direito.

O Código Civil, artigo 188, inciso I, dispõe que “*Não constituem atos ilícitos (...) os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido*”. Interpretando esse dispositivo *a contrário sensu* chegamos rapidamente à conclusão de que os atos praticados no exercício *irregular* do direito, abusivos portanto, não são lícitos.

Porém, daí não podemos concluir pela solução aparentemente mais fácil, qual seja, a de equiparar o ato abusivo ao ato ilícito¹⁷². Eles constituem realidades diversas e autônomas, embora algumas vezes tenham conseqüências idênticas.

Jorge Americano já afirmava a distinção entre os conceitos. Para ele, o ato abusivo seria uma modalidade especial de ato ilícito, o abuso do direito constituiria uma espécie do gênero, ato ilícito. A maior traço do ato abusivo seria, ao contrário do ato ilícito, cuja contrariedade ao direito é desde logo visível, o acobertamento por um direito reconhecido e existente¹⁷³.

Partindo ainda do magistério de Heloísa Carpena, o ato abusivo, apesar de contrário ao direito, constituiria categoria autônoma em relação ao ato ilícito.

Tanto na conduta abusiva quanto na conduta ilícita há violação ao direito, há antijuridicidade, mas de diferentes ordens. No ato ilícito a conduta ultrapassa os limites lógico-formais da regra jurídica. Já no comportamento abusivo, os limites lógico-formais são respeitados, mas como visto, estes não são os únicos limites que impõe o exercício dos direitos. Há também os limites axiológico-materiais que não podem ser ultrapassados. No abuso do direito, os postulados lógicos-formais são totalmente respeitados, mas o sentido

principalmente – na hipótese – aqueles definidos na Lei de Introdução ao Código Civil, que melhormente seria chamada, como Haroldo Valladão projetou, Lei geral de Aplicação das Normas Jurídicas”.

172 CARVALHO NETO, Inácio. Op.Cit. p 186.

173 AMERICANO, Jorge. Op Cit. p. 40.

valorativo não. A antijuridicidade, portanto, “*pode resultar tanto da violação da norma como do sentido valorativo do direito*”¹⁷⁴.

No ato ilícito há uma previsão expressa na regra da conduta proibida ou sancionada. Ou seja, a regra fixa *a priori* os limites da conduta antijurídica. No abuso não ocorre deste modo, a antijuridicidade é verificada *a posteriori*, depois da conduta é que vai ser investigada a contrariedade ao direito.

O ilícito, sendo resultante da violação de limites formais, pressupõe a existência de concretas proibições normativas, ou seja, é a própria lei que irá fixar limites para o exercício do direito. No abuso não há limites definidos e fixados aprioristicamente, pois estes serão dados pelos princípios que regem o ordenamento, os quais contêm seus valores fundamentais. Por este mesmo motivo pode-se afirmar que o abuso supõe um direito subjetivo lícito atribuído a seu titular, que, ao exercê-lo, o torna antijurídico. Já o ilícito, por ser contrário à disposição legal, mostra-se previamente reprovado pelo ordenamento, não comportando controle de abusividade. Os conceitos de ilícito e de abuso, por conseguinte, excluem-se mutuamente¹⁷⁵.

Por isso se utiliza a expressão “antijurídico” para qualificar o abuso, pois a conduta abusiva é contra o direito tomado numa perspectiva ampla, na qual se fazem presentes os princípios que embasam todo o sistema jurídico.

A verificação da conduta abusiva deve ser feita caso a caso. Cabe ao julgador a verificação do fenômeno antijurídico. Já no caso do ato ilícito, a antijuridicidade é determinada não pelo juiz, mas pelo legislador.

Somente se poderá falar de ilicitude quando houver “específica obrigação normativa”, isto é, um comportamento contrário a um dever jurídico determinado que o qualifica. Sempre que tal qualificação não competir ao legislador, mas sim, casuisticamente, ao julgador, estaremos tratando de abuso¹⁷⁶. (grifos nossos)

Num primeiro momento, o abuso poderia aproximar-se da figura da *fraude à lei*. Porém, esta constitui verdadeiro ato ilícito (em sentido estrito).

174 CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo* Op cit. p. 58.

175 CARPENA, Heloísa. *O Abuso do Direito no Código de 2002: Relativização de Direitos na ótica civil-constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar 2003. p. 382.

176 CARPENA, Heloísa. *O abuso do direito no código civil de 2002*. Op. Cit. p. 383.

Aqui, o agente intenta desviar do preceito imperativo utilizando outros tipos legais. Mas, agindo dessa forma acaba por contrariar a concreta obrigação imposta.

Desta feita, enquanto no abuso o agente preenche a forma do direito subjetivo violando somente seu aspecto axiológico, a fraude à lei “*revela contrariedade com a própria conduta que a norma fraudada impõe em termos concretos de obrigatoriedade*”¹⁷⁷ No capítulo 6 voltaremos a tratar dessa distinção analisando o inciso III do art. 17 do Código de Processo Civil.

Assim, demarcadas as diferenças entre o ato ilícito e o ato abusivo, passemos ao exame das suas conseqüências.

5.5 – O abuso do direito, sanção e responsabilidade civil.

Admitimos, então, a autonomia do conceito de abuso do direito em relação ao de ato ilícito. Como vimos, são duas formas distintas de antijuridicidade, e que por isso não necessariamente apresentam as mesmas conseqüências, embora no mais das vezes o façam.

No entanto, antes de perquirirmos a sanções que o ordenamento jurídico reconhece ao ato abusivo, é preciso fazer a diferenciação e frisar a independência entre a ilicitude (antijuridicidade) e o dever de indenizar.

A ilicitude constitui uma violação às disposições normativas, podendo ou não ser seguida da obrigação de indenizar.

A obrigação de indenizar não surge tão somente da mera violação do conteúdo normativo da norma. Para que ele se perfaça é necessário um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do agente, isto é, um exame positivo da culpabilidade¹⁷⁸.

Ilícito é assim o comportamento que conflita com concretas proibições normativas, pressupõe a contradição do ato a uma obrigação específica, é a infração direta e imediata de um preceito jurídico. O ilícito se distingue claramente da obrigação de indenizar, que pode ser-lhe

177 CARPENA, Heloísa. *O Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*. Op Cit. p.61.

178 CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo* Op Cit. p. 59

conseqüente ou não. Com efeito, pode haver um ato que seja, ao mesmo tempo, ilícito e não danoso. De igual maneira, pode haver um dano ao qual não corresponda a obrigação de indenizar, de que seria exemplo aquele resultante de ato praticado em legítima defesa, pois somente ao dano provocado ilicitamente ou ao dano injusto corresponde a obrigação de indenizar¹⁷⁹.

A utilidade dessa diferenciação está na conclusão que chegaremos a seguir: para que o ato abusivo gere dever de indenizar (responsabilidade civil) não basta somente a sua ocorrência, também se aplicam a ele os mesmos requisitos dos atos ilícitos *strictu sensu*, o dolo ou culpa, o dano e o nexo causal¹⁸⁰.

Em outras palavras, nos atos contrários ao direito (ilícitos ou abusivos) a responsabilidade civil só surge quando há culpabilidade do agente, isto é, quando há um verdadeiro juízo de censura ao agente em si, e não só ao seu comportamento. Portanto, para que haja o dever de indenizar, o tratamento dado ao ato abusivo é o mesmo dado aos atos ilícitos, nos termos do art. 186 do Código Civil.

Justamente por essa independência entre os conceitos de ilicitude e responsabilidade civil é que há também outra consequência jurídica para o ato abusivo, mesmo que ausente o dever de indenizar: é a declaração de nulidade do ato. *“O forte conteúdo ético de que se reveste o instituto justifica o desfazimento do ato e não apenas o ressarcimento do lesado, cujo caráter egoístico não se coaduna com a construção da teoria”*¹⁸¹.

Ora, essa possibilidade de reconhecimento da nulidade do ato ganha ainda mais importância, com se verá, nos casos de abuso do direito de ação, pois, no processo muitas vezes o prejuízo à parte não é claramente visível, e, devido ao princípio da instrumentalidade, a melhor sanção ao ato abusivo, inclusive do ponto de vista do prejudicado, é a declaração da nulidade do ato praticado com abuso.

Além disso, mesmo na ausência de dano, é possível o emprego de tutelas inibitórias com vistas a prevenir a conduta abusiva. Evidentemente

179 Idem. Ibidem.

180 Idem. p. 65.

181 Idem. p. 66.

nesse caso não há dano, o que confirma a independência entre ilicitude e dever de indenizar¹⁸².

Luiz Guilherme Marinoni ressalta que a confusão entre ilicitude e responsabilidade civil é fruto do liberalismo clássico, decorrente da maneira como aquela escola filosófica enxergava as relações entre Estado e particulares¹⁸³.

Segundo o autor esse pensamento não mais atende às exigências atuais do direito substancial. O ato ilícito, mesmo não danoso, deve ser reprimido pelo Estado. Aqui ganharia importância a tutela inibitória¹⁸⁴.

Quando o ilícito civil é identificado com o dano, conclui-se, de *forma apressada*, que não há ato contrário ao direito que, não provocando dano, deva ser sancionado civilmente. Porém, o dano é uma *conseqüência meramente eventual* do ato contrário ao direito, pois esse último pode, ou não, gerá-lo. **O fato de uma transgressão não ter produzido dano não permite que o processo civil possa deixá-la de lado, como se não mais importasse ou tivesse significação**¹⁸⁵. (grifo nosso)

Inácio de Carvalho Neto vai nesse sentido. Também para ele o ato abusivo pode receber dois tipos de sanção: uma centrada no desfazimento do ato, a qual ele denomina *sanção direta*; e outra centrada na reparação dos danos causados, chamada de *sanção indireta*¹⁸⁶.

A sanção direta, segundo o autor, prescinde da tutela ressarcitória, relacionando-se com outras formas de tutela, como por exemplo, a inibitória. A sanção indireta evidentemente pressupõe a ocorrência de dano. Assim, para que haja reparação, devem ser aplicados os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, incluindo culpa e nexa causal.

182 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Nuevas Fronteras del abuso de derecho: Situaciones Jurídicas Lesivas de Libertades. Tutela de Mercado y Amparo*. In: Revista dos Tribunais n.º 723. Janeiro de 1996. p. 53-63.

183 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2. ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 53.

184 Idem. p. 54.

185 Idem. Ibidem.

186 CARVALHO NETO, Inácio. Op cit. p.195.

Pode assim haver lugar à obrigação de indenização desde que, nos termos gerais de responsabilidade civil, ao fato voluntário e lícito do agente (comportamento abusivo) se juntem os restantes pressupostos – nexos de imputação (a título de culpa) do fato ao lesante, dano e nexos de causalidade entre o fato e o dano¹⁸⁷.

Portanto, para a ocorrência do dever de indenizar decorrente de abuso de direito deve ocorrer a conjugação dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil¹⁸⁸. É necessário, portanto, a ocorrência de culpa ou dolo para o surgimento do dever de indenizar, mas não para que se configure o abuso. Para que este se configure, basta tão somente a conduta lesar o elemento axiológico-normativo interno ao direito, como defende Heloísa Carpena.

Também nesse sentido, Ricardo Luis Lorenzetti:

Não se trata do dano como pressuposto da responsabilidade civil, já que o ato abusivo pode produzir prejuízos que dêem origem à responsabilidade e sua conseqüente reparação, este é somente um de seus possíveis efeitos. Como dissemos pode haver outros como a tutela inibitória, a improponibilidade da ação, ou o desmantelamento dos efeitos do ato¹⁸⁹.

Baseados nesses autores, não concordamos, com Milton Flávio de Almeida Lautenschläger quando diz que *“para fins de reparação do dano causado pelo abuso do direito, a aferição de sua ocorrência pode não depender, inclusive, da existência de dolo ou culpa, mas, (...) de uma análise objetiva dos limites e conceitos contidos no art. 187”*¹⁹⁰. Até mesmo porque, como alerta Inácio de Carvalho Neto, a responsabilidade subjetiva é a regra do nosso ordenamento jurídico, já a responsabilidade objetiva depende de regra expressa¹⁹¹.

187 CARVALHO NETO, Inácio. Op Cit. p. 196.

188 Além do art 187 já citado: *Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 927. Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

189 LORENZETTI, Ricardo Luis. Op cit. Tradução nossa de: “No se trata del daño como presupuesto de la responsabilidad civil, ya que si bien el acto abusivo puede producir perjuicios que den origen a la responsabilidad y su consecuente reparación, éste es sólo uno de sus posibles efectos. Como dijimos, puede haber otros, tales como la tutela inibitória, la improponibilidad de la acción, o el desmantelamiento de los efectos del acto. Pp. 61.

190 LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Op Cit. p. 104.

191 CARVALHO NETO, Inácio. Op Cit. p. 197.

O que se quis demonstrar nesse subcapítulo é que para ocorrência do abuso do direito não necessariamente deve haver dano. Este é somente fundamento para a configuração e existência do dever de reparação, que, por sua vez, submete-se aos mesmos requisitos da responsabilidade civil por ato ilícito. A análise da existência ou não do abuso deve ser feita objetivamente, o que não ocorre com a responsabilidade pela reparação, a qual impescinde dos elementos culpa, dolo e dano. A declaração de nulidade do ato abusivo, ou então o uso da tutela inibitória, como afirma Lorenzetti¹⁹², por exemplo, ocorrem sem a necessidade de demonstração de culpa, e independem de dano e ressarcimento.

5.6 – O ato abusivo e as demais posições jurídicas elementares.

Voltemos agora ao capítulo 2 do presente trabalho, quando tratamos das diversas posições jurídicas elementares. Tratamos das pretensões, poderes formativos, ônus, faculdades e etc. Chegamos, então, à conclusão, partindo da doutrina de Giuseppe Lumia e Alcides Tomasetti Júnior, de que todas as posições jurídicas elementares ativas compõem o que se chama de *direito subjetivo*¹⁹³.

Ora, o direito subjetivo de ação processual também constitui-se de um feixe de posições jurídicas elementares dentro da relação jurídica processual. Desta feita, a conduta abusiva aplica-se à cada uma dessas posições jurídicas elementares¹⁹⁴.

O abuso não se restringe, portanto, ao que a doutrina tradicional entende por direito subjetivo, pelo contrário, estende-se às *prerrogativas individuais*¹⁹⁵, como os ônus, as faculdades e direitos potestativos.

Isso decorre da conclusão de que essas figuras (ônus, faculdade, direitos potestativos) também têm seu fundamento em normas jurídicas que,

192 LORENZETTI, Ricardo Luis. Op Cit.

193 TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. Tradução, com adaptações e modificações de G. Lumia. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981 (mimeo).

194 ABDO, Helena Najjar. Op Cit. p. 64.

195 Denominação utilizada por CARPENA, Heloísa. *O abuso de direito no Código Civil de 2002*. Op. cit.

por sua vez, têm sua base axiológico-normativa. Portanto, logicamente, podem ser exercidas abusivamente.

Trate-se de liberdades, faculdades, funções ou poderes, todos constituem vantagens, cuja configuração depende, em última análise, da estrutura qualificativa da norma jurídica, sendo portanto forçoso concluir pela admissibilidade genérica da figura do abuso do direito em relação a todas as prerrogativas individuais, **visto que nenhuma delas será jamais desprovida de fundamento axiológico**¹⁹⁶. (grifo nosso)

Trazendo essa realidade para o processo civil, vemos que são várias as possibilidades de abuso dessas posições elementares. Por exemplo na previsão do artigo 629 que trata da entrega de coisa incerta, quando cabe ao credor a *faculdade* de escolha da coisa que mais lhe aprouver. Ora, se essa escolha tiver por motivo tão somente prejudicar o devedor, ou impor-lhe obrigação que se sabe que não pode cumprir, dependendo do exame do caso, pode-se chegar à conclusão de que o limite axiológico da norma do art. 629 foi ultrapassado, havendo, portanto, conduta abusiva. Poderíamos citar também, como exemplo, a escolha do foro concorrente, na qual há uma faculdade e, portanto, margem para condutas abusivas. Enfim, na realidade processual, como veremos mais adiante, há uma infinidade de possibilidades de abuso.

Também compartilha desse entendimento Helena Najjar Abdo. Para essa autora, o processo sendo uma relação jurídica, compõe-se de diversas posições que cada sujeito ocupa em cada um dos pólos, sendo que, o modelo do binômio direito subjetivo/dever mostra-se insuficiente face à complexidade e dinâmica da relação processual. Assim, no campo processual a compreensão correta do fenômeno está na noção de situação jurídica, vista como um complexo de posições jurídicas.¹⁹⁷

Dessa forma, se, no âmbito material, o abuso do direito ocorre no desempenho de um direito subjetivo, no processo, o abuso se dá no exercício de uma dessas posições componentes da situação jurídica que ocupa o sujeito.

196 CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*. Op Cit. p. 63.

197 ABDO, Helena Najjar. Op. Cit. Pp. 59.

Assim, só pode abusar dessas posições aquele específico sujeito titular daquele *status*¹⁹⁸.

Esse raciocínio conduz a um outro igualmente importante: assim como só se pode admitir abuso do direito quando o agente é titular de um direito subjetivo, também só se pode admitir abuso do processo quando o *sujeito* (núcleo da situação subjetiva) é *titular* de uma posição processual (poder, dever, ônus ou faculdade). Caso contrário, está-se diante de um ato ilícito e não de um ato abusivo.

Se um terceiro totalmente estranho à relação processual comparece aos autos e faz uso incorreto de um meio ou instrumento processual (cujo uso a lei não lhe confere) pratica ato ilícito e não abusivo¹⁹⁹.

Esse ponto de vista evidencia a faceta estrutural do abuso do direito no processo. Deixa claro quem, na relação processual, pode exercer as condutas abusivas, que são as partes no exercício de suas situações jurídicas. Voltaremos a seguir ao elemento estrutural do abuso do direito de ação.

5.7 – O Abuso do Direito e a abertura semântica do Código Civil de 2002.

O tema do abuso do direito relaciona-se intimamente com a proposta do Código Civil de 2002 de abertura sistêmica através de normas jurídicas dotadas de alto grau de vagueza semântica. Entre elas, a doutrina aponta, além do art. 187 as regras dos artigos 122, 138 entre outras.²⁰⁰

Essas normas vagas representaram nova maneira de pensar o direito privado, muito própria da pós-modernidade. Paulatinamente, ao longo do século XX, as grandes codificações, fechadas em si mesmas, foram sendo relativizadas e substituídas por leis extravagantes, num movimento de *descodificação*. Ao mesmo tempo, as regras fechadas, cuja estrutura lógica

198 Idem. p. 64.

199 Idem. p. 63.

200 LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida. Op Cit. p. 78.

resumia-se a esquemas dedutivos foram colocadas ao lado de outras, que exigiam maior esforço integrativo por parte do julgador²⁰¹.

O novo código civil brasileiro foi justamente nesse sentido, e foi esta a proposta seguida por seus redatores.

Ao encerrar, no Senado Federal, a votação do Projeto do Código Civil, **Josaphat Marinho** apresentou estudo no qual ressaltou a circunstância de mover-se, o legislador, “com espírito isento de dogmatismo, antes aberto a imprimir clareza, segurança e flexibilidade ao sistema em construção, e portanto adequado a recolher a regular mudanças e criações supervenientes”²⁰².

Judith Martins Costa traça importante panorama acerca dessa nova proposta do código consentânea com as mudanças do direito privado ocidental. Parte ela de duas premissas, uma histórica e outra filosófica para explicar o nascimento do fenômeno²⁰³.

Vejam os. Segundo a autora, na perspectiva histórica, as mudanças atenderam a um anseio social que se acentuou no pós-guerra, contraposto ao liberalismo oitocentista centrado na autonomia da *vontade* e no individualismo social. O leque de demandas sociais ampliou-se significativamente. Passou-se do *indivíduo para o indivíduo em sociedade*. As grandes codificações, cujas raízes encontram-se, principalmente, na França e na Alemanha, não conseguiram mais abarcar todas as situações e demandas de uma sociedade cada vez mais complexa e plural. Fez-se necessária uma abertura do sistema, através de regras que abraçassem maior número de situações e hipóteses.

No plano filosófico, ressalta aquela autora que nesse processo de abandono do individualismo voluntarista, o método dedutivo-sistemático, que impregnava a dogmática jurídica, mostrou-se insuficiente, principalmente por propor um sistema totalmente fechado nas grandes codificações.

Todo o pensamento jurídico obedeceria a juízos da lógica dedutiva: verificada a premissa maior (hipótese fática) aplicar-se-ia a premissa menor (a

201 MARTINS-COSTA. Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

202 LAUTENSCHLÄGER. Op Cit. p. 73. Fazendo Referência ao Item 26 do Parecer Final ao Projeto do Código Civil. Disponível em: <www.senado.gov.br>. (grifos no original)

203 MARTINS-COSTA. Judith. Op Cit.

hipótese jurídica), donde se extrairia a conclusão, com a resolução do caso. É evidente que esse juízo de subsunção exigiria uma precisa definição da hipótese e da sua consequência. Não se pede ao juiz que busque elementos exteriores ao sistema (grande codificação) para a resolução do caso, somente lhe é exigida tarefa de interpretação literal. Não cabem aqui regras abertas.

Assim, todas as situações deveriam estar previstas no sistema, que daria solução a todas elas através de um juízo de subsunção²⁰⁴. Tínhamos, em última análise, um sistema *fechado*.

Este tipo de raciocínio foi colado como característica essencial do sistema fechado, que, ao não admitir lacunas legislativas, assentava na crença de que “todas as soluções estão na lei, cabendo ao julgador, sem margem de arbítrio, retirar, delas, as saídas concretas²⁰⁵”.

Porém, como dito, as crescentes demandas e complexidades sociais revelaram a incompletude do sistema, que teve de lançar-mão de normas semanticamente abertas fiéis ao esquema filosófico da tópica aristotélica. Este propunha a aplicação das normas partindo do *problema* e buscando a solução socialmente adequada dentro daquele específico caso concreto. O ponto de partida não era mais os axiomas do “sistema fechado” de estrutura lógico-dedutiva, e sim a situação posta perante o juiz. Tornou-se evidente então a necessidade de admitir a abertura sistêmica, para que o julgador resolvesse a questão importando elementos exteriores ao sistema²⁰⁶.

Justamente nesse esforço de abertura sistêmica, que visa aproximar as decisões judiciais dos valores sociais, se fazem importantes as normas dotadas de vagueza semântica.

Estas normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos

204 Judith Marins-Costa às fls. 373 da obra citada exemplifica o sistema fechado usando a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda. Segundo esta para que um fato fosse considerado existente para o direito ele deveria estar precisamente descrito em lei. Esse pensamento constitui uma evidência de um sistema calcado numa base lógico-dedutiva.

205 MARTINS-COSTA. Judith. Op cit. p. 373.

206 MARTINS-COSTA. Op. Cit. P. 286

indeterminados. Em outros casos, verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas *cláusulas gerais*²⁰⁷²⁰⁸.

O art. 187 do Código Civil, é uma dessas normas dotadas de vagueza semântica. Quando o legislador se refere à conduta abusiva como aquela que “*excede manifestamente os limites impostos pelo seu (do direito) fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*” ele está, propositadamente, inserindo no texto legal conceitos vagos que deverão ser preenchidos pelo juiz na resolução do caso concreto. Ao definir o que vem a ser “*fim econômico ou social*” ou “*boa-fé*” o juiz irá buscar o conteúdo da norma em elementos exteriores ao sistema. Dessa forma se dá a aproximação entre o sistema jurídico e o social.

No entanto, essa integração não é livre, nesse sentido transcrevemos:

A escolha do conteúdo que há de ser conferido à norma que caracteriza a cláusula geral, não estando indicado no texto legislativo, implica ponderações e valorizações que se reportam a um âmbito de referência tecido por variadas *escalas*: os precedentes, a história institucional, as opiniões consolidadas doutrinariamente, os usos e costumes do tráfego jurídico, as soluções advindas do direito comparado. Os precedentes, de modo especial, têm a relevantíssima função de fixar, embora de maneira não rígida, o concreto desenho dos valores aos quais reenviam as cláusulas gerais, possibilitando a solução do caso²⁰⁹.

207 Idem. Ibidem.

208 Conforme os ensinamentos de Judith Martins-Costa cremos não ser possível enquadrar o abuso do direito no conceito de “cláusula geral”. O abuso, como posto no código civil, é sim uma norma dotada de vagueza semântica bem de acordo com o espírito daquele diploma. Porém, segundo aquela autora, as cláusulas gerais, além de conterem vagueza na hipótese também são vagas na determinação da conseqüência. No caso do artigo 187 não há vagueza no conseqüente, vez que é bem delineado que o abuso deve ser reprimido praticamente da mesma forma que os atos ilícitos. Seriam verdadeiramente cláusulas gerais, por exemplo, a função social da propriedade, e, no âmbito do Código Civil, o art. 421. Nesses casos há vagueza tanto na hipótese quando no conseqüente.

Transcrevemos ponto de vista da autora contido nas fls. 367 da obra citada: “Para aplicar a norma que configure cláusula geral é preciso, portanto, que o aplicador do direito a) determine o seu campo e o seu grau de extensão – o que significará concretizar o *standard* ou o valor ao qual ele reenvia – e b) defina, punctualmente as suas conseqüências”.

209 Idem, Ibidem. p. 368.

Portanto, o abuso do direito como colocado no código civil é uma norma que possibilita a abertura do sistema jurídico. Definir exatamente o que quis dizer o legislador quando se referiu à “boa-fé” ou “fim social” seria limitar o âmbito de aplicação do instituto. Nesse caso, a vagueza do enunciado é bem vinda, e para isso, é necessário abandonar a racionalidade lógico-dedutiva.

A doutrina do abuso do direito está em sintonia com a mudança da racionalidade jurídica, que se dirige à superação do ideal de completude do ordenamento, ícone do positivismo e da doutrina liberal, que não encontra guarida no direito civil contemporâneo²¹⁰.

A positivação do abuso do direito no art. 187 representou, portanto, a atualidade da nossa codificação civil. Contudo, a redação daquele dispositivo não ficou imune à críticas. Iremos analisá-las no item seguinte.

5.8 – O Abuso no Direito Positivo.

O Código Civil brasileiro de 1916 não tratou do abuso do direito de forma explícita. Mas, a redação do art. 160 já demonstrava traços da teoria do abuso quando expressava que “*Não constituem atos ilícitos: I – Os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido*”.

Ora, se o exercício regular não constituía ato ilícito, inversamente, o exercício irregular, ou abusivo, fazia. O próprio redator do código interpretava dessa forma esse dispositivo. Transcrevemos texto de Clóvis Bevilacqua:

Nosso Código Civil não podia deixar de referir a essa deformação intencional do direito (o abuso do direito) e o coloca entre os actos ilícitos, constituindo uma classe particular, que se caracteriza pelo uso irregular ou anormal do direito. Cabe ao jurista, partindo dessas bases, desdobrar o pensamento da lei, faze-lo expandir á luz dos

210 CARPENA, Heloísa. *O abuso do Direito no Código de 2002*. Op Cit. p. 383.

princípios e adaptá-lo à infinita variedade dos factos e das relações sociais²¹¹.

A posituação veio com o Código Civil de 2002, no já citado art. 187: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

O legislador ao referir-se a conceitos vagos como *fim econômico e social*, *boa-fé* e *bons costumes*, tencionou dar grande amplitude ao instituto. E isso, como já dito, representa muito bem o espírito e a proposta do código vigente.

Segundo a doutrina, a verificação do abuso, de acordo com o texto positivado, levaria em conta tão somente elementos objetivos. No exame do caso concreto, seria abusiva aquela conduta que demonstrasse “*desconformidade concreta entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional*”²¹². Seria portanto uma análise objetiva. Elementos anímicos da conduta seriam desconsiderados.

A pedra de toque da teoria consagrada pela lei é a adoção do critério do “motivo legítimo”, para identificação do abuso, noção que se extrai das condições objetivas nas quais o direito foi exercido, cotejando-as com sua finalidade e com a missão social que lhe é atribuída, com o padrão de comportamento dado pela boa-fé e com a consciência jurídica dominante, expressa no conceito de bons costumes²¹³. (grifo nosso)

Ao juiz restaria a tarefa de integrar esses conceitos vagos com os valores expressos nos princípios constitucionais, os verdadeiros parâmetros para a verificação da abusividade.

A despeito da posituação ter contribuído muito para a afirmação e consolidação da teoria, o texto legal é muito criticado pela doutrina. Primeiramente, o termo *manifestamente*, usado pelo legislador, seria desnecessário, pois qualquer conduta que ultrapasse os limites axiológico-normativos do direito deve ser considerada abusiva. Pouco importa o grau da

211 Trecho do prefácio da obra citada “Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda” de Jorge Americano.

212 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; DE MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 346.

213 CARPENA, Heloísa. *O Abuso do Direito no Código de 2002*. OP Cit. Pp. 392.

abusividade. Outra impropriedade da redação apontada pela doutrina é a utilização da forma verbal “exercê-lo”, vez que omissões também podem ser consideradas abusivas²¹⁴.

Porém, o que suscitou mais censuras foi a colocação do abuso do direito no título “Dos atos ilícitos”. Já expusemos a distinção entre os conceitos de ato ilícito e ato abusivo, ambas as figuras sendo espécies do gênero da antijuridicidade. No entanto, a estrutura do código, no dizer de Heloísa Carpena, “*obscureceu*” os contornos da teoria do abuso e aproximou o instituto da responsabilidade civil subjetiva, na qual a culpa é quase inseparável do conceito de ilicitude, revelando a posição “*quase anacrônica*” do legislador²¹⁵.

Assim, o melhor entendimento para que a teoria do abuso do direito atinja sua plenitude é considerar a ilicitude do Título III como uma ilicitude *latu sensu*, um gênero do qual o abuso do direito e o ato ilicitude *stricto sensu* são espécies. Nesse sentido:

Assim sendo, o art. 187 do CC, que define o abuso do direito como ato ilícito, deve ser interpretado como uma referência a uma ilicitude *latu sensu*, no sentido de contrariedade ao direito como um todo, e não como uma identificação entre a etiologia do ato ilícito e a do ato abusivo, que são claramente diversas²¹⁶.

Examinado o abuso do direito na doutrina civilista, passemos agora à análise do instituto aplicado ao exercício do direito de ação.

214 Idem. Ibidem.

215 Idem. Ibidem.

216 TEPEPINO, Gustavo. Op Cit. p. 346.

6 – A TEORIA DO ABUSO APLICADA.

Nos capítulos precedentes admitidos a existência de duas modalidades ou sentidos para a palavra “ação”. Um sentido material que se refere aos direitos ditos “materiais”; e outro sentido, dito processual, que trata da garantia constitucional de acesso aos tribunais.

No capítulo 4 *supra*, chegamos à conclusão de que o direito de ação (em sentido processual), dentro do sistema jurídico-constitucional, é um direito público, incondicionado e abstrato.

Isso nos leva à conclusão de que o Estado não pode negar-se a investigar lesões ou ameaças a direitos, sem que a demanda seja devidamente apreciada e julgada. Não há condições pré-definidas para essa apreciação, conforme expusemos²¹⁷.

O inafastabilidade do controle judiciário impõe-se como uma garantia do Estado Democrático de Direito, a quem é dado não só o dever de abstenção, sendo-lhe vedada a criação de normas que dificultem o acesso ao Poder Judiciário, mas também o de promoção do acesso do cidadão à justiça. Portanto, num primeiro momento, o “*simples exercício deste direito não pode configurar abuso*”²¹⁸.

Porém, a liberdade dada ao cidadão para exercer seu direito de ação processual não pode ser exercida com desvio de finalidade, má-fé, ou fora dos limites impostos pela própria Constituição.²¹⁹²²⁰

Dizer que o poder de ação pode ser objeto de abuso não significa de modo algum negar a garantia fundamental de *acesso à justiça*. Como se afirmou anteriormente, a liberdade de que gozam os sujeitos processuais é *relativa* e não absoluta. Assim, a liberdade no exercício do poder de ação está limitada pela vedação ao abuso do processo²²¹.

217 SILVA, Ovído Baptista da. Op Cit. p.68.

218 SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. Op. Cit. p. 94.

219 ABDO, Helena Najjar. Op Cit. p. 77.

220 Jorge Americano já dizia a quase 80 anos: “(...) diz bem com o espírito da democracia o fácil acesso à justiça, a rapidez na solução das demandas, a barateza do respectivo processo. É da natureza dos governos e dos povos livres tal facilidade, mas não deve ir a ponto de converter o exercício da acção numa verdadeira tyrannia de indivíduo sobre indivíduo, amparada pelo Estado.

221 ABDO, Helena Najjar. Op. Cit. p. 191.

Neste capítulo analisaremos a possibilidades de abuso do direito de ação e as conseqüências previstas dentro do sistema jurídico como um todo.

6.1 – O abuso do direito de ação (como síntese das posições jurídicas).

Vimos no item 4.1 *supra* que o direito de ação pode ser visto como um feixe ou uma *síntese das situações ativas da parte no processo*²²², entre as quais, como dito naquele subcapítulo, pretensões, como à tutela jurisdicional adequada; faculdades, como por exemplo, a escolha do foro a ser ajuizada a demanda em casos de competência concorrente; poderes, como o de demandar o réu e provocar o Poder Judiciário²²³.

Todas essas posições jurídicas elementares são decorrentes de previsão no ordenamento jurídico positivo e têm, portanto, fundamento lógico-formal e também seu fundamento axiológico-normativo, que justificam a sua colocação no sistema jurídico²²⁴.

Ora, se elas (posições jurídicas) possuem esse fundamento axiológico-normativo são, conseqüentemente, objetos de abuso. Haverá abuso do direito de ação quando esse fundamento for ultrapassado no exercício legítimo daquele direito. Isso pode se dar, partindo do texto do Código Civil, quando o agente exercer o direito fora dos seus *fins* previstos normativamente. Assim, o sujeito age de forma abusiva quando “*opta por utilizar-se de determinado mecanismo processual para alcançar outros fins que não aqueles normalmente previstos para o respectivo meio ou instrumento utilizado*”²²⁵.

Chegamos assim a uma primeira conclusão: são objetos do abuso do direito de ação não só o poder de demandar, mas também todas as outras posições jurídicas elementares que compõem o feixe denominado “direito de ação”²²⁶.

222 DINAMARCO, Cândido Rangel. Op Cit. p. 293.

223 ABDO, Helena Najjar. Op Cit.p. 64.

224 CARPENA, Heloísa. *O Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*. Op. Cit. Pp. 63

225 ABDO, Helena Najjar.. p 80-81.

226 Idem. p. 190.

Dessa forma seria possível dividir didaticamente o abuso do direito de ação em duas partes: um abuso macroscópico, que seria a utilização do “complexo unitário”²²⁷, como um todo, abusivamente; e também o abuso microscópico, que ocorreria quando as situações jurídicas elementares são exercidas abusivamente, sem que todo o *feixe* se demonstre abusivo.

A doutrina, em sua maioria, quando trata do abuso macroscópico refere-se ao “abuso do direito de demandar”. Porém, esta é somente uma das posições jurídicas elementares do direito subjetivo de ação²²⁸. Já quando trata do abuso microscópico trata de figuras típicas, normalmente contidas no Código de Processo Civil, como por exemplo, abuso do direito (ou ônus) de recorrer; manifesto propósito protelatório; ato atentatório à dignidade da justiça, entre outros.

Quando se fala em abuso macroscópico, pensa-se logo no abuso do “direito” de ação, como preferem alguns autores. Todavia, já se ressaltou que o verdadeiro objeto do abuso do processo é a situação subjetiva processual (poder, dever, ônus e faculdade) e não o “direito” processual. Na verdade (...) a própria existência dos direitos processuais é muito discutida. Por tais motivos, por direito de ação deve-se entender o *complexo*, a *síntese* ou o *feixe de situações jurídicas processuais* de titularidade do autor (sujeito ativo da relação jurídica processual)²²⁹.

Isso pode ter conseqüências práticas muito importantes. Rui Stoco afirma que o abuso do direito de demandar (no caso o abuso macroscópico) pode contaminar todo o processo, já o “*abuso episódico ou isolado, pode, no máximo, conduzir à anulação do ato ou apenas ao reconhecimento do comportamento repudiado pela lei, com a conseqüente imposição de sanção pecuniária*”²³⁰.

Opinião semelhante traz Alcides de Mendonça Lima ao afirmar a existência de duas formas de abuso no processo: o abuso do direito de

227 Denominação utilizada por Giuseppe Lumia, conforme ressaltamos no capítulo 2.

228 Nesse sentido vão Jorge Americano, na obra citada; Rui Stocco, na obra *Abuso do Direito e Má-Fé Processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002; José Olímpio de Castro Filho na obra *O Abuso do Direito no Processo Civil*. 2 ed. Forense, Rio de Janeiro, 1960, entre outros.

229 ABDO, Helena Najjar. Op Cit. p. 190.

230 STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-fé Processual*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002. p. 77.

demandar, e os atos de má-fé ocorridos em seu curso. A primeira corromperia todo o processo, mesmo que os demais atos processuais tenham corrido sem nenhum vício²³¹.

Como já dito, neste trabalho nos limitaremos a tratar do abuso do direito de ação somente na perspectiva macroscópica, primeiro, pela brevidade exigida, e também pelo fato de o abuso, macroscopicamente considerado, oferecer visão mais ampla do instituto, possibilitando a interlocução entre o direito civil e o processual civil.

Definimos, dessa forma, o objeto do abuso do direito de ação, ou seja, as posições jurídicas elementares que compõem a situação subjetiva, sendo, assim, os sujeitos do abuso, aqueles que as exercem²³².

Seguindo essa linha pouco importa se *“a parte que cometeu abuso tenha sucumbido no processo para que esteja obrigada a reparar os danos causados, sendo absolutamente pacífica a doutrina a esse respeito”*²³³. Também nesse sentido:

O *improbus litigator* pode ganhar a demanda, mesmo agindo de má-fé (salvo se servir-se do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal, como dispõe o n. IV do art. 17), se o seu direito não precisava de atitudes desonestas para ser reconhecido. Nem por isso, ele fica imune às sanções de ordem processual e, também, dos atos ilícitos, esses originando a apuração das perdas e danos (arts. 16 e 18)²³⁴.

6.2 – A prova do abuso e a presunção de boa-fé.

Como visto, o direito de ação constitui garantia constitucional, e está intimamente ligado aos princípios fundantes da Constituição. Os objetivos do processo, quais sejam, pacificação social, solução de conflitos²³⁵ e aplicação do direito material em busca da justiça material, são emanações dos princípios

231 LIMA, Alcides de Mendonça. Op. Cit. p.58.

232 ABDO, Helena Najjar. Op. Cit. p. 48.

233 Idem. p. 230-231.

234 LIMA, Alcides de Mendonça. Op Cit. p. 62

235 DINAMARCO, Cândido Rangel. Op Cit.

constitucionais como a solidariedade e justiça social (art. 3º, I, CF); busca do bem comum (art. 3º, IV, CF), entre outros²³⁶.

Decorrência disso é o dever de lealdade no processo, e conseqüentemente, no exercício do direito de ação. O agente deve atuar no limiar daqueles princípios constitucionais que são o fundamento axiológico-normativo do direito de ação, conforme defendemos nos capítulos precedentes.

O dever de lealdade processual também se manifesta na vedação do abuso do direito de ação, sendo um limite à liberdade plena do agente. O Código de Processo Civil prevê severas sanções às condutas que descumprem o dever de lealdade processual, como veremos adiante. Contudo, esse tratamento rígido dispensado pelo código não pode chegar ao ponto de inibir a busca do agente pelo Judiciário. Daqui surge a necessidade de reconhecermos a existência da presunção de boa-fé no exercício do direito de ação²³⁷.

Assim, para que a conduta figure-se abusiva, deve reunir elementos suficientes para elidir a presunção. É essa a sistemática do nosso sistema processual²³⁸.

Há, no entanto, alguns indícios no processo que servem a auxiliar a identificação do abuso. Dentre os casos mais comuns podemos citar: a) o ajuizamento de demanda em que há falta de pressuposto processual; b) ajuizamento de demanda onde não estão presentes as “condições da ação”; c) ajuizamento de demanda em foro absolutamente incompetente, entre outras²³⁹.

Também nesse sentido, José Olímpio de Castro Filho:

(...) quando o autor propõe a ação perante juiz manifestamente incompetente *ratione materiae*; quando litiga acerca de direito real sobre imóveis, sem fazer citar a mulher do réu; quando é parte ilegítima para a causa, que pertence a outrem, que não ele autor (*ilegitimidade ad causam*); quando não tem interesse de agir, ou quando tal interesse é imoral ou ilícito ; ou faz pedido inepto; ou abandona a causa (...) ele poderá estar abusando do direito de demandar. Não lhe foi dado o processo para isso. Isso é abuso²⁴⁰.

236 CARPENA, Heloísa. O Abuso do Direito nos Contratos de Consumo. p. 69.

237 DINAMARCO. Cândido Rangel. Op Cit. p 268.

238 CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do Direito no Processo Civil*. Ed. Rev. e Atual. Forense: Rio de Janeiro. 1960. p. 134.

239 SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Op Cit. p. 99

240 CASTRO FILHO, José Olímpio de. Op. Cit. p. 124.

No entanto, esses indícios, a princípio, não são suficientes para quebrar a presunção de boa-fé e configurar o abuso. Este deve ser provado (ou motivado, quando declarado de ofício pelo juiz), valendo aqui as mesmas regras gerais da prova da teoria geral do processo com o ônus da prova do abuso recaindo sobre aquele que alega a sua ocorrência²⁴¹.

Essa regra, porém, pode dificultar muito a aplicação da teoria, face à impossibilidade de prova. Nesse caso o juiz deve lançar mão de todos os poderes instrutórios que possui²⁴², bem como as *máximas da experiência*²⁴³.

Ademais, tendo em vista o caráter *publicístico* do processo e a lesividade que o abuso representa para a administração da justiça, nada impede – ou melhor, tudo indica – que o juiz se utilize amplamente dos seus poderes instrutórios (CPC, art. 130) e das máximas da experiência (CPC, art. 335) tanto na identificação quanto na realização da prova do abuso²⁴⁴.

Portanto, a prova do abuso não obedece a critérios rígidos, ficando nas mãos do juiz, o que facilita a abertura do sistema e a aplicação da teoria.

O Código de Processo Civil traz disciplina ampla e bastante pormenorizada quanto ao abuso do direito de ação. Esse será o objeto de análise no próximo subcapítulo.

6.3 – O abuso tipificado no CPC: a litigância de má-fé como abuso do direito.

Vimos no capítulo 5 *supra* que o abuso do direito se caracteriza quando o titular de um direito age respeitando a estrutura lógico-formal da norma, mas ultrapassa os seus limites axiológico-normativos. Assim, o abuso

241ABDO, Helena Najjar. Op.Cit. p. 173.

242 Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

243 Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial

244 ABDO. Helena Najjar. Op cit. p. 174.

não seria uma violação frontal à norma, mas uma violação aos princípios justificadores da existência dela no sistema jurídico.

Pois bem, tendo em vista o artigo 17 do Código de Processo Civil, que prevê as condutas caracterizadoras da litigância de má-fé surge a seguinte questão: seriam as condutas previstas nos incisos casos de atos ilícitos por estarem previstas na lei ou seriam somente a positivação de condutas abusivas?

Seguindo o entendimento de Helena Najjar Abdo, a resposta correta parece ser a segunda. Isso, porque todas as condutas ali previstas pressupõem o exercício de um direito legítimo e reconhecido, e também um desvio de finalidade ou uma conduta maliciosa²⁴⁵. O código tentou dar maior rigor ao tratamento do abuso do direito no processo, positivando as possíveis condutas abusivas, colocando-as sob o conceito de *litigância de má-fé*, no art. 17. Mais uma vez nos valem da lição de Helena Najjar Abdo, cujo texto merece ser transcrito:

Por conseguinte, ainda que se esteja diante de um ato expressamente contrário à lei – como o incidente manifestamente infundado provocado por um dos litigantes (CPC, art. 17, VI) -, é muito mais coerente tratá-lo como *abuso do processo* do que como ilícito processual, já que, como no exemplo dado, o ato: (i) está revestido de *aparência de legalidade* (aparenta ser um incidente regular, previsto na lei processual), (ii) é praticado mediante o *exercício de uma situação subjetiva* (poder ou ônus de provocar o incidente) e (iii) apresenta *desvio de finalidade* (tem por fim a procrastinação do feito ou qualquer outra finalidade anormal).

Trata-se, portanto, de mera positivação de um típico caso de abuso processual²⁴⁶. (grifo nosso)

Assim, a litigância de má-fé, da maneira como está no Código de Processo Civil, é a positivação do abuso do direito no processo. Como no

245Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. (Incluído pela Lei nº 9.668, de 23.6.1998)

246 ABDO, Helena Najjar. Op Cit. p. 108.

nosso caso estamos a tratar do abuso do direito de ação numa perspectiva macroscópica, conforme exposto, nem todos os incisos do art. 17 dizem com nosso tema. Mais se aproximam dele os incisos I, II, III e V. Analisemo-os mais detidamente.

O inciso I do art. 17 diz ser litigante de má-fé aquele que “*deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso*”. Esse inciso é perfeitamente aplicável aos casos de abuso macroscópico do direito de ação²⁴⁷. A conduta prevista pode ocorrer não só na propositura da demanda como também nas demais situações do processo.

Quando a lei se refere a '*fatos incontroversos*' quer referir-se aos fatos confessados ou admitidos como verdadeiros no processo, e também aos fatos notórios. Há abuso ao alegar outros que os contrariem²⁴⁸.

Já com relação à dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso em lei, a questão ganha complexidade. A conduta, no caso, para ser reputada abusiva deve ser mais cuidadosamente analisada, pois, nas palavras de Dinamarco “*nem sempre os textos são dotados de tanta clareza ou precisão que afaste toda e qualquer interpretação destoante da que lhe venha sendo dada pela doutrina ou pelos tribunais*”. Assim, nesse caso, o juiz deve usar com muita parcimônia o instituto da litigância de má-fé, sob pena de inibir o acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário, o que não recomenda a Constituição Federal²⁴⁹.

O inc. II do art. 17 diz ser abusiva a conduta que *altera a verdade dos fatos*. Esse inciso desrespeita o *dever de veracidade* que as partes têm no processo, e repete o inc. I do art. 14, do qual adiante falaremos. De qualquer modo valem aqui as considerações feitas no parágrafo acima. Além disso, a previsão aproxima-se do ilícito de Fraude Processual, previsto no Código Penal, art. 347²⁵⁰. Ressalte-se que alterar a verdade dos fatos não significa omitir fatos desfavoráveis já que “*a parte não é obrigada a revelar fatos que possam prejudicá-la*”²⁵¹.

247 Idem. p. 156.

248 DINAMARCO. Cândido Rangel. p. 261.

249 Idem. Ibidem.

250 Código Penal: Art. 347. Inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito. Pena: detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

251 STOCO, Rui. Op Cit. p. 85.

O inciso III deixa ainda mais evidente que o legislador quis, com o art. 17, tipificar hipóteses de abuso do direito no processo, pois explicita o desvio de finalidade na conduta. Assim, atua abusivamente aquele que exerce o direito constitucional de ação não para ver o direito material aplicado, ou para que receba a tutela jurisdicional adequada, mas para exercer sobre réu, por exemplo, pressão psicológica, ou abalar-lhe o crédito perante a sociedade²⁵². cremos, no entanto, que esse inciso pode também abarcar situações não de abuso do direito, mas de fraude à lei, conforme expusemos no item 5.4 *supra*.

Previsão parecida o código traz no art. 129²⁵³, também tratando do abuso macroscópico. A diferença, no entanto, é que nesse caso há *conluio* ente as partes. Hipótese semelhante é muito comum no processo do trabalho, quando há a chamada *lide simulada*, na qual empregado e empregador simulam processo para livrar-se dos encargos sociais ou tributários; e também nos casos de simulação de dívidas entre conviventes e “*a transferência de bens de um para outro em sede de processo de execução*”²⁵⁴.

O inciso V do art. 17, reafirma o inciso III do art. 14 do mesmo código, que diz ser dever das partes no processo “*não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento*”.

A lide temerária pode ser entendida como aquela na qual o litigante vai a juízo sabendo que não tem razão²⁵⁵. Exerce lide temerária aquele agente que utiliza o direito de ação desviando-o de sua finalidade, ultrapassando seu limite axiológico-normativo.

A lide temerária necessita, para sua caracterização, da culpa. Identifica-se a conduta com a “*culpa grave, que se traduz, muitas vezes, em condutas imprudentes, inopinadas, adotadas de forma leviana e sem qualquer seriedade*”²⁵⁶.

Dinamarco conceitua a litigância temerária como o doloso ou imprudente da parte que “*repugne ao senso comum*”²⁵⁷. Seria esse o caso, por

252 ABDO, Helena Najjar. Op Cit. p. 159.

253 Art. 129. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.

254 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: *Código de Processo Civil Interpretado*. MARCATO, Antonio Carlos (org.). São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 93.

255 CASTRO FILHO. José Olímpio de. Op Cit. p. 91.

256 ABDO, Helena Najjar. Op Cit. p.162.

257 DINAMARCO, Cândido Rangel. Op Cit. p. 263.

exemplo do autor que intenta demanda que sabe ser improcedente, ou com pouquíssima chance de sucesso, para consecução de objetivos extraprocessuais.

A sanção para a parte que “litigar de má-fé” é sanção pecuniária, tendo caráter duplo, de um lado reparatório, de outro repressivo²⁵⁸.

Tratemos primeiramente do caráter reparatório. O art. 16 do Código de Processo Civil determina que quem “pleitear de má-fé” responde por perdas e danos²⁵⁹. Assim, o sujeito que abusar do direito de ação, praticando algumas das condutas previstas no art. 17, estará sujeito à responsabilidade civil, nos termos do art. 927 do Código Civil, que dá a disciplina geral da responsabilidade aquiliana. Valem aqui seus mesmos pressupostos, quais sejam, dano, culpa, e nexa causal²⁶⁰.

É imperioso ressaltar que aqui não se trata das verbas sucumbenciais, vez que elas já estão disciplinadas em outros dispositivos no CPC em regras específicas nos o art. 20²⁶¹ e seus parágrafos²⁶².

Aqui surge a dúvida acerca da possibilidade de interpretação extensiva do art. 16 para que se inclua entre os “danos”, ali referidos, o dano moral.

Rui Stoco responde à questão positivamente. Transcrevemos trecho de seu texto:

258 Idem. p. 266.

259 Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente, 260 DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit. p.267.

261 Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. § 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

§ 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

a) o grau de zelo do profissional;
b) o lugar de prestação do serviço;
c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4 Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

262 STOCO, Rui. Op Cit. p. 98.

O uso da ação judicial – seja no âmbito penal ou extrapenal – com o objetivo de retorsão, vindita, maledicência, para desacreditar, desmoralizar alguém, seja caluniando com a imputação da prática de infração penal, difamando ou injuriando, pode importar em ofensa moral.

Também o ato caracterizador de má-fé, expressamente estabelecido em um dos incisos do art. 17 do CPC (principalmente o inciso II - “alterar a verdade dos fatos”), que enseje o reconhecimento da má-fé em juízo, com imposição da sanção estabelecida no § 2º do art. 18 pode, cumulativamente, ainda que decorrente do mesmo fato, ensejar reparação por dano moral²⁶³.

No entanto, esse autor entende que a indenização por danos morais deve ser buscada em ação autônoma, pois não há previsão específica no diploma processual. Abordaremos a questão adiante.

Já com relação a caráter repressivo, e não mais reparatório, o CPC adota, no *caput* do art. 18 a sanção de 1% sobre o valor da causa nos casos de litigância de má-fé.

O art. 18 disciplina a reparação dos danos causados pelo litigante de má-fé. Estabelece que o juiz, mesmo de ofício, condenará o litigante a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta tenha sofrido, acrescidos dos honorários advocatícios e todas as despesas que, porventura, tenha feito, repetindo em parte o art. 20.

No § 2º do art. 18 está a previsão a respeito da quantia a ser indenizada. Prevê o dispositivo que “*o valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor atribuído à causa, ou liquidado por arbitramento*”.

A doutrina ressalta a incoerência existente entre a redação do *caput* do art. 18 e o § 2º, pois naquele o legislador fixou o *quantum* da indenização ao montante dos prejuízos sofridos pela parte, para depois delimitá-la a 20% sobre o valor da causa²⁶⁴.

A interpretação feita pela maior parte da doutrina acerca desse dispositivo é de que o juiz pode, através de uma simples operação aritmética, determinar o *quantum* da indenização quando os danos não ultrapassem o montante de 20% sobre o valor atribuído à causa. Nos casos em que os danos se mostrem maiores, exigindo portanto, maior condenação, o *quantum* será

263 STOCO, Rui. Op Cit. p 99.

264 Idem. p. 102.

determinado através de liquidação por arbitramento (arts. 475-C e 475-D do CPC) ²⁶⁵.

Quanto à possibilidade de intentar ação autônoma de reparação de danos, trataremos no item 6.6 *infra*.

6.4 – Outras previsões do CPC

Além da litigância de má-fé o Código de Processo Civil traz outros casos de tipificação do abuso do direito de ação, bem como previsões que visam prevenir sua ocorrência.

O art. 129 determina que o juiz convencendo-se “*que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes*”. A doutrina, no entanto, entende ser essa disposição redundante e desnecessária, vez que nos casos de pretensão inexistente seria imperioso julgamento improcedente²⁶⁶.

Também seria redundante a previsão do art. 35 do CPC ao dispor que “*as sanções impostas às partes em consequência da má-fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária*”, pois a norma possui outra muitíssimo semelhante no art. 18 do mesmo código, a qual já disciplina que ao litigante malicioso compete indenizar a parte contrária²⁶⁷.

Há inúmeros outros casos em que o código tipifica situações abusivas específicas, ou de abuso microscópico²⁶⁸. A doutrina cita principalmente o art. 233, que trata da parte que requer a citação por edital sem esgotar as demais vias; o art. 273, o qual prevê a antecipação de tutela como sanção ao abuso do direito de defesa; o § único do art. 538, que estabelece multa ao litigante que opuser embargos de declaração com propósito protelatório, entre outros.²⁶⁹²⁷⁰

265 DINAMARCO. Op Cit. p. 266.

266 STOCO, Rui. Op Cit. p. 134.

267 Idem. p. 134.

268 ABDO, Helena. Op Cit. p.199-221.

269 Idem Ibidem.

270 STOCO, Rui. Op Cit. p. 132-140.

Além dessas hipóteses o legislador preocupou-se também com a prevenção de atos abusivos das partes. São vários os dispositivos que vão nesse sentido. Entre eles, o dever do juiz de prevenir atos protelatórios ou contrários à dignidade da justiça, positivados no art. 125, inc. II e III. Há ainda outras formas, como destaca Helena Abdo:

Também cuidou o legislador brasileiro de prevenir abusos em algumas situações específicas, tais como quando: (i) autoriza o juiz a exigir caução para concessão de medida liminar (...); (ii) requer o depósito prévio da importância de 5% sobre o valor da causa como condição de procedibilidade da ação rescisória (...); (iii) determina ao juiz que estabeleça o prazo em que devem ser cumpridos os atos deprecados (...)²⁷¹.

Também é digno de nota o parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil. Estabelece o dispositivo que a parte que não “*cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais*” pode ser condenada, de ofício, a pagar multa de até 20% sobre o valor da causa à Fazenda Pública. A regra introduziu em nosso sistema processual o instituto do *contempt of court*, ou melhor, ‘ato atentatório ao exercício da jurisdição’.²⁷²

Interessante notar que aqui a multa reverte-se ao Estado, vez que é ele o titular da atividade jurisdicional lesada pelo ‘ato atentatório’²⁷³.

Não obstante o grande leque de hipóteses previstas pelo legislador, ainda é necessário tecermos considerações sobre hipóteses de abuso do direito de ação não positivadas, até porque o abuso, como visto, independe de cláusula explícita em lei²⁷⁴.

6.5 – Casos de abuso não positivados.

271 ABDO, Helena Najjar. Op Cit. p. 228-229.

272 NERY JUNIOR, NELSON; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 206.

273 Idem. Ibidem.

274 DINAMARCO. Cândido Rangel. Op Cit. p 267.

Conforme exposto, os casos de litigância de má-fé e as demais situações apresentadas no item 6.4 constituem tipificações do abuso do direito de ação ou do processo como um todo. As hipóteses previstas no art. 17 são taxativas, não admitindo, portanto, ampliação. Não obstante isso, a “litigância de má-fé” não abarca todas as hipóteses de abuso da situação jurídica processual²⁷⁵.

O abuso do direito de ação independe de tipificação ou cláusula específica prevista em lei²⁷⁶. Esta é inclusive uma característica marcante do abuso do direito e o que mais claramente o distingue do ato ilícito, como vimos no capítulo 5.

Comete abuso do direito de ação aquele sujeito que usa esse direito além dos seus limites axiológico-normativos, mesmo respeitando a estrutura formal da regra. Nesse desiderato, abusa do direito aquele indivíduo que propõe demanda com o “*objetivo único de importunar seu adversário, de lhe causar prejuízo ou, simplesmente, de submetê-lo a uma situação vexatória*”²⁷⁷ de forma que use o direito de ação além de seus limites e finalidades²⁷⁸.

Portanto, é plenamente possível um comportamento desleal da parte que cause “*danos à outra parte, seja em uma causa específica ou em um conjunto de ações judiciais (...) sem que as condutas se enquadrem à perfeição em qualquer dos padrões estabelecidos no art. 14, V, ou nos incisos do art. 17 do CPC*”²⁷⁹.

José Olímpio de Castro Filho traz exemplos interessantes a esse tema, apesar de ainda referir-se, na obra estudada, ao Código de Processo Civil de 1939. Refere-se o autor, por exemplo: às ações executivas nas quais haveria abuso quando o credor, mesmo detentor de crédito existente, válido e eficaz nomeia bens à penhora que sabe serem impenhoráveis para tão somente causar transtornos ou pressões sobre o executado (disposição que seria compatível com o §3º do art. 475-J do CPC atual); às ações de nunciação de obra nova quando há “*antecipação da execução*” com a ordem judicial de suspensão da obra e, ao final, a demanda é julgada improcedente; à ação rescisória temerária; aos requerimentos de falência temerários ou cujo objetivo

275 STOCO, Rui. Op. Cit. P. 146.

276 Idem. Ibidem.

277 ABDO, Helena Najjar. Op Cit. p. 192.

278 STOCO, Rui. Op Cit. p. 141.

279 Idem. p. 141-142.

ameaçar ou pressionar o devedor solvente (atualmente a lei 11.101/2005 traz previsão sobre esse caso no art. 101, que traz dispositivo peculiar para reprimir o abuso)²⁸⁰.

A doutrina também ressalta a hipótese de uso abusivo das medidas cautelares ou antecipatórias. Isso decorreria da própria cognição sumária que as caracteriza. O autor, por exemplo, que omite informações ou documentos para simular a 'verossimilhança das alegações'; ou então, que simula o *periculum in mora*, abusaria do direito de ação. Nesse sentido:

O abuso, nesses casos, verifica-se pela deturpação da finalidade da medida liminar, seja ela de natureza cautelar ou antecipatória. Ocorre quando a parte pretende conseguir, com a medida requerida, outros efeitos que não aqueles intrínsecos a esse tipo de tutela de urgência, ou seja, assegurar a efetividade da tutela final, evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação e etc²⁸¹.

Também compartilha deste entendimento José Olímpio de Castro Filho ao ressaltar:

Precisamente porque concedidas, em virtude de sua própria natureza, sem cognição, *inauditor altera pars*, em certos casos, ou com cognição sumária, em outros, as medidas cautelares em geral, já no seu uso normal, levam consigo a possibilidade de se verem mais tarde condenadas como abusivas, toda vez que, posteriormente, no processo de conhecimento, se encontrar provado que aquele que delas se serviu não tinha razão²⁸².

Esse autor, embora tenha feito sua obra com referência ao CPC de 39, ressalta que, em todos os casos nos quais o requerente da medida de urgência tiver, ao final do procedimento ordinário, sua pretensão julgada improcedente, deve indenizar o dano causado²⁸³. Aparentemente essa orientação foi seguida pelo Código de 1973 no artigo 811.

280 CASTRO FILHO. José Olímpio de. Op Cit.

281 ABDO, Helena Najjar. Op. Cit. p. 212.

282CASTRO FILHO. José Olímpio de. Op Cit. p. 178.

283Idem. Op Cit. p. 183.

Ainda é possível apontar casos de abuso quando o sujeito intenta inúmeras ações judiciais contra a mesma pessoa renovando ou não causa que já havia sido julgada. Caso presentes os requisitos para caracterizá-lo, haverá abuso²⁸⁴.

Outra hipótese que vale a pena ser citada é, como já afirmado linhas acima, nos casos de foro concorrente, quando o autor propõe a demanda no mais gravoso ao réu. Ressalte-se que nesses casos o abuso ficará demonstrado se também se demonstrar muito bem os elementos caracterizadores do abuso, principalmente, o desvio de finalidade²⁸⁵.

6.6 – Possibilidade de proposição de ação autônoma.

Vistas algumas das hipóteses de abuso do direito de ação, passemos agora à análise da possibilidade de reparação dos danos causados pela conduta abusiva em ação autônoma.

Como exposto no item 6.3, o § 2º do art. 18 determina a maneira pela qual se dá a reparação dos danos causados pelo litigante de má-fé.

Surge então a questão sobre a possibilidade de proposição de ação autônoma para a busca da indenização pelos danos sofridos em decorrência da conduta abusiva.

Primeiramente, é preciso ressaltar que o ressarcimento dos danos a que se refere o art. 16 do CPC, é o mesmo ressarcimento tratado nos arts. 402 e 403 do Código Civil, ou seja, a reparação engloba tanto os danos (sejam eles materiais ou morais) e os lucros cessantes²⁸⁶.

Nesse sentido.

284 Interessante decisão em sentido contrário foi proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja ementa transcrevemos: *Responsabilidade Civil. Pedido de indenização de ré em ações anteriores, na qual se fizera vencedora. Alegação de abuso de direito na propositura das ações anteriores. Prova de exercício regular de direito pelos autores destas. Código Civil, art. 160, I. Prova de culpa imputada não feita. Julgamento de improcedência da ação proposta pela ré das anteriores ações (TJ-SP – 3ª.C.Dir. Público – Ap. 110.603-5/4 – Rel. Dês. Jacobina Rabello – j. 15.02.2001.*

285ABDO. Op. Cit. p. 219.

286ABDO. Op. Cit. p. 229.

A presença dos lucros cessantes revela-se, por exemplo, numa demanda proposta com o fim de prejudicar a reputação comercial da empresa-ré, em clara atitude de concorrência desleal. Uma vez verificado o *abuso* e os *lucros* cessantes daí decorrentes, é plenamente possível exigir a reparação do responsável pelo dito ato abusivo²⁸⁷.

A doutrina, nesse ponto, não é unânime. Há os que defendem a plena possibilidade de o interessado buscar o ressarcimento em demanda autônoma, na qual o abuso deverá ser provado²⁸⁸.

Nesse sentido há importante precedente do Superior Tribunal de Justiça, o qual transcrevemos:

Dano Processual. Indenização. Competência. Tratando-se de ação fundada em atos ilícitos praticados no curso do processo, a competência para a ação de indenização é da justiça comum, embora tais tenham sido praticados em reclamação trabalhista. Conflito conhecido e declarado competente o suscitado²⁸⁹.

Porém, não podemos olvidar daqueles autores que vêem óbices a esse pensamento. Entre eles, Rui Stoco. Para esse autor, não se poderia reconhecer a possibilidade de indenização em ação autônoma se o juiz da causa em que houve litigância de má-fé não a tenha reconhecido, sob pena de violação da autoridade da coisa julgada material. Isso porque o *caput* do art. 18 do CPC (na redação dada pela Lei 9.668/98) diz ser possível a declaração de ofício pelo juiz da existência da conduta abusiva. Seria, portanto, dever do juiz reconhecê-la. Transcrevemos:

Decisão contrária, tomada em ação própria visando apurar comportamento ímprobo de qualquer das partes em outro processo, ofende a coisa julgada e, mais grave ainda, atinge e viola a convicção do julgador, pela razão simples de que, se na ação na qual a alegação de má-fé ou fraude processual teria ocorrido o magistrado não a reconheceu – seja de ofício ou mediante provocação da parte – quer parecer que, em ação posterior e com esse único desiderato,

287 Idem. Ibidem.

288 Idem. p. 234.

289 STJ, Ccomp 27.416, 2ª Sessão, j. 13.12.99, v.u., *Revista Ltr.* 64/1.022.

outro magistrado não poderá reconhecer aquilo que na sua sede própria não o foi²⁹⁰.

No entanto, esse autor reconhece a possibilidade de indenização em ação autônoma em dois restritos casos: primeiro, quando, não obstante o reconhecimento da conduta abusiva pelo juiz da causa, se fizesse necessária uma complementação da indenização; e também nos casos de não enquadramento da conduta abusiva nas hipóteses do art. 17 do CPC. Assim, não sendo o abuso caso de litigância de má-fé, positivada no art. 17, não incide a previsão do art. 18 *caput*, que prevê dever do juízo de declaração *ex officio*. Assim, intentar ação autônoma nestes casos não ofenderia a coisa julgada e a autoridade do juiz da causa originária²⁹¹.

Nesta segunda hipótese, o citado autor reconhece a possibilidade de aplicação da legislação civil, *in verbis*:

(...) o próprio legislador admitiu a possibilidade de outras hipóteses ali não contidas, que podem configurar abuso do direito de demandar e admitir indenização com base no Direito Comum, ou seja, com supedâneo no Código Civil, na consideração de que o conceito de *improbis litigator* não se esgota na noção de má-fé processual estabelecida no Código de Processo Civil, que se amolda à fraude processual (dolo), mas deixa de fora da previsão outros comportamentos considerados ilícitos.

Apenas e somente nestes casos, que devem ser identificados, impõe-se o ajuizamento de ação específica e não o aproveitamento de ação judicial onde o ilícito teria sido cometido pela parte ou pelo seu advogado (cf.art. 32 da Lei 9.906/94 – Estatuto da Advocacia)²⁹².

É, assim, possível a proposição de ação autônoma, visando à indenização por perdas e danos. Cabe agora a investigação acerca da possível responsabilidade do procurador das partes.

6.7 – Responsabilidade do advogado.

290 STOCO, Rui. Op Cit. p. 129.

291 Idem. p. 129- 146.

292 Idem. p. 146.

Cabe agora o exame sobre a responsabilidade civil do advogado pelos danos causados por conduta abusiva cometida no processo. A discussão ganha importância, sobretudo, pois não raro o abuso do direito de ação se dá através de atos exclusivos do procurador.

A questão não é novidade. Jorge Americano, na obra aqui tantas vezes citada, já debruçou-se sobre problema. Para este autor, o responsável pelos danos causados é a parte, sendo, contudo, garantido a ela o direito de regresso contra o mandatário²⁹³.

Parte o autor de dois pressupostos que justificariam a responsabilidade da parte: a) o mandante deve conhecer o andamento processual e, caso discorde da conduta do mandatário, revogar o mandato, sob pena de “ratificar tacitamente” os atos daquele. Não revogando o mandato o mandante atuaria culposamente, ensejando então a responsabilidade. b) O mandante deveria ser cuidadoso na escolha do advogado que irá patrociná-lo na causa. Assim, caso haja abuso configurar-se-ia a *culpa in eligendo* do mandante, o que fundamenta sua responsabilização²⁹⁴.

Outros autores, também entendem não caber responsabilização do advogado. Rui Stoco compartilha dessa posição citando o artigo 16 do CPC que “*afirma responder por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu, ou interveniente*”²⁹⁵, de modo que o advogado, que não se enquadra em nenhuma dessas figuras, não poderia ser responsabilizado.

Ressalva, no entanto, que:

O advogado sofrerá as sanções de caráter disciplinar, estabelecidas no Código de Ética, podendo sofrer as sanções previstas no Estatuto da Advocacia, que disciplina o seu exercício (Lei 9.906, de 04.07.1994), embora a parte que for sancionada possa exercer, posteriormente, o direito de regresso em face do seu representante legal²⁹⁶.

293 AMERICANO, Jorge. Op Cit. p. 59.

294 Idem. p. 57-60.

295 STOCO, Rui. Op Cit. p. 91.

296 Idem. p. 92.

Compartilha desse entendimento Helena Najjar Abdo, que ressalta não ser o advogado sujeito na relação jurídica processual, não podendo responder dentro daquela mesma relação. Observa, contudo, que o contrato de mandato celebrado entre cliente e advogado rege-se pela disciplina geral do Código Civil, de forma que o advogado, enquanto mandatário, responderia pelos atos, omissões e prejuízos quer causar no exercício do patrocínio²⁹⁷.

O Estatuto da Advocacia dispõe, no art. 32 que: “*em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com o seu cliente, desde que coligado com este para lesar parte contrária, o que será apurado em ação própria*”. A doutrina, no entanto, não restringe a responsabilidade do advogado somente aos casos de dolo, como poderia fazer crer uma primeira leitura do dispositivo; nos autos onde ocorreu o abuso não se pode responsabilizar o advogado, a pretensão de regresso seria demandada face o mandatário em ação própria, na qual o mandante deverá fazer prova do dolo ou culpa do defensor²⁹⁸.

Assim, é opinião praticamente unânime da doutrina a de que, tanto nos casos em que o advogado atuou com culpa quanto naqueles em que houve dolo ou conluio entre procurador e constituinte, resta ao cliente apenas o direito de ingressar com demanda regressiva para ver-se ressarcido em relação à porção dos prejuízos cabentes ao profissional, incumbindo-lhe, ainda, fazer a *prova* (i) do *dolo* e (ii) da *participação* deste último²⁹⁹.

José Olímpio de Castro Filho não tem opinião divergente. Para ele não haveria que se falar em responsabilidade do advogado dentro da relação processual onde deu-se o abuso, até porque haveria presunção de boa-fé do advogado por ser profissional habilitado e inscrito em órgão de classe³⁰⁰.

Ressalte-se que o mesmo vale para a multa do parágrafo único do art.14 do CPC. Ao contrário do que pode parecer, também aqui, a responsabilidade é da parte, sendo-lhe reservado o direito de regresso³⁰¹.

297 ABDO. Op. Cit. p. 176

298 Idem. Ibidem.

299 Idem. Ibidem.

300 CASTRO FILHO. José Olímpio de. Op Cit.

301 NERY JUNIOR; NERY. Op Cit. p.208.

7 – CONCLUSÃO

A dissertação nos levou não a uma, mas a várias conclusões. Primeiramente, firmamos posição, partindo da doutrina de Ovídio Baptista da Silva, de que não se pode abandonar por completo o conceito de ação de direito material (ou em sentido material). O conceito demonstrou-se útil até mesmo para exata compreensão do instituto do direito de ação processual, tema do trabalho. Além disso, partindo das lições de Giuseppe Lumia e Alcides Tomasetti Júnior, entendemos que o conceito clássico de relação jurídica mostra-se insuficiente frente à noção de situação subjetiva.

Quanto ao conceito de direito de ação, após o exame de várias correntes doutrinárias, concluímos, baseados em vários outros autores de renome, que apresenta-se atualmente como um direito público subjetivo, autônomo e abstrato. Além disso, constituiria garantia fundamental do cidadão, exigindo, não só conduta de abstenção do legislador, como também condutas ativas do Estado no sentido de promover sua efetivação. Esse grande incentivo estatal para o acesso à justiça, através do direito de ação, contribuiria sobremaneira para o grande número de casos de abuso do direito.

Defendemos também a autonomia do *abuso do direito* face ao ato ilícito. Ambos os conceitos seriam espécies do gênero antijuridicidade, mas o ato ilícito uma violação frontal à estrutura lógico-formal da norma, e o abuso uma violação da sua estrutura axiológico-material. Assim, a conduta abusiva *aparentemente* seria lícita, mas tão-só num primeiro momento. Essa estrutura *axiológico-material* das normas seria dada pelos valores e princípios, positivados ou não, da Constituição Federal, quais sejam, o bem comum, a solidariedade social, a busca por uma sociedade justa e igualitária, entre outros, a serem analisados caso a caso.

Atentamos para o fato de que o instituto do *abuso do direito*, partindo das lições de Judith Martins-Costa, configura norma dotada de vagueza semântica, e representa muito bem o espírito do Código Civil de 2002, aproximando-se do conceito de *cláusula geral*.

Concluímos também que as categorias *antijuridicidade* e *responsabilidade civil* não se confundem, pois nem sempre condutas

antijurídicas, como o abuso do direito, darão ensejo à responsabilidade civil, sendo imprescindível para tanto o dano e a *culpabilidade* do agente. No entanto, a antijuridicidade, por si só, independentemente da causação de danos, deve ser reprimida pelo Direito, daí a importância de outras formas de tutela diferentes da ressarcitória.

Passando ao abuso do direito de ação, propriamente dito, chegamos à idéia de que o direito de ação, sendo um direito subjetivo, constitui um conjunto de posições jurídicas elementares, formando um *complexo unitário*³⁰². Assim, cada posição jurídica elementar, seja uma faculdade, poder, ou pretensão, são passíveis de serem exercidas abusivamente, pois, como toda posição subjetiva, têm fundamento axiológico-material. Dessa forma, o abuso do direito de ação poderia abarcar enorme gama de situações. Limitamos-nos a analisar, no entanto, a situação subjetiva abusiva como um todo, e não o abuso de cada posição jurídica elementar individualmente considerada, no que chamamos, baseados na doutrina de Helena Najjar Abdo, de *abuso macroscópico* do direito de ação.

Passamos então à análise do abuso do direito de ação dentro da estrutura do Código de Processo civil. Defendemos a idéia de existência de uma presunção geral de boa-fé do litigante a ser ilidida nos casos de abuso do direito. Concluímos que os casos de *litigância de má-fé*, constantes do art. 17 do código, são, em verdade, positavações do abuso do direito de ação, quer microscopicamente quer macroscopicamente considerado.

Quanto à indenização dos danos causados pelas condutas abusivas, entendemos que aplica-se o art. 18 do CPC, e parágrafos, para as hipóteses de litigância de má-fé, para os demais casos a ação autônoma seria a saída. Ressaltamos, no entanto, partindo da obra de Rui Stoco, que nem sempre a ação autônoma é possível. Nos casos de litigância de má-fé, por exemplo, nos quais o juiz tem o dever de pronunciar-se de ofício nos casos de abuso, o reconhecimento do abuso em outro processo ficaria inviabilizado, sob pena de desrespeitarmos a coisa julgada material. Nos demais casos, abordados ou não pelo CPC, a ação autônoma mostrar-se-ia aceitável.

302 LUMIA; TOMASETTI. Op Cit.

Tratamos também da possibilidade de abuso do direito de ação nos casos não tipificados na legislação processual, casos em que se aplicaria à conduta abusiva a legislação civil.

Passamos pelo tema da responsabilidade civil do advogado pela conduta abusiva dentro do processo. Chegamos à conclusão, juntamente com vasta doutrina, de que a responsabilização não pode ocorrer no mesmo processo, sendo, contudo, reservado ao mandante o direito de regresso para que busque o devido ressarcimento pela conduta danosa do defensor.

Finalmente, valem aqui as palavras de Heloísa Carpena sobre o instituto do 'abuso do direito': *“Resta agora aos estudiosos e operadores do Direito dar vida ao instituto, compreendendo seu verdadeiro sentido e alcance a partir da história de sua formulação pela ciência jurídica, dando efetividade à norma do Código de 2002 que o acolheu, de olhos postos na realidade que reclama sua aplicação”*³⁰³.

303 CARPENA, Heloísa. *O Abuso do Direito no Código de 2002*. Op Cit. p. 395.

8 – BIBLIOGRAFIA.

ABDO, Helena Najjar. *O Abuso do Processo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman v.60).

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo.* 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução.* 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARAL,Guilherme Rizzo. *A Polêmica em torno da “Ação de Direito Material”.* In: CARDOSO MACHADO, Fábio; RIZZO AMARAL, Guilherme (org.) *Polêmica Sobre a Ação.* Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2006.

AMERICANO, Jorge. *Abuso do Direito no Exercício da Demanda.* 2ª ed. muito melhorada. São Paulo: Saraiva & Comp. Editores, 1932.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: *Código de Processo Civil Interpretado.* MARCATO, Antonio Carlos (org.). São Paulo: Editora Atlas, 2004

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado.* Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1977.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____ *O Abuso do Direito no Código de 2002: Relativização de Direitos na ótica civil-constitucional.* In: TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do*

Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar 2003.

CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do Direito no Processo Civil.* Ed. Rev. e Atual. Forense: Rio de Janeiro. 1960

CARVALHO NETO, Inácio. *Abuso do Direito.* 4ª ed. Curitiba:Juruá, 2006.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil.* 3 ed (póstuma e inalterada). Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* V.2. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil.* 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2008

GOMES, Fábio; SILVA, Ovídio Baptista da. *Teoria Geral do Processo Civil.* 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil.* 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998

KASER, Max. *Römisches Privatrecht.* C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1992. HÄMMERLE, Ferdinand; RODRIGUES, Samuel (trad.) *Direito Privado Romano.* Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica.* 6. ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Abuso do Direito de Demandar.* In: Revista de Processo. Ano V. Julho-Setembro. N. 19. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1980.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *A Ação na Teoria do Processo Civil.* Prolusão lida na Universidade de Turim em 24 de novembro de 1949.

_____. *Manual de Direito Processual Civil.* DINAMARCO, Cândido Rangel (trad.) Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Nuevas Fronteras del abuso de derecho: Situaciones Jurídicas Lesivas de Libertades. Tutela de Mercado y Amparo.* In: Revista dos Tribunais n.º 723. Janeiro de 1996.

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso do Direito.* São Paulo: Atlas, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Il Diritto di Azione come Garanzia Fondamentale.* In: Rivista di Diritto Processuale, Anno LXIII, n. 6. Novembre – Dicembre 2008. S.L.: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2008.

_____ *Técnica Processual e Tutela dos Direitos.* 2. ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____ *Teoria Geral do Processo.* São Paulo: editora Revista dos Tribunais. 2ª edição revista e atual., 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado.* 1 ed. 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da validade.* 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil Brasileiro.* 25 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v 21).

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1998.

_____ *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1977.

PUGLIESE, Giovanni. IN: *WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. Polemica sobre la "actio"*. MANZHAF, Tomás. (trad.) Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America. 1974.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. v.1. 5 ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes. *Abuso de direito Processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-fé Processual*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; DE MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. *A Relação Jurídica.* Tradução, com adaptações e modificações de G. Lumia. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto.* 3. ed. Milano: Giuffré, 1981 (mimeo).

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal.* 2 ed. 5 vol. São Paulo:Saraiva, 1977.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile.* V 1. Milano: Giuffré, 1947.

ANEXOS

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. DIREITO DE AÇÃO. EXERCÍCIO. ABUSO. BUSCA E APREENSÃO DE AUTOMÓVEL. DÍVIDA PAGA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. VALOR.

O acesso à Justiça, porque assegurado em norma constitucional, constitui conduta absolutamente lícita, e não acarreta responsabilidade, ainda que a pretensão seja repelida ao final. No entanto, excepcionalmente, tal conduta gera responsabilidade civil daquele que promoveu ação temerária, de forma leviana, capaz de ensejar medida causadora de sofrimento moral, ou desonrosa, como nos casos de arresto, busca e apreensão de bens ou pessoas.

INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM VALOR EQUIVALENTE A CEM SALÁRIOS MÍNIMOS.

As vicissitudes de um constrangimento judicial indevido são inerentes ao fato, de modo que as condições subjetivas do lesado só podem ser consideradas, em certos casos (como na situação da autora), agravantes da ofensa, e não causa do dano.

SENTENÇA REFORMADA.

APELAÇÃO CÍVEL

NONA CÂMARA CÍVEL

Nº 70004252524

PASSO FUNDO

MÁRCIA CRISTINA CANFILD BORTOLON

APELANTE

ITAÚ SEGUROS S.A.

APELADA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, dar provimento à apelação.

Custas, na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores Desembargadores **REJANE MARIA DIAS DE CASTRO BINS**, Presidente, e **ADÃO SERGIO DO NASCIMENTO CASSIANO**.

Porto Alegre, 29 de maio de 2002.

DES.^a MARA LARSEN CHECHI,
Relatora.

RELATÓRIO

DES.^a MARA LARSEN CHECHI (RELATORA) – MÁRCIA CRISTINA

CANFILD BORTOLON ajuizou ação de indenização por danos morais contra **ITAÚ SEGUROS S.A.**

Em princípio, adota-se o relatório da r. sentença das fls. 121 a 125, cujo dispositivo está assim redigido: “julgo IMPROCEDENTE o pedido aduzido por **MÁRCIA CRISTINA CANFILD BORTOLON** contra **ITAÚ SEGUROS S/A**, condenando-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, conforme disposição do artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil, suspendendo, no entanto, a exigibilidade face à concessão do benefício da assistência judiciária gratuita”.

Inconformada, **MÁRCIA CRISTINA CANFILD BORTOLON** apela (fls. 129 a 142). Bate-se pelo reconhecimento do dano, etiologicamente relacionado com conduta culposa da ré, consistente no ajuizamento de ação de busca e apreensão de veículo fulcrada em inadimplemento que não existia. Questiona a licitude da conduta de administradoras de consórcio que ajuízam ações de busca e apreensão fundadas em dívida paga, perturbando a paz e o sossego alheios indevidamente. Aponta contradição da sentença na medida em que, após reconhecer indevida a busca e apreensão, concluiu pela inexistência de dano moral.

Em contra-razões (fls. 154 a 162), **ITAÚ SEGUROS S.A.** pugna por manutenção do provimento atacado. Sustenta, em síntese, que “não pode ser penalizada, ou de qualquer forma censurada por quem quer que seja, por exercer seu direito constitucional de ação” e o “mero exercício regular do direito, que conforme dispõe o art. 160, I do CC, não configura ilícito capaz de ensejar em reparação de danos”. Obtempera que o “dano moral é um instituto de direito personalíssimo, isto é, somente o ofendido pelo dano é que tem legitimidade para pleitear em Juízo a reparação do dano”, no caso, a mãe da autora, que faleceu antes do ajuizamento do pedido.

O recurso, preparado, veio submetido a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

DES.^a MARA LARSEN CHECHI (RELATORA) – Versa responsabilidade civil por danos morais relacionados com o exercício do direito de ação.

A primeira questão que se coloca, neste caso, refere-se à legitimidade da autora, considerado o intercorrente óbito daquela que figurava originariamente como ré na ação invocada como fato gerador do dano.

Em matéria de transmissibilidade do direito à indenização, não há convergência na doutrina.

YUSSEF SAID CAHALI elenca três soluções diferentes propostas na doutrina: “a) intransmissibilidade, pelo menos para alguns fatos geradores do dever de indenizar; b) transmissibilidade, se por algum meio o titular do direito à indenização manifestou vontade de exercer a pretensão (se já fora proposta a ação; se o credor constituiu advogado para isso; se cedeu o crédito, caso em que a pretensão cedida é transmissível à causa de morte; se obteve o reconhecimento da dívida pelo ofensor; se por outro modo manifestou vontade de exercer a pretensão indenizatória); c) transmissibilidade em princípio, só sendo intransmissível a pretensão por *lex specialis*.” (Dano Moral, RT, São Paulo, 2^a ed., 1998, pp. 696 e 697).

Na linha doutrinária defendida por **JOSÉ DE AGUIAR DIAS** (Da Responsabilidade Civil, *Forense*, 7^a ed., vol. II, Rio, 1983, p. 898), o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu: “o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima”. (REsp 324886/PR, Primeira Turma, julgado em 21/06/2001, Relator o Senhor Ministro **JOSÉ DELGADO**).

In casu, a questão se resolve sem dificuldade, na medida em que a autora passou a suportar os efeitos dos atos do processo de busca e apreensão, desde que assumiu a condição de ré, em substituição à sua genitora falecida (fl. 19-verso).

O dano que a autora imputa à responsabilidade da ré recaiu justamente nos efeitos refletidos do desencadeamento dos atos da ação de busca e apreensão.

Não há dúvida que medidas desta natureza acarretam alteração psíquica, atingindo a honra de seu destinatário.

Neste caso ocorre o designado dano moral *in re ipsa*, que, na dicção de **SÉRGIO CAVALIERI FILHO**, “deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum” (Programa de Responsabilidade Civil, 2ª ed., São Paulo, 1999, p.80).

Mas não basta a existência do dano, etiologicamente relacionado com a conduta do agente, pois, não raras vezes, o direito de lesar está ínsito a determinadas atividades.

A responsabilidade civil aquiliana constitui, como cediço, ato complexo que só nasce e passa a existir pela conjugação de elementos objetivos e subjetivos, extraídos do conceito do art. 159 do CCB.

Um desses elementos destacados por **ALVINO LIMA**, “... é o fato violador do direito, considerado em si mesmo e que não pode confundir-se com a culpa, que é um elemento distinto.” (em Culpa e Risco, Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1998, pp. 52 e 53).

Entretanto, há situações em que a conduta, embora ajustada aos limites objetivos traçados pela lei, fere ostensivamente sua destinação social, incidindo em abuso.

A solução do caso presente pressupõe, justamente, a aferição dos limites de ordem teleológica ou social, na atuação da empresa ré, por seus prepostos, já que, a princípio, o acesso à Justiça, porque assegurado em norma constitucional, constitui conduta absolutamente lícita, e não acarreta responsabilidade, ainda que a pretensão seja repelida ao final.

No entanto, excepcionalmente, tal conduta gera responsabilidade civil daquele que promoveu ação temerária, de forma leviana, capaz de ensejar medida causadora de sofrimento moral, ou desonrosa, como nos casos de arresto, busca e apreensão de bens ou pessoas.

Consoante sustenta **APARECIDA AMARANTE**, “quando a ação é desonrosa para o réu ou de natureza a acarretar-lhe conseqüências desastrosas, não é suficiente isentar de responsabilidade, estar isento de má-fé ou falta grave; é de fato, um dever elementar não intentar uma tal ação, sem ter tomado as precauções necessárias para não cometer injustiça. Em verdade, existe, então, um prejuízo diverso do simples

exercício da ação. *A temeridade, a simples leviandade degeneram em abuso.* (...) Em matéria de penhora, arresto, o abuso deve ser reconhecido mais facilmente, porque se trata de medida grave, à qual só se deve recorrer em último caso” (Excludentes de Ilicitude Civil, *Del Rey*, Belo Horizonte, 1999, p. 104).

Concretamente, a ré admitiu a imputabilidade do ato e sua negligência exsurge das circunstâncias em que foi praticado.

Além disso, é fato incontroverso a inexistência do inadimplemento alegado como causa de pedir da busca e apreensão, que, de resto, serviu de motivação à extinção do processo, como se colhe da sentença respectiva, *verbis*: “No exame dos documentos apresentados pela requerida, constata-se que todas as parcelas encontravam-se liquidadas, na data do ajuizamento do pedido.” (fl. 19, verso).

Não se justifica a falta de diligência da credora fiduciária com o controle dos registros dos pagamentos efetuados por aqueles com quem contrata, antes de promover medida de tal porte.

Diante deste quadro, abstraído o debate acerca da determinação dos elementos que permitam definir onde começa o abuso de direito, não há dúvida que a conduta da ré configurou o que a doutrina francesa denomina “*méconnaissance de la fonction sociale des droits*” (**JACQUES GHESTIN e GILLES GOUBEAUX**, Traité de Droit Civil – Introduction Générale, Paris, 1994, LGDJ, 4ª ed., pp. 764 a 766).

E as vicissitudes de um constrangimento judicial indevido são inerentes ao fato, de modo que as condições subjetivas do lesado só podem ser consideradas, em certos casos (como na situação da autora), agravantes da ofensa, e não causa do dano.

Destarte, não interessa a fragilidade emocional da autora pela perda de sua mãe, pois, independentemente disto, o abuso de direito se configuraria, tornando ilícita a conduta da ré, suficiente para induzir, por si só, concretização do dano.

Presentes a violação do direito e o prejuízo moral, a obrigação de indenizar revela-se imperativa, segundo o princípio do *neminem laedere*.

Considerando que o dano moral tem liame fundamental com a lesão do bem extrapatrimonial, contido nos direitos de personalidade, o arbitramento do valor da reparação correspondente deve atender à complexidade, individualidade e aos reflexos de cada situação particular, que, no caso *sub judice*, pelas circunstâncias antes delineadas, revestiram-se de considerável gravidade.

O *quantum* deverá, pois, ater-se aos parâmetros médios sugeridos na doutrina, em tabela que propõe variáveis de 5 a 50 salários-mínimos para lesões psíquicas leves, de 50 a 500 salários mínimos para a grave e de 500 a 3600 salários mínimos para a lesão psíquica gravíssima (CLAYTON REIS, Avaliação do Dano Moral, Forense, Rio, 1998, pp. 91 e 105).

Como sustenta o Juiz paulista ANTÔNIO JEOVÁ SANTOS, ao defender a harmonização dos julgados, não se está buscando aqui uma uniformidade, mas um critério capaz de evitar indenizações díspares, um consenso necessário para se estimar cifras inamovíveis (em Dano Moral Indenizável, Lejus, São Paulo, 1997, pp. 75 e 76).

Objetiva-se, sobretudo, superar dificuldades que decorrem naturalmente da ausência de parâmetros legislativos ou tarifamento do dano moral, e da impossibilidade de justa reparação dessas perdas, sob o seu aspecto naturalístico.

Aplicadas todas aquelas premissas, estima-se razoável e suficiente para atingir suas finalidades reparatória e punitiva, indenização equivalente a cem (100) salários mínimos.

A verba indenizatória será calculada pelo valor da salário vigente à data da publicação desta decisão (assim entendida a data da sessão), corrigido a partir daí pela variação do IGP-M, acrescido de juros de 0,5% ao mês, desde a data do fato (ajuizamento da ação de busca e apreensão).

Pelo princípio da sucumbência, a ré deverá suportar as despesas processuais e verba honorária, esta arbitrada em dez por cento (10%) do valor da condenação, tendo em conta a natureza da causa, a extensão e local do trabalho desenvolvido, sem necessidade de participação em audiência e de incidentes intercorrentes - art. 20, § 3º, do CPC.

Ante o exposto, o voto é no sentido de dar provimento à apelação.

DES. ADÃO SERGIO DO NASCIMENTO CASSIANO (REVISOR) – De acordo.

DES.^a REJANE MARIA DIAS DE CASTRO BINS (PRESIDENTE) – De acordo.

Apelação Cível nº 70004252524, de Passo Fundo: “DERAM
PROVIMENTO. UNÂNIME.”

Decisora de 1º Grau: Dra. Gladis de Fátima Ferrareze.

COP