

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SMAILEY ALEXANDRE BEHM

A BOA-FÉ COMO CRITÉRIO PARA AFERIÇÃO DO ABUSO DO DIREITO
PROCESSUAL

CURITIBA
2012

SMAILEY ALEXANDRE BEHM

A BOA-FÉ COMO CRITÉRIO PARA AFERIÇÃO DO ABUSO DO DIREITO
PROCESSUAL

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, ao
Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.
Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart.

CURITIBA
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

Smailey Alexandre Behm

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____

Sérgio Cruz Arenhart
Departamento de Direito Civil e Processual Civil
Universidade Federal do Paraná

Membros: _____

Clayton Maranhão
Departamento de Direito Civil e Processual Civil
Universidade Federal do Paraná

Juliana Pondé Fonseca
Departamento de Direito Civil e Processual Civil
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, dezembro de 2012.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo trazer à voga a questão do abuso do direito no processo civil visto se tratar de uma das áreas onde essa espécie de antijuridicidade mais se propaga.

Além disso, da análise dos conceitos trazidos tanto pelo direito privado como pelo direito público e da problematização já existente na doutrina processual, buscar-se-á a delimitação desta categoria, observando também como interage com a legislação e de que forma tem se dado sua aplicação.

Uma vez diante dessa situação, o intento almejado é de verificar se os critérios que vem sendo utilizados para a aferição do abuso no processo tem se mostrado úteis, se sua operacionalização ocorre de maneira que se torne possível coibir essa prática, seja através de prevenção ou repressão.

Para além disso, se propõe a observância de um critério principal diverso, o princípio da boa-fé, em vista de sua ampla, mas concreta articulação que pode demonstrar efetiva diferença no trabalho de oposição ao abuso.

Por fim, albergada a maneira de aferir o que de fato é ou não é um comportamento abusivo, far-se-á análise das respectivas formas de prevenção e repressão – com o intuito de problematizar sua discussão.

Palavras-chave: abuso do direito; processo civil; boa-fé; prevenção; repressão.

ABSTRACT

The present work aims to bring to mainstream the issue of abuse of process in civil law as this is one area where this kind of broad sense illegality more spreads.

Moreover, from the analysis of the concepts brought by both private and public law and questioning existing procedural doctrine, we will seek to set boundaries to that category, noting also how it interacts with the law and how its application has been given.

Once faced with this situation, the desired intent is to check whether the criteria that has been used for the measurement of abuse in the process has proved useful, if its application is such that it made possible to curb this practice, either through prevention or repression.

Furthermore, it is proposed to observe a diverse main criterion, the principle of good faith knowing of its broad but concrete articulation that can demonstrate effective difference in the work of opposition to the abuse.

Finally, housed a way of measuring what actually is or is not abusive behavior, it will be made an analysis of the means of prevention and repression - in order to expose this important discussion.

Keywords: abuse of rights, civil process, good faith; prevention; repression.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I - A TEORIA DO ABUSO DO DIREITO	8
1. DAS TEORIAS NEGATIVISTAS	9
2. TEORIAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS, A CONTRIBUIÇÃO DE LOUIS JOSSE RAND	11
3. AS CRÍTICAS DE JOSSE RAND E A TEORIA FINALISTA DO ABUSO DO DIREITO	12
4. O ABUSO DO DIREITO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	14
5. BREVE NOÇÃO DA TEORIA DO ABUSO NO CAMPO DO DIREITO PÚBLICO	18
CAPÍTULO II - ABUSO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL	20
1. A IMPORTÂNCIA DO TEMA	21
2. O ABUSO PROCESSUAL NO DIREITO COMPARADO	23
3. O ABUSO DO DIREITO PROCESSUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	28
3.1. A CODIFICAÇÃO DE 1939	29
3.2. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973	32
3.2.1. Da litigância de má-fé	33
3.2.2. Dos atos atentatórios à dignidade da justiça	42
4. O ABUSO PROCESSUAL E A BUSCA DE UM CRITÉRIO EFICAZ	45
4.1. A BOA-FÉ PROCESSUAL	48
5. A BOA-FÉ COMO CRITÉRIO E A DEFINIÇÃO SINTÉTICA DO ABUSO DO DIREITO PROCESSUAL	53
CAPÍTULO III - DA PREVENÇÃO À SANÇÃO – FORMAS DE COIBIR O ABUSO DO PROCESSO	55
1. OS SUJEITOS ATIVOS DO ABUSO DO DIREITO PROCESSUAL	55
2. DA PREVENÇÃO AO ABUSO PROCESSUAL	60
3. DAS SANÇÕES AO ABUSO	62
3.1. A REPARAÇÃO DE DANOS	64
3.2. A IMPOSIÇÃO DE MULTA	66
3.3. A RESTRIÇÃO DE DIREITOS	67
3.4. DA NULIDADE COMO SANÇÃO PARA O ABUSO PROCESSUAL	68
3.5. SANÇÕES PENAI S	69
3.6. O ABUSO AUTORIZANTE	70
3.7. A CONDUTA PROCESSUAL COMO ARGUMENTO DE PROVA	71

CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS.....	76

INTRODUÇÃO

A construção gradativa de relatividade no conteúdo dos direitos ensejou em determinado momento análise qualitativa do exercício destes. Sob essa perspectiva foi que os Tribunais franceses inauguraram, hodiernamente, a concepção de abuso do direito.

Esta categoria que a primeiro momento insurgia-se somente para justificar e fundamentar as decisões tomadas pelos magistrados passou a ter sua natureza discutida pela doutrina, que nas suas mais diversas instâncias, lhe atribuía integração com a moral, a sociologia, a ordem jurídica ou, em alguns casos, sequer lhe reconhecia a autonomia e a existência.

Do desenvolvimento desse tema, que a princípio servia unicamente ao direito privado, e de seu emprego no ordenamento pátrio advieram diversas consequências, que vagarosamente consolidaram sua aplicação e seu reconhecimento – principalmente em face da relativização do conteúdo dos direitos subjetivos e do princípio da boa-fé, como agente interpretativo integrador e instrumento de regência do Direito como um todo.

Nesse mesmo cenário, concebendo a assunção de caráter público pelo Processo Civil e pela forma como este se operacionaliza, demonstrou-se certa a aplicação da categoria do abuso também nessa seara, havendo, para tanto, necessidade de estabelecer as particularidades com que isso se daria.

Assim, no intuito de problematizar a importante discussão que é a do Abuso Processual, buscam-se os limites atribuídos pela doutrina para aplicação de tal instituto, sua instrumentalização e se, da maneira como vem sendo tratado, apresenta-se eficaz.

Nos entremeios deste estudo ressalta-se a aplicação de critérios específicos, os quais podem tornar mais claro e preciso o reconhecimento do abuso em todas as suas modalidades dentro do Processo Civil.

Adiante, concebido um paradigma onde é possível a aferição prática do abuso processual, far-se-á a análise de suas consequências, tanto no que tange a prevenção como no que se refere à repressão desta espécie de antijuridicidade.

CAPÍTULO I - A TEORIA DO ABUSO DO DIREITO

O abuso do direito é categoria que se faz presente nos mais diversos âmbitos do estudo jurídico. Muito embora tenha nascido na seara do direito privado, tal conceito (conforme pretendemos expor) seria melhor catalogado se inserido nos estudos pertencentes à Teoria Geral do Direito, visto que trata da extensão do direito subjetivo, seja qual for sua natureza, e é determinado pela ideia de sua relatividade – produto de um Estado Democrático de Direito.

Antes de mais nada, para que possamos tratar do tema referente ao abuso dos direitos processuais, é importante elucidar todas as questões pertinentes que se destacam na gênese de tal instituto. Faz-se imprescindível desta feita, sejam tecidas considerações sobre a teoria do abuso do direito.

A teoria do abuso do direito, conforme construída a partir do século XIX, teve diversas contribuições que auxiliaram na delimitação do instituto hoje vigente. No que tange ao desenvolvimento deste trabalho importa a análise, mesmo que breve, da doutrina que auxiliou no desenvolvimento do conceito de abuso. Assim, enfrentaremos rapidamente as contribuições trazidas pelas teorias negativistas, que rechaçaram a existência ou até mesmo a necessidade da teorização do abuso em contraposição com a teoria finalista apresentada pelo Louis Josserand. Adiante, com o intuito de determinar sob quais perspectivas será abordado o abuso do direito e qual será o conceito adotado ao adentrarmos a disciplina do Processo Civil veremos a nova perspectiva trazida ao instituto por Eduardo Jordão.

É importante mencionar que as categorias do direito devem ser lidas de acordo com o momento histórico em que foram suscitadas, seu contexto político e social, sob pena de incorrer em conclusões anacrônicas e ilógicas.

As primeiras manifestações doutrinárias acerca do abuso do direito buscavam, ao invés de teorizar, oferecer respaldo às construções jurisprudenciais que nasciam na época. Segundo Eduardo Jordão, tratar-se-ia de uma espécie de “maquiavelismo jurídico” com o simples objetivo de atender a demanda dos interesses sociais que vinham sendo julgados. Nas palavras de Luis Alberto Warat, eram manifestações carregadas de caráter ideológico e não epistêmico.

1. DAS TEORIAS NEGATIVISTAS

Com as manifestações jurisprudências que passaram a levantar a possibilidade de abuso no exercício do direito surgiram, em um primeiro momento, teses que buscavam sua negação, ou por uma consequência lógica dos conceitos que fundamentavam esta nova espécie, pelo equívoco que decorria da própria denominação adotada e, principalmente, sob a perspectiva de manutenção dos direitos individuais em um patamar onde não fosse violado seu aparente caráter absoluto.

Entre os autores que defenderam esta ideia encontra-se Duguit, para quem a própria concepção de direito subjetivo não passava de uma quimera¹. Aduzia, segundo Rosalice Pinheiro, que

“O indivíduo acha-se apenas em “situações jurídicas subjetivas”, definidas como “a regra objetiva ela mesma vista sob seu aspecto subjetivo, e tanto que é aplicada ao indivíduo [...] O indivíduo é simplesmente situado em relação à regra, ativamente ou passivamente”. ”²

Sendo assim, concluía logicamente pela impossibilidade de reconhecimento de uma categoria como a do abuso do direito, cujos alicerces, conforme será visto mais adiante, está justamente no exercício irregular do direito subjetivo.

Na esteira da negativa ao instituto também estava o italiano Mario Rotondi que, muito embora reconhecesse a possibilidade do abuso no campo sociológico, negava sua subsistência como categoria jurídica. Para ele o abuso tratar-se-ia unicamente de um reflexo decorrente da morosidade com que o legislativo acompanhava as mudanças sociais. Segundo ele:

“Assim, sob a visão do histórico e do sociológico se resolve a antítese – juridicamente absurda – entre os dois termos da fórmula, abuso e direito, o conflito não consiste na existência de um ato que seja contemporaneamente lícito e ilícito, exercício de direito e ato antijurídico, o conflito existe, mas é entre a formulação rígida e tradicional de uma norma jurídica, de um direito estabelecido na lei positiva e aquela que é, por consequência de mudadas

¹ PINHEIRO, R. F. *O abuso do direito e as relações contratuais*, p. 70.

² Idem, p.71.

condições econômicas, técnicas, sociais, psicológicas, éticas, a nova consciência jurídica do povo, que se rebela contra o exercício de um tal direito que lhe parece em estridente contraste com a moral ou com a equidade.”³

Para Rotondi o abuso era “um fenômeno social, não um conceito jurídico, pelo contrário [é um] daqueles fenômenos que o direito não poderá jamais disciplinar em todas as suas aplicações que são imprevisíveis: é um estado de ânimo, é a avaliação ética de um período de transição, é aquilo que se queira, mas não é uma categoria jurídica”.⁴

No mesmo sentido que os dois autores anteriormente citados encontrava-se o jurista francês Marcel Planiol que, notavelmente motivado pela ideia de absolutismo que permeava o conceito de direito subjetivo naquele momento histórico, rechaçava a ideia do abuso, julgando-a desnecessária, sendo que os vícios que vinham sendo apurados pela jurisprudência deveriam ser encarados unicamente pelo prisma da ilicitude. É importante ressaltar, no entanto, que o entendimento defendido por Planiol não negava a existência dos atos ditos abusivos no campo fático, bem como da necessidade de repressão a eles.

Sua objeção tomou destaque pela atenção dedicada a terminologia que fora adotada, defendia que a expressão “abuso de direito” consistiria em uma contradição de termos, uma logomaquia. Em suas próprias palavras:

“Esta nova doutrina repousa inteiramente numa linguagem insuficientemente estudada; a sua fórmula ‘uso abusivo dos direitos’ é uma logomaquia, porque se eu uso o meu direito, o meu ato é lícito; e quando ele é ilícito, é porque ultrapasso o meu direito e ajo sem direito, injuria, como diria a lei Aquilia. Negar o uso abusivo dos direitos não é tentar fazer passar por permitidos os atos prejudiciais muito variados que a jurisprudência reprimiu; é somente fazer esta observação de que todo ato abusivo, apenas porque é ilícito, não é o exercício dum direito, e que o abuso do direito não constitui uma categoria jurídica distinta do ato ilícito. Não é preciso portanto ser simplória das palavras: o direito cessa onde o abuso começa, e não pode haver ‘uso abusivo’ dum direito qualquer, pela razão irrefutável de que um só e mesmo ato não pode ser simultaneamente conforme o direito e contrário ao direito.”⁵

³ ROTONDI, M. *L'abuso di diritto*, p. 23-24. Apud JORDÃO, E. F. *Repensando a Teoria do Abuso de Direito*, p. 79.

⁴ ROTONDI, M. *L'abuso di diritto*, p. 24. Apud JORDÃO, E. F. *Repensando a Teoria do Abuso de Direito*, p. 79.

⁵ PLANIOL, M. *Traité élémentaire de droit civil*, p. 298. Apud COUTINHO DE ABREU, J. M. *Do abuso de direito*, p. 45-46. Apud DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 94.

2. TEORIAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS, A CONTRIBUIÇÃO DE LOUIS JOSSERAND

Superado esse primeiro momento advieram duas principais correntes, que reconheciam o abuso como categoria independente, às que focavam no fator intencional, ou seja, as teorias subjetivistas e aquelas que a partir da fixação de critérios determinados verificavam a existência ou a ausência do abuso, as teorias objetivas.

As teorias subjetivas ancoravam-se no elemento intencional como peça base na teoria do abuso do direito. Traziam à frente a necessária verificação deste elemento como critério. Assim, o sujeito deveria ter consciência que seu ato, mesmo que amparado pelo direito subjetivo em exercício, estaria ou teria capacidade de gerar prejuízo para outrem.

Ainda que estas teorias tenham contribuído de forma significativa para o desenvolvimento do atual conceito de abuso do direito, bem como pelo fato de ainda possuírem diversos partidários, não há como sustentá-la. Primeiro porque a noção de prejuízo está inquestionavelmente ligada à verificação de dano – matéria atinente à responsabilidade civil e não para a verificação do exercício abusivo do direito.

Desta feita, ainda que autores como Rui Stoco⁶, Barros Monteiro, Carvalho Santos E Cunha Luna⁷ defendam a teoria do abuso do direito sob a perspectiva de um argumento subjetivo, esta peca em sua própria base, como a dificuldade da prova do elemento subjetivo (*animus nocendi*).

Logo, “Se o abuso do direito é unido, não pelo *animus nocendi*, mas por ser uma transgressão de limites eticossocioeconômicos historicamente dominantes, não vemos razão para a indagação do elemento intencional”⁸.

Não havendo justificativa para se falar em um elemento subjetivo da esfera ontológica do indivíduo restam às teorias objetivas. Cabe esclarecer, contudo, que embora várias teorias tenham sido difundidas, a que mais tomou expressão e contribuiu para a posteridade foi a titularizada pelo francês Louis Josserand.

⁶ STOCO, R. *Abuso do Direito e Má-Fé Processual*, p. 70.

⁷ Idem, *ibidem*.

⁸ GUSMÃO, P. D. de. *O abuso do direito*. Revista Forense, p. 364. Apud DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 105.

3. AS CRÍTICAS DE JOSSE RAND E A TEORIA FINALISTA DO ABUSO DO DIREITO

Diante da problemática levantada por Planiol, críticas ferrenhas advieram por parte de seu conterrâneo, Louis Josserand.

Primeiramente, em oposição à ideia defendida por Planiol, levantava a questão atinente a terminologia adotada. Segundo ele a expressão “abuso do direito” procedia, visto que o exercício de um direito subjetivo poderia não estar em consonância obrigatória com a ordem jurídica como um todo (direito objetivo), em suas próprias palavras:

“Há Direito e direito: o ato abusivo é simplesmente aquele que, realizado em virtude de um direito subjetivo cujos limites são respeitados, é, no entanto, contrário ao direito visto em seu todo e enquanto juridicidade, vale dizer, enquanto corpo de regras sociais obrigatórias. Pode-se perfeitamente ter para si tal direito determinado e no entanto, ter contra si o Direito inteiro.”⁹

Nestes termos Josserand operou conceituar o abuso do direito assim como justificar a repressão de tais atos, que se encontrariam em contraposição direta com o direito objetivo.¹⁰ Neste sentido há manifestação de Paulo Nader:

“na dinâmica do abuso de direito, tem-se, no ponto inercial, aquele que imediatamente antecede a conduta e até quando esta não se complete, a esfera do direito, mas à medida em que a ação se desenrola, no iter, a conduta desborda-se do âmbito de licitude para transformar-se em ato ilícito”¹¹.

A teoria finalista fundamenta-se na aplicação da hermenêutica teleológica ao direito subjetivo¹², que passa a ser compreendido, segundo Castanheira Neves, como “... uma intenção normativa que apenas subsiste na sua validade jurídica enquanto cumpre concretamente o fundamento axiológico-normativo que a constitui”¹³.

Sustentava Josserand:

⁹ JOSSE RAND, L. *Cours de droit civil positif français*, p. 255. Apud JORDÃO, E. F. *Repensando a Teoria do Abuso de Direito*, p. 69.

¹⁰ JORDÃO, E. F. *Repensando a Teoria do Abuso de Direito*, p. 69.

¹¹ Idem, p. 71.

¹² PINHEIRO, R. F. *O abuso do direito e as relações contratuais*, p 94.

¹³ CASTANHEIRA NEVES. *Questão-de-fato-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*, p.522. Apud PINHEIRO, R. F. *O abuso do direito e as relações contratuais*. P. 94.

“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 e 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 inconcebíveis”¹⁴.

Consequentemente todos os direitos, de uma forma ou outra, terminavam por deduzir pretensões em favor da sociedade, da coletividade como um todo. Desta feita, deveria ser resguardado o espírito desses direitos, pois estes indicavam a finalidade pretendida quando de sua gênese. Logicamente, quando o direito não era exercido em conformidade com esses critérios, caracterizava-se o abuso do direito.

Para Sessarego:

“não se trataria de indagar fundamentalmente pelas intenções do sujeito, pela ausência de um interesse sério e legítimo ou de um benefício pessoal, mas para identificar o abuso do direito se aplicaria um critério de caráter objetivo como aquele da função ou finalidade sócio-econômica de cada direito”¹⁵.

Destarte, o exercício regular do direito albergar-se-ia em motivos legítimos que consolidariam a finalidade e consagrariam o espírito da norma, sem violar seu caráter social. Para o autor da teoria finalista, segundo Rosalice Pinheiro¹⁶, todo e qualquer comportamento prejudicial ou malicioso constituiria um motivo ilegítimo para o exercício de um direito e um atentado ao espírito do respectivo instituto, em outras palavras, em um abuso.

Observa-se a partir de tal perspectiva que o Direito assumia um caráter bastante diverso daquele que vinha sendo praticado. Iniciava-se uma tendência à imposição de limites aos direitos subjetivos, destituindo-os do absolutismo com que vinham sendo encarados.

¹⁴ JOSSERAND, L. Apud CARPENA, H. *Abuso do direito nos contratos de consumo*, p. 52-53. Apud DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 106.

¹⁵ SESSAREGO, C. F. *Abuso del derecho*, p. 129. Apud DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*. p. 105.

¹⁶ PINHEIRO, R. F. *O abuso do direito e as relações contratuais*, p 96.

4. O ABUSO DO DIREITO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

No ordenamento pátrio o abuso do direito passou a ser debatido com a codificação de 1916. Ainda que não houvesse previsão expressa na lei, a doutrina e a jurisprudência buscavam a inserção do tema através da interpretação extensiva do disposto no art. 160, inciso I deste diploma.

O referido dispositivo possuía a seguinte redação:

“Art. 160 – Não constituem atos ilícitos:
I – Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.”

Assim, concebendo que o legislador teria posto intencionalmente regra acerca da regularidade na prática de um direito, era possível conceber que este também poderia ser exercido de forma irregular – levando à aplicação da teoria do abuso.

Para Dourado de Gusmão, “preferiu silenciar o legislador a definir o que seja o exercício regular ou irregular do direito, deixando à doutrina esta tarefa, o que permitiu o referido artigo interpretado em face das mais diversas concepções”¹⁷.

Segundo Patrícia Carla Deus Lima a questão que se impunha era quanto aos critérios que distinguiriam o exercício regular do irregular¹⁸. As respostas dadas a esse problema encampavam desde a interpretação sistemática do ordenamento, como proposta pela Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁹, até a interpretação lógica das teorias, pois se “o direito subjetivo nada mais é do que um momento do objetivo, sendo indispensável a preexistência da norma da qual o direito subjetivo é um momento. Portanto, direito subjetivo e objetivo têm o mesmo conteúdo, sendo dois momentos do direito, o momento em ato e em potência. Se o direito objetivo deve ser entendido dentro de uma finalidade social, assim o deve ser, também, o direito subjetivo”²⁰

¹⁷ DOURADO DE GUSMÃO, P. *Abuso do direito*, Revista Forense, p. 370. Apud DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 110.

¹⁸ DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 111.

¹⁹ A respectiva legislação dispunha em seu art. 5º: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

²⁰ DOURADO DE GUSMÃO, P. *Abuso do direito*, Revista Forense, p. 370. Apud DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 111.

Tão logo foi promulgado o Código Civil de 2002 observou-se que tal “lacuna” foi preenchida. No artigo 187 do novo diploma resta enquadrada a acepção, ao menos no que tange aos reflexos práticos, da teoria do abuso do direito, vejamos:

“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.”

A redação do art. 187 determina como ilícitos os atos praticados em desacordo com a finalidade social e econômica de seus respectivos direitos, bem como daqueles que desbordarem dos limites impostos pela boa-fé e pelos costumes.

Num primeiro momento há de se atentar que esta escolha legislativa acabou por categorizar o ato abusivo como uma espécie de ilícito, o que, segundo alguns autores²¹, usurpava a autonomia que deveria ser atribuída ao referido instituto.

Não obstante, importa observar, brevemente, os critérios adotados pela legislação, quais sejam, o excesso aos limites impostos a) pelo fim econômico e social, b) pela boa-fé e c) pelos bons costumes.

Confere, previamente, atentarmos para o fato de que a análise de tais critérios jamais pode ser feita com qualquer tendência restritiva, sendo que o fato justificante de sua tradução legislativa é justamente a abstração dos conceitos ora empregados, que por sua natureza compreendem influência das práticas sociais e da respectiva conjuntura histórica, outorgando dinamismo ao ordenamento jurídico.

No que tange ao princípio da boa-fé referido em tal dispositivo normativo, destaca-se sua perspectiva objetiva, conforme elucida Calcini:

“Para se verificar o abuso do direito, segundo o art. 187 do CC vigente, por violação à boa-fé, deve-se analisar somente seu caráter objetivo, prescindindo-se, por conseguinte, do cotejo do estado psicológico que se refere à esfera subjetiva. Equivale dizer que o Código Civil vigente adotou a boa-fé objetiva, sendo de rigor, para se verificar o abuso do direito, uma análise que vislumbre, objetivamente, se o exercício do direito subjetivo pautou-se em padrões normais de comportamento, valendo-se da lealdade, probidade e transparência”²².

²¹ Nesse sentido PINHEIRO, R. F. *O abuso do direito e as relações contratuais*, p. 295-296 e CARPENA, H. *Abuso do direito nos contratos de consumo*, p. 38.

²² CALCINI, F. P. *Abuso do direito e o novo código civil*, Revista dos Tribunais, p. 41. Apud DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 121.

Os bons costumes, por sua vez, traduzem-se nas normas éticas aceitas para estabelecimento de um convívio mais pacífico e equilibrado em determinado espaço²³. Lembrando que apesar deste conceito inúmeras vezes expressar seus limites em momentos coincidentes com os da boa-fé, ambos diferem – havendo uma ligação mais íntima dos bons costumes com a cultura da respectiva região.

No tocante aos fins econômicos e sociais dos direitos, percebe-se que o legislador incorporou ao ordenamento a concepção funcionalista, o que significa que todo direito deve ser exercido observando, em certa medida, qual foi o motivo que, em primeiro lugar, fundamentou sua implementação no sistema.

“Essa noção mostra, antes de mais nada, o reconhecimento, no ordenamento jurídico brasileiro, de que cada direito subjetivo traz, em sua estrutura interna, elemento axiológico, cuja inobservância implica configuração do ato abusivo”²⁴.

Assim, observado brevemente o panorama que compõe a teoria do abuso do direito e a opção legislativa adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, importa identificarmos o entendimento que melhor conjugue ambos os paradigmas, de forma que seja mantida a coerência entre a teoria e sua aplicação prática – oferecendo, por fim, um conceito adequado tanto ao direito material quanto ao direito processual, alvo do presente trabalho.

Considerado o supra, a doutrina que apresenta maior adequação é a exposta na obra “Repensando a Teoria do Abuso de Direito” de Eduardo Ferreira Jordão.

Primeiramente o referido autor categoriza os atos abusivos como uma espécie do gênero ilícito, partindo do pressuposto de que a ilicitude, por si mesma, deve ser compreendida como antijuridicidade, ou seja, como ato ou omissão que viola regra jurídica²⁵, sendo precisa, conforme citação do próprio autor, a definição dada por Cunha de Sá:

“Ilícito é, assim, o comportamento negador de específicas orientações axiológico-normativas, é a conduta que contradiz concretas proibições de acção ou omissão, como reflexo do juízo de valor contido na norma e, por

²³ BARBOSA MOREIRA, J. C. *Abuso do direito*, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, p. 132. Apud DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 124.

²⁴ DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 126.

²⁵ JORDÃO, E. F. *Repensando a Teoria do Abuso de Direito*, p. 100.

aí, o oposto do comportamento normativamente qualificado como obrigatório relativamente a uma certa situação concreta”²⁶.

Sendo, portanto, o ato abusivo um ilícito há de se determinar qual seria a norma jurídica efetivamente infringida quando de sua consecução. Para Eduardo Jordão a norma atingida pelo ilícito abusivo seria o princípio da boa-fé²⁷.

Segundo disserta o autor, o que fundamenta esta íntima relação dos atos abusivos com o princípio da boa-fé é que mesmo concebendo um ordenamento onde não exista previsão expressa do abuso do direito a repressão destes se justificaria tão somente pelos deveres e limites impostos pelo princípio da boa-fé. Ademais, ainda que não fosse aferível logicamente esta ligação, é recorrente na jurisprudência internacional a repressão do abuso com fundamento na boa-fé, havendo entre outros casos na França, Itália, Suíça e Alemanha²⁸.

Por outro lado, o fato de colocar o ato abusivo na esfera dos ilícitos, mesmo que como espécie de um gênero maior, faz nascer a necessidade de determinar um elemento justificante para sua manutenção em detrimento de um entendimento que limite-se somente a repressão dos atos ilícitos de forma estrita. Segundo Eduardo Jordão essa distinção não está concentrada no aludido exercício irregular do direito, sendo que a qualidade do exercício em nada interfere com um ato que, em últimas consequências, será ilícito. Para o autor, em consonância com a doutrina de Natoli e Gestri, o elemento distintivo se encontraria na aparente ilicitude esposada pelo ato. Em outras palavras, ele está supostamente de acordo com a ordem jurídica, seria aparentemente lícito, no entanto se observado mais atentamente seria possível verificar um atentado ao princípio da boa-fé.

“Numa definição analítica, poder-se-ia afirmar que o ‘abuso e direito’ é o ato ilícito que, embora aparentemente tenha sido perpetrado no exercício de um direito, viola princípios gerais limitadores dos direitos subjetivos”²⁹.

²⁶ CUNHA DE SÁ, F. A. *Abuso do direito*, p. 499 Apud JORDÃO, E. F. *Repensando a Teoria do Abuso de Direito*, p. 100.

²⁷ JORDÃO, E. F. *Repensando a Teoria do Abuso de Direito*, p. 102

²⁸ Idem, p. 103-104.

²⁹ JORDÃO, E. F. *Repensando a Teoria do Abuso de Direito*, p. 120.

5. BREVE NOÇÃO DA TEORIA DO ABUSO NO CAMPO DO DIREITO PÚBLICO

O abuso do direito quando adentra no campo do direito público deve levar em consideração elementos que não se pressupõem na seara privada, algumas dessas características poderão ser analisadas através da análise deste fenômeno no curso do processo civil, no entanto de forma prévia, cabe manifestação sobre a espécie comumente denominada como abuso do poder.

O abuso do poder, em primeiro momento se caracterizaria por seu sujeito ativo que necessariamente deve estar no exercício de prerrogativas concebidas em determinado cargo conferido pelo Estado. Adiante, esta categoria largamente utilizada no direito administrativo pressupõe duas formas distintas de operacionalização que auxiliam em sua definição: o desvio e o excesso do poder.

O desvio do poder, segundo autores como Pedro Baptista Martins, Lúcio Flávio de Vasconcellos Naves e Cretella Júnior, encontra correlação com a manifestação do abuso do direito, divergindo em vias da área de sua aplicação ser no âmbito público – devendo serem reunidos, para sua configuração, a prática de um ato por uma autoridade administrativa levada em consideração sua competência o uso do poder discricionário e o foco em finalidade diversa daquela estampada pela lei ³⁰, em outras palavras:

“fato de um agente de administração, praticando ato de sua competência e de acordo com as normas prescritas pela legislação, usar do seu poder discricionário em casos e em motivos diferentes daqueles em atenção aos quais esse poder lhe foi atribuído” ³¹

De outra feita, o excesso se consolidaria quando ausente a competência da referida autoridade administrativa para prática do respectivo ato.

Nos cabe atentar, no entanto, ao invés de nos estendermos em matéria que não reflete os interesses do presente trabalho, se existe alguma identificação entre as espécies de abuso trabalhadas no âmbito do direito público e no direito privado.

Nesses termos é válida a manifestação de Lúcio Flávio de Vasconcellos Naves ao citar Jorge Cretella Júnior:

³⁰ ABDON, H. N. *O abuso do Processo*, p. 185.

³¹ Araújo, F. F. *O abuso do Direito Processual e o Princípio da Proporcionalidade na Execução Civil*, p.30-31.

“Não podemos deixar de enfatizar que o abuso de poder não se distingue do abuso do direito a não ser em virtude do seu campo de aplicação. Ensinam os especialistas em Direito Administrativo que todo ato jurídico, regular na aparência, realizado por um agente público com uma “finalidade” distinta da que lhe foi originariamente conferida, está viciado por excesso de poder e é nulo”³²

Da mesma forma como se utiliza no âmbito privado, cabe também o emprego da boa-fé para regular se o ato é ou não abusivo, principalmente em face da tradução constitucional do princípio da moralidade administrativa.

Assim, conforme já aduzido no início do trabalho a categoria do abuso do direito não se limita ao âmbito do direito privado, tendo sido somente a área onde sua problemática se expandiu, de forma que concebendo que o conceito não é restrito em sua abrangência, mas sim que compõe a própria teoria geral do direito – deve ter a aplicação mais extensa possível, fazendo-se as devidas ressalvas adaptativas.

Considerando o caráter público inculcado ao Processo Civil, outras especificidades comuns ao abuso do direito nesta seara serão apresentadas quando de sua específica análise.

³² NAVES, L. F. V. *Abuso no exercício do Direito*. Apud Araújo, F. F. *O abuso do Direito Processual e o Princípio da Proporcionalidade na Execução Civil*, p.32.

CAPÍTULO II - ABUSO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Preliminarmente, é necessário deduzir, diante do exame das teorias do abuso vistas anteriormente, qual teria sua aplicabilidade mais adequada ao âmbito processual.

Sabe-se da prevalência de duas tendências que conformam oposição dicotômica em uma parcela significativa dos assuntos jurídicos, quais sejam a perspectiva objetiva e a subjetiva – sendo que ambas foram devidamente tratadas em momento anterior.

O processo civil tem natureza de direito público, devendo primar de forma principal pelo interesse público. O estudo do abuso quando se manifesta nessa seara do direito deve ter por base estas preocupações, revertendo-as na aplicação da respectiva categoria.

Assim, ainda que uma parcela significativa dos autores sustente a necessidade de verificação da vontade do sujeito nas hipóteses de comportamento processual abusivo, ou seja, a aplicação da teoria subjetiva – o sistema brasileiro, todavia, pela maneira como se coloca, parece ter feito escolha diversa, principalmente no que se refere ao processo civil.

Tendo o abuso como antijuridicidade que apesar de aparentemente legal viola o princípio da boa-fé, concebe-se que este último destaca-se em seu aspecto impositivo de condutas práticas, não importando o que se passa na mente do sujeito, mas sim o comportamento que de fato adotou.

Assim, a aplicação da categoria jurídica do abuso do direito dentro do ordenamento jurídico brasileiro deve responder à teoria objetiva, sendo irrelevantes as intenções do sujeito. Adiante tornar-se-á claro o porquê do emprego desta visão, principalmente quando da análise das espécies de abuso constantes na legislação atual e da maneira como se articula o principal critério para sua aferição.

Há de se ressaltar que a opção por uma das vertentes, apesar de refletir a escolha de um padrão que se procura seguir, não se aplica indiscriminadamente. Em outras palavras, existem casos limites onde não se pode levar ao extremo conclusões tiradas no plano teórico, haja vista que o objetivo buscado é dizer o direito de forma conclusiva e com a maior carga de justiça possível.

Outra ressalva que deve ser feita neste momento inicial refere-se à terminologia que será usada no desenvolvimento do trabalho, considerando a multiplicidade de formas com que a doutrina tem se expressado. O primeira e mais óbvia denominação é a do Abuso do Direito Processual, que identifica tanto a área de influência quanto a categoria metodológica que está sendo usada. Alguns autores preferem, de outra feita, a utilização do termo Abuso do Direito de Demandar, fazendo referência direta ao direito de ação, que é o fundamento do processo, mas que também se enquadraria para identificar o abuso dos mecanismos específicos, sendo que em última instância estes também estariam violando o direito fundamental citado. Existem ainda os que preferem o termo Abuso do Processo, cuja significância é bastante similar àquela anterior. Assim, é possível concluir que nenhuma das expressões adotadas esteja equivocada, não havendo, da mesma forma, uma que se destaque ao descrever a categoria – Isto posto, não haveria qualquer imprecisão na utilização das expressões indiscriminadamente, como se sinônimos fossem.

Dito isso, passa-se a análise do Abuso do Direito Processual, objetivando estruturar esta figura, determinar-lhe a área de abrangência e a melhor maneira de verificar sua manifestação.

1. A IMPORTÂNCIA DO TEMA

A relevância da teoria do abuso do direito no âmbito processual possui, além das repercussões reconhecidas nas demais áreas, reflexos práticos que atinam à própria ideia do processo como instrumento público de pacificação social e consecução dos direitos. A partir do reconhecimento do processo como instrumento público, extirpa-se a ideia de que os únicos direitos que devem ser consagrados no seu decorrer são àqueles pertencentes às partes, mas também os do Estado que tem como horizonte, ao exercer a jurisdição, a realização de direitos.

Em outras palavras, o exercício da jurisdição se dá quando, de outra maneira não é possível a resolução de conflitos sociais. A partir desse momento surge também para o Estado, através do exercício da jurisdicional, o interesse na resolução do conflito de forma justa. Assim, toda e qualquer conduta dotada de

malícia e que procure perverter, protelar e desassociar o processo deste fim, não está violando tão somente os direitos dos jurisdicionados, mas sim de toda a coletividade, que arca com a estrutura e com os custos que sustentam o direito de ação.

“A concepção do processo como instrumento destinado à satisfação de interesse público (representado, indiscutivelmente, pela pacificação social com justiça) é incompatível com sua utilização para satisfação de fins egoísticos, de tal modo que as tentativas nesse sentido, por parte dos litigantes, não de ser proibidas. E, assim, muito embora se tenha atribuído crescente importância, com o tempo, ao conjunto de garantias e princípios que gravitam em torno da cláusula do devido processo legal, percebeu-se que o direito à ampla participação dela resultante não pode ser absoluto, encontrando limite na necessidade de impedir desvirtuamento da função pública concretizada por meio do processo”³³.

É inegável, portanto, que a figura do abuso do processo é peculiar e compreende elementos que não se verificam quando tratamos de relações exclusivamente privadas, como ocorre no direito civil. No processo civil, segundo José Olímpio de Castro:

“a repressão se efetua, não porque resulte, ou possa resultar, em dano alheio, senão porque representa, o abuso, por si só, um dano ao Estado. A manutenção da Justiça custa dinheiro, e não é justo que o dinheiro do povo seja empregado para satisfazer a má-fé, a temeridade, o capricho, ou o erro grosseiro de um indivíduo. Por outro lado, suposto que procedessem as partes com correção e lisura no processo, dizendo logo a verdade e só a verdade, muito menor seria o gasto de tempo e de despesas para a solução da controvérsia, pelo mesmo motivo reprime-se a infração da regra de dizer a verdade, ainda quando não haja dano à parte contrária, porque, também aí, há sempre dano ao Estado”³⁴.

A repercussão do abuso processual, ainda que deixado de lado pela legislação (compreendendo somente pequenas previsões específicas de multa e direito às perdas e danos), é matéria que inegavelmente ultrapassa, em reprovabilidade, a perpetração do abuso nas relações privadas, haja vista que além de concebermos o atentado aos interesses da máquina estatal, os reflexos na prática se mostram inquestionáveis, restando afetado o próprio acesso à justiça. Segundo MARINONI:

³³ DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 129.

³⁴ CASTRO FILHO, J. O. *Abuso do direito no processo civil*, p. 33.

“Quanto maior é o número de casos de abuso de direito de defesa, maior é o número de processos em desenvolvimento e, por consequência, maior é o número de juízes e funcionários envolvidos e, bem pior do que isso, maior é o congestionamento e a morosidade da administração da justiça no seu todo”³⁵

Superada a questão do abuso do direito de forma ampla, bem como de sua relevância ao processo, cabe observar a maneira como este foi tratado nos diversos ordenamentos jurídicos, para então buscar o entendimento que se enquadre de forma mais coerente para definir o abuso do processo dentro do Direito brasileiro, bem como os critérios necessários para sua aferição.

2. O ABUSO PROCESSUAL NO DIREITO COMPARADO

Dentre as obras que tratam do fenômeno do abuso do direito processual há de se destacar a publicação coordenada pelo Prof. José Carlos Barbosa Moreira, quando da realização de simpósio sobre o tema, patrocinado pela Associação Internacional de Direito Processual. Caso em que foram tecidas considerações significativas por juristas como Francisco Ramos Méndez, Eduardo Oteiza, Gualberto Lucas Sosa, Jorge W. Peyrano, Hernán Fabio Lopéz Blanco, Jairo Parra Quijano e Humberto Theodoro Júnior, acerca da categoria do abuso processual e da maneira como ela vem sendo tratada nos diversos ordenamentos latino-americanos.

Na consecução do relatório geral atinente aos países Ibéricos, Francisco Ramos Méndez inicia seu trabalho destacando a presença, no ordenamento espanhol, de norma que prevê: a observação da boa-fé nos procedimentos; a possibilidade de o juiz, fundamentadamente, rejeitar a prestação de tutela com manifesto abuso do direito, fraude à lei ou fraude processual; da impossibilidade de desprezo de pretensões das partes por motivos meramente formais; a proibição das provas ilícitas. Tratam-se, desta feita, de cláusulas gerais que não possuem definição exata³⁶.

³⁵ MARINONI, L. G. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 31.

³⁶ MÉNDEZ, F. R. *Abuso de Derecho en el Proceso?* In BARBOSA MOREIRA, J. C. *Abuso dos Direitos Processuais*, p. 1-6.

Para além disto, o jurista chama atenção a duas correntes distintas que permeiam a discussão do abuso do direito no processo, uma delas de carácter autoritário – que coloca o juiz como personagem central e responsável pela manutenção das boas condutas, por meio de sanções e mecanismos de dissuasão – e outra de visão predominantemente liberal, na qual a ideia essencial é que no processo não devem existir quaisquer regras comportamentais que já não estejam pacificadas nos demais setores sociais. Diante desta última concepção há de se encarar os cidadãos como protagonistas do litígio e não o Tribunal, não havendo motivo para estreitar as garantias processuais³⁷.

Adiante, responsável pela redação do relatório geral latino-americano, Eduardo Oteiza assume que a categoria do abuso anteriormente outorgada tão somente ao direito privado verifica-se também no âmbito processual. É pertinente fazermos um pequeno excerto de seu texto, onde expõe, em linhas gerais, sua concepção do abuso do direito, senão vejamos:

“La noción del abuso trabaja sobre distintos aspectos em los cuales los instrumentos procesales son empleados em forma disfuncional. El proceso no logra cumplir su finalidad por múltiples manifestaciones em donde, em sustância, se obstruye, dificulta o altera su objetivo de organizar um debate amplio em el que el órgano jurisdiccional pueda brindar uma solución justa”³⁸.

Em outras palavras, assume que:

“a finalidade do processo se encontra afetada pelo obrar desleal ou contrário ao princípio da probidade, e que esta noção amplamente compartilhada permite controlar a moralidade no processo ainda sem definições concretas, na maioria das legislações latino-americanas, sobre abuso do processo”³⁹.

Gualberto Lucas Sosa, em relatório apresentado na mesma obra, mas agora com enfoque específico no Direito Argentino, ressalta a definição construída pela jurisprudência e busca o emprego de uma vertente mais objetiva ao instituto, ao tratar do abuso dos direitos processuais esclarece que “intentamos caracterizarlo como la conducta que importa una desviación del derecho em cuanto a su función,

³⁷ Idem, ibidem.

³⁸ OTEIZA, E. *Abuso de los Derechos Procesales em America Latina*. In BARBOSA MOREIRA, J. C. *Abuso dos Direitos Processuais*, p. 31.

³⁹ ARAÚJO, F. F. *O Abuso do Direito Processual e o Princípio da Proporcionalidade na Execução Civil*, p. 39.

contrariando los fines de la norma a las reglas de la moral, la buena fe e las buenas costumbres”, trazendo à luz ainda a questão de que no ordenamento argentino “no existe uma definición general de “abuso de derechos procesales”, sino que cuando se violan los deberes de lealtad, probidade e buena fe se sanciona la conducta procesal a través de las figuras genéricas de la “temeridade” y “malicia”⁴⁰.

O jurista argentino defende a normatização dos institutos mediante aplicação de princípios genéricos, sendo que em muitos dos casos não seria salutar, nem eficaz, um regramento detalhado ⁴¹.

Ainda na esteira da doutrina argentina, Jorge Peyrano alude à existência de diferença essencial entre o abuso dos direitos processuais e do abuso do direito no âmbito do processo civil, sendo que o primeiro não se limitaria ao exercício do direito em desacordo com sua função, mas também no exercício inadequado de poderes e deveres funcionais ⁴². Concebe, deste modo, que é possível se verificar abuso tanto nas situações titularizadas pelas partes como naquelas em que age o juiz, os serventuários e terceiros que eventualmente participem do processo mediante alguma prerrogativa. Alude, por fim, na relação existente entre o abuso do direito processual e o princípio da moralidade no processo civil, bem como da necessidade de manutenção de um conceito impresso em linhas gerais que oportunize o juiz não só a reprimir os eventuais atos abusivos, mas também a trabalhar em sua prevenção ⁴³.

No que se refere à perspectiva dos autores colombianos Hernán Fabio López Blanco e Jairo Parra Quijano esposada em obra coordenada por Barbosa Moreira, se extrai, preliminarmente, a inexistência de regulação específica no Direito colombiano sobre o abuso do direito processual. No entanto, segundo Quijano, uma definição poderia ser construída a partir da previsão contida no artigo 71 do diploma processual colombiano, que coloca como expoentes para atuação processual a lealdade, a boa-fé e a ausência de comportamentos temerosos. Não obstante, ressalta a conexão do abuso com as ideias de Justiça Processual, ética legal, ao uso adequado do poder, aos fins da administração da justiça e também às normas

⁴⁰ SOSA, G. L. *Abuso de Derechos Procesales*, In BARBOSA MOREIRA, J. C. *Abuso dos Direitos Processuais*, p. 41 e 51.

⁴¹ ARAÚJO, F. F. *O Abuso do Direito Processual e o Princípio da Proporcionalidade na Execução Civil*, p. 41.

⁴² PEYRANO, J. W. *Abuso de los Derechos Procesales*. In BARBOSA MOREIRA, J. C. *Abuso dos Direitos Processuais*, p. 69.

⁴³ Idem, p. 78

que tratam da celeridade, efetividade, economia e racionalidade do processo. Blanco, por sua vez, chama a atenção para certas condutas das quais são presumidas a má-fé e a temeridade, casos em que a consequência imediata seria a inversão do ônus da prova⁴⁴.

É pertinente a transcrição de pequeno excerto da obra de Francisco Araújo ao ler o relatório de Quijano:

“[...] o abuso do direito processual se encontra relacionado com a má-fé. Se os meios processuais se usam corretamente, o direito material fluirá normalmente e a sentença que se dite se transmudará em paz com justiça social. Diz este autor (Jairo Parra Quijano), com real perspicácia, a nosso sentir, que a ideia do abuso do direito processual está relacionada com as normas de celeridade, efetividade, economia, simplicidade e racionalidade dos processos judiciais”⁴⁵.

Há ainda, na obra coordenada pelo prof. Barbosa Moreira, a contribuição de dois autores uruguaios. No entanto, estes se atem às questões da repercussão que pode vir a ser gerada quando da verificação de um abuso no processo civil, o que será observado em momento oportuno desta monografia.

No que tange ao direito de origem anglo-saxônica, o conceito que mais se identifica com o abuso do direito processual é o do *contempt of court*, na medida em que ambos resguardam a dignidade da prestação jurisdicional. De acordo com a pesquisa de Francisco Araújo a definição acertada pra tal fenômeno estaria no *The Black's Law Dictionary* onde a expressão traduzir-se-ia como:

“qualquer ato com o propósito de embaraçar, impedir, frustrar, atrasar ou obstruir a administração da justiça, ou com a finalidade de depreciar a autoridade ou a dignidade da corte, cometido por qualquer pessoa que esteja sob a sua autoridade, para um procedimento que lhe diga respeito, e obstinadamente desobedece suas ordens legais ou resiste à sujeição de uma determinação que lhe tenha sido dada”⁴⁶.

No entanto, o mesmo autor aduz que esta expressão é utilizada nos mais diversos casos em que ocorre desobediência ao juízo, sendo concebidas modalidades de *civil contempt* e *criminal contempt*. Destarte, sua exposição coloca-

⁴⁴ BLANCO, H. F. L. *Informe acerca del abuso de los derechos procesales em Colombia*. In BARBOSA MOREIRA, J. C. *Abuso dos Direitos Processuais*, p. 82.

⁴⁵ ARAÚJO, F. F. *O Abuso do Direito Processual e o Princípio da Proporcionalidade na Execução Civil*, p. 44.

⁴⁶ ARAÚJO, F. F. *O Abuso do Direito Processual e o Princípio da Proporcionalidade na Execução Civil*, p. 49.

se unicamente de maneira ilustrativa, devendo ser utilizado para fins deste trabalho somente aquilo que se integra ao instituto do abuso do direito processual.

O Direito alemão, por sua vez, segundo Patrícia de Deus Lima, fundamentou a repressão ao abuso do processo primeiramente em previsão expressa de seu Código Civil⁴⁷, e somente em momento posterior e com auxílio da jurisprudência restou consignado no diploma processual a previsão de que as partes devem proceder de boa-fé quando em juízo⁴⁸.

De maneira semelhante encontra-se o Direito italiano, onde mesmo sem previsão expressa para a coibição do abuso, foram interpretados os dispositivos que estabeleciam os deveres de probidade, lealdade e boa-fé⁴⁹.

Em atenção ao ordenamento português, é possível observar o trabalho de Pedro de Albuquerque, que depois de analisar as teorizações sobre o abuso, em vias de diferenciá-lo do fenômeno da litigância de má-fé, conclui tratar-se de “exercício inadmissível e ilegítimo de posições jurídicas quando elas se apresentam no caso concreto como contrário aos vectores do sistema, assente na concretização da boa –fé”⁵⁰. De forma complementar aduz a objetividade do ato abusivo, não havendo necessidade de ser demonstrado o dolo ou a culpa do agente, bastando o comportamento em si mesmo⁵¹. Ademais, o referido autor entende que para a verificação do abuso é necessária a existência efetiva de dano.

Quanto aos reflexos do ato abusivo Albuquerque elenca as seguintes:

“[...] são variadas as consequências associadas ao abuso: a cessação do acto abusivo, com manutenção da posição jurídica; a supressão da posição jurídica de que se faz uso abusivo; um dever de restituir em espécie ou em equivalente; um dever de indemnizar quando se verificarem os pressupostos da responsabilidade civil”⁵².

Diante da análise momentânea, há de se chamar atenção ao fato de que apesar de nenhum dos doutrinadores citados terem de fato procurado uma definição ou conceituação sintética do instituto do abuso do direito processual, todos eles se

⁴⁷ **Section 226.** Prohibition of chicanery - The exercise of a right is not permitted if its only possible purpose consists in causing damage to another. In [http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_alemao_\(em_ingles\).pdf](http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_alemao_(em_ingles).pdf)

⁴⁸ DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 138.

⁴⁹ Idem, p. 138-139.

⁵⁰ ALBUQUERQUE, P. *Responsabilidade Processual por Litigância de Má-fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em virtude de actos praticados no processo*, p.89.

⁵¹ Idem, p.92.

⁵² ALBUQUERQUE, P. *Responsabilidade Processual por Litigância de Má-fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em virtude de actos praticados no processo*, p.93.

remetem a condutas que pervertem a finalidade do processo, estão em desacordo com sua veia ética ou atentam contra a ideia da boa-fé.

Segundo Taruffo:

“a referência à cláusula geral da boa-fé pode ser interpretada ao menos em alguns ordenamentos, como um sintoma do desenvolvimento ainda insuficiente de um mais específico conceito de ‘retidão processual’ que poderia ser usado como um critério para definir analiticamente os casos de abuso no âmbito da administração da justiça”⁵³.

O Sistema processual francês, de outra banda, coloca-se em situação diversa, sendo que comporta previsão expressa da repressão ao abuso em seus artigos 32-1⁵⁴, 559⁵⁵ e 581⁵⁶, havendo inclusive redação bastante semelhante entre os dispositivos. Todavia, impende ressaltar que a simples previsão do comportamento abusivo não basta para que se verifique repressão devida a estes comportamentos.

“A menção expressa ao abuso do processo não é suficiente, contudo, para repressão a esse fenômeno, nem tampouco torna, automaticamente, o sistema processual francês mais eficiente quanto a esse aspecto. Isso porque não há indicação, na legislação processual francesa, do que é efetivamente considerado comportamento abusivo”⁵⁷.

3. O ABUSO DO DIREITO PROCESSUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A doutrina nacional ao tratar do tema do abuso do processo, tem sua sistematização baseada na construção histórica advinda das alterações legislativas.

⁵³ TARUFFO, M. DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, Revista de Processo, p. 152. Apud DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 139.

⁵⁴ **Article 32-1.** Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés.

⁵⁵ **Article 559.** En cas d'appel principal dilatoire ou abusif, l'appelant peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui lui seraient réclamés.

Cette amende, perçue séparément des droits d'enregistrement de la décision qui l'a prononcée, ne peut être réclamée aux intimés. Ceux-ci peuvent obtenir une expédition de la décision revêtue de la formule exécutoire sans que le non-paiement de l'amende puisse y faire obstacle.

⁵⁶ **Article 581.** En cas de recours dilatoire ou abusif, son auteur peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés à la juridiction saisie du recours.

⁵⁷ DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 141.

Importa desta maneira, observar, antes mesmo de expor as linhas doutrinárias, as previsões legais atinentes ao assunto, sendo que houve alteração no tratamento da matéria quando da promulgação do Código de Processo de 1973.

Para além disso, há de se conceber que parcela significativa da doutrina que trata do tema, o faz levando em conta tanto a maneira como os dispositivos se encontram hoje quanto suas facetas diante do diploma processual de 1939, o que obviamente causa repercussão na construção das definições e conceitos que evoluíram observando essa alteração em particular e as advindas do âmbito do Direito Civil⁵⁸.

3.1. A CODIFICAÇÃO DE 1939

O Código de Processo Civil de 1939 abordava de forma inédita o abuso do direito no ordenamento nacional, visto que apesar da dedução doutrinária acerca do art. 161 do Código Civil de 1916 não havia, àquele tempo, qualquer previsão legal sobre o ato abusivo. Vale dizer ainda, que o tratamento dado ao instituto foi, coerentemente, em linhas genéricas, haja vista que o fato de uma tipificação exaustiva somente reduziria o âmbito de abrangência prática da respectiva teoria. Além disso, as modalidades indicadas pela análise conjunta do art. 3º e 63 (dolo, temeridade, fraude, emulação, capricho, erro grosseiro, violência, protelação da lide, falta ao dever de dizer a verdade e o anormal uso do poder de disposição do processo⁵⁹), mostravam-se bastante amplas, sendo considerados tipos abertos⁶⁰, não havendo restrição à incidência da teoria.

Julga-se válido o estudo das referidas categorias, apesar de estarem atualmente revogadas, pelo fato de que continuam a se enquadrar nas espécies possíveis de comportamentos abusivos dentro do processo civil⁶¹.

O dolo como forma de abuso do direito no processo, conforme conceituado por Castro Filho, consistiria no ato que conscientemente seria capaz de induzir à

⁵⁸ Idem, p. 168-169.

⁵⁹ Classificação consagrada na obra de José Olímpio de Castro Filho (*Abuso do direito no processo civil*, p. 88) e também adotada por doutrinadores como Humberto Theodoro Jr, Helena Najjar Abdo, Celso Hiroshi Iochama e Patrícia de Deus Lima.

⁶⁰ ABDO, H. N. *O Abuso do Processo*, p. 145.

⁶¹ ABDO, H. N. *O Abuso do Processo*, p. 146.

prática de um ilícito, ou, nas palavras de Stefano Costa, “consiste em perverter, com a consciência de perverter, os elementos de fato que na relação processual se formam e se acumulam para permitir ao tribunal a decisão da questão”⁶². Assim, há de se destacar o elemento volitivo, no que se refere à modalidade do dolo, que deve estar presente para sua caracterização. Além deste, outro fator de destaque, segundo Humberto Theodoro Junior, é o sujeito passivo principal da conduta, que passaria da parte adversa para o juízo, sendo que ao ser induzido terminaria por prestar equivocadamente a jurisdição⁶³.

Vale atentar, no entanto, que o dolo, sendo dependente da configuração de elemento subjetivo, não encontra guarida nas teorias objetivas sobre o abuso do direito, tendo em vista que a vontade do sujeito não é critério relevante para a respectiva aferição.

A temeridade, por sua vez, tratar-se-ia de uma espécie dolosa. Para Castro Filho, “é a manifestação do dolo substancial, isto é, do litigante que vai a juízo sabendo que não tem razão”⁶⁴. É a manifestação do sujeito que embora esteja consciente da inexistência de seu direito, ainda assim move a máquina do judiciário de maneira desnecessária⁶⁵.

No que toca a modalidade da fraude, por mais que seja frequentemente confundida com o dolo, dissocia-se dele pelo procedimento envolvido em sua consecução principalmente na medida em que faz uso de meios artificiosos para alcançar objetivo defeso em lei⁶⁶. Em outras palavras, a fraude alberga-se na realização de atos lícitos, mas que levarão a uma consequência não protegida pelo direito, enquanto o dolo conformar-se-ia na utilização de meios ilícitos desde o princípio.

Quanto ao vício da simulação é elucidativa a manifestação de Humberto Theodoro Jr., vejamos:

“A *simulação* é diversa da *fraude*. Nesta o ato prejudicial é *verdadeiro*. Naquela, é *falso*, não passando de mera *aparência* “destinada a dissimular

⁶² CASTRO FILHO, J. O. *Abuso do Direito no Processo Civil*, p. 90.

⁶³ THEODORO JR, H. *Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In BARBOSA MOREIRA, J. C. *Abuso dos Direitos Processuais*, p. 95.

⁶⁴ CASTRO FILHO, J. O. *Abuso do Direito no Processo Civil*, p. 91.

⁶⁵ THEODORO JR, H. *Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In BARBOSA MOREIRA, J. C. *Abuso dos Direitos Processuais*, p. 95.

⁶⁶ CASTRO FILHO, J. O. *Abuso do Direito no Processo Civil*, p. 92.

a realidade”, no tocante à natureza, aos participantes, ao beneficiário ou às modalidades da operação realizada”⁶⁷.

O ato abusivo realizado mediante emulação seria aquele que não possui qualquer utilidade para o seu executor e em contrapartida gera danos à parte adversa⁶⁸. De forma semelhante pode ser entendida a categoria que alude ao capricho, diferenciando-se essencialmente pela torpeza que inspiraria o ato e na desnecessidade de causação de dano à outra parte, configurando-se somente em relação ao juízo.

O erro grosseiro, que pode ser tanto de fato quanto de direito, se enquadraria naquilo que a doutrina majoritária chama de erro inescusável, ou seja, não é aquele inofensivo, mas aquele que, pelos deveres concernentes ao postulante, não poderia acontecer, pois está em evidente contrariedade com previsão legal⁶⁹. Exemplos claros seriam a proposição de demanda para cobrar dívida já paga e oposição de embargos infringentes em sentença que não teve voto vencido⁷⁰.

A violência, conforme aduz Humberto Theodoro Jr, é a espécie de abuso que se traduz pelo uso de meios físicos desproporcionais em situações processuais onde esta atuação não se justifica. Exemplos desta conduta seriam remoções de bens, interdições de direitos e demolições⁷¹. A doutrina de Castro Filho ressalta ainda que a violência pode ser tanto física quanto moral, sendo mais frequente, no processo, a segunda – caracterizada essencialmente pelo requerimento de providência de força desnecessária⁷².

Adiante, há a figura da protelação do processo, firmemente reconhecida como uma modalidade de abuso processual. Quando praticada pelo réu, encerraria a previsão do parágrafo único do art. 3 do Código de Processo Civil de 1939, ou seja, restaria configurada quando o réu, de má-fé, e sem justificativa palpável praticasse atos que levariam ao desenrolar do procedimento de forma morosa.

⁶⁷ THEODORO JR, H. *Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In BARBOSA MOREIRA, J. C. *Abuso dos Direitos Processuais*, p. 96.

⁶⁸ Neste sentido CASTRO FILHO (*Abuso do Direito no Processo Civil*, p. 96-97), HUMBERTO THEODORO JR. (*Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, p. 96) e HELENA NAJJAR ABDO (*O Abuso do Processo*, p. 146).

⁶⁹ THEODORO JR, H. *Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In BARBOSA MOREIRA, J. C. *Abuso dos Direitos Processuais*, p. 96.

⁷⁰ ABDO, H. N. *O Abuso do Processo*, p. 148.

⁷¹ THEODORO JR, H. *Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In BARBOSA MOREIRA, J. C. *Abuso dos Direitos Processuais*, p. 97.

⁷² CASTRO FILHO, J. O. *Abuso do Direito no Processo Civil*, p. 100-101.

Quanto ao autor também havia previsão expressa que levaria à absolvição de instância, conforme previsão do art. 201, inciso V daquele mesmo diploma processual⁷³.

O dever de veracidade aludido no art. 63 da codificação ora em comento, deve ser entendido de maneira ampla, resguardando-se a probidade⁷⁴. Sob essa perspectiva, poderíamos aludir, contemporaneamente, ao princípio geral da boa-fé que, observadas suas vertentes objetiva e subjetiva, conglobam tanto a noção de probidade, quanto as de veracidade e lealdade. Assim, violada a observação desta norma orientadora no interregno o processo, incidiria à parte em conduta abusiva.

Por fim, no que toca ao abuso decorrente do poder de dispor do processo, este “resulta ou da ponderação insuficiente das próprias razões ou do mero emprego do processo que determinou dano a outrem, merecedor de reparação, para que o processo não se converta em instrumento de quem não tem razão”⁷⁵. É importante dizer que esta conduta poderia manifestar-se ainda que não houvesse configuração de má-fé.

Observada a classificação decorrente do caráter analítico do Código de 1939, constata-se frequente a presença de um elemento subjetivo, sendo, portanto, necessária à verificação da vontade do sujeito quando da prática do ato processual abusivo. Esta orientação no entanto, foi abandonada quando da promulgação do atual Código de Processo, que, como veremos a seguir, apesar de não se referir especificamente ao abuso, traduz condutas que o caracterizam, e o fazem mediante utilização de critérios objetivos.

3.2. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Conforme anteriormente mencionado o Código de Processo de 1973 não faz menção expressa ao abuso do direito processual, o que, todavia, não afasta a aplicação desta categoria. Optou o legislador pelo tratamento do assunto sob ótica diversa. Segundo veremos adiante, através da conceituação dos institutos da

⁷³ Idem, p. 102.

⁷⁴ Idem, p. 108.

⁷⁵ Idem, p. 111.

litigância de má-fé e das condutas atentatórias à dignidade da justiça, o Código previu, de forma semelhante ao anterior, modalidades do abuso do direito no processo. Por fim, após esta análise e a dos dispositivos legais respectivos, buscar-se-á, diante do instrumental legislativo e doutrinário, encontrar o entendimento que de forma mais coerente, condense o abuso processual.

Segundo Patrícia de Deus Lima, o novo Código de Processo demonstra a preocupação do legislador em conferir eticidade ao processo, para ela:

“as regras processuais éticas delinearão esboço muito nítido do princípio da probidade processual, cujos desdobramentos, no processo, fariam de todos os sujeitos processuais (isto é, juiz, partes, terceiros, auxiliares da justiça, ministério público, etc) seus legítimos destinatários”⁷⁶.

E, por conseguinte, conclui que:

“Constituiriam desdobramentos do princípio da probidade os deveres de lealdade, de veracidade, de civilidade e urbanidade, de imparcialidade, que se traduzem, todos, na necessidade de os litigantes e demais sujeitos processuais se comportarem no processo com boa-fé”⁷⁷.

Essa tendência deu azo à positivação de dispositivos normativos que juridificaram deveres éticos que se encontram bem representados pelo conteúdo do art. 14 do CPC quando este estabelece os deveres processuais e colocando o princípio da boa-fé como elemento indissociável para o acesso e para a prestação da jurisdição.

3.2.1. Da litigância de má-fé

Em consequência direta da assunção de deveres gerais aos participantes do processo o atual CPC também previu, de forma exemplificativa, a possibilidade condutas totalmente opostas a estes primeiros, ou seja, que se encontram em desconformidade com os deveres.

⁷⁶ DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 180.

⁷⁷ *Idem*, 180-181.

Assim, nos termos do art. 17 do CPC, assume a condição de 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. “

Não obstante a evidência do dispositivo legal é prudente a aferição do significado da expressão “litigância de má-fé”.

Celso locohama ao tratar do tema, traz, antes de tudo, a questão atinente à precisão do termo litigância. Ainda que o termo de per si refira-se à existência de uma lide, a aplicação dos dispositivos normativos atinentes à litigância de má-fé não deve ser vista de maneira restritiva, incidindo também nos casos em que a jurisdição prestada é a voluntária.

Superado esse impasse inicial o autor passa a tratar da má-fé, referindo-se a ela disserta o seguinte:

“Veja-se que a má-fé, enquanto conduta, representa justamente o comportamento que não se quer ver diante do processo. Logo, configura-se como uma manifestação essencialmente dolosa praticada, no caso, especificamente pela parte ou intervenientes”⁷⁸.

Com isso observa-se que locohama, ao tratar da má-fé, destaca o elemento volitivo, devendo ser aferida qual a intenção do sujeito quando da prática da conduta.

“Desta maneira, o que faz o art. 17 é indicar expressamente os diversos comportamentos onde a sua subsunção necessariamente exigirá a avaliação do *dolo*, que assumirá uma natureza processual em virtude de sua ocorrência diante da prática de atos com idêntica natureza (processual), admitindo-se, ainda, a figura da culpa grave, pela sua própria aproximação do *dolo*”⁷⁹.

⁷⁸ IOCOHAMA, C. H. *Litigância de má-fé e lealdade processual*, p. 155.

⁷⁹ Idem, *ibidem*

No que toca ao estudo do abuso no processo, tema desta monografia, Celso locohama, estabelece distinção entre este e a litigância de má-fé, baseando-se essencialmente na diferença entre direitos (dos quais se poderia abusar) e deveres (seriam passíveis de descumprimento, mas não de abuso), para ele:

“[...] é importante para se diferenciar as hipóteses de abuso de direito de todas as hipóteses de deslealdade ou má-fé. Por exemplo, dizer a verdade não é um direito, é um dever. Logo, não se abusa do direito de dizer a verdade... se o descumpre, mentindo”⁸⁰.

Conclui aduzindo serem tanto o abuso quanto a má-fé espécies do gênero lealdade processual, senão vejamos:

“De qualquer maneira, é possível caracterizar o abuso do direito como uma das formas de se descumprir a lealdade processual e neste mesmo sentido, agir em má-fé, mas o estudo da lealdade processual acaba sendo mais extenso que o do abuso de direito no plano processual, porque nem tudo que descumpra a lealdade é necessariamente um abuso de direito”⁸¹.

De maneira semelhante pensa Pedro de Albuquerque, para quem o abuso do direito e a litigância de má-fé não se confundem. Segundo ele as principais diferenças estariam no fato de que o abuso do direito possui natureza objetiva e pressupõe a existência de dano, enquanto para a verificação da má-fé é imprescindível o elemento subjetivo e a aferição de dano não é essencial⁸².

Outro argumento que se verifica nesse sentido, de dissociar a litigância de má-fé do abuso do processo, é o defendido por Frederico Garcia Pinheiro que, fazendo uso da teoria da aparência da licitude⁸³ para identificar os atos abusivos, entende que ao positivizar as condutas previstas no art. 17 do CPC o legislador lhes atribuiu ilicitude em sentido estrito, não devendo incidir o regime jurídico próprio do abuso do direito⁸⁴.

As posições esposadas, no entanto, não parecem ser as mais precisas, nem ideais para o tratamento e repressão de condutas maliciosas no âmbito do processo

⁸⁰ Idem, p. 147

⁸¹ Idem, p. 147.

⁸² ALBUQUERQUE, P. *Responsabilidade Processual por Litigância de Má-fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em virtude de actos praticados no processo*, p.92.

⁸³ Teoria defendida por Eduardo Ferreira Jordão, conforme parte final do primeiro capítulo desta monografia.

⁸⁴ PINHEIRO, F. G. *Abuso de direito processual na jurisprudência do STJ*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10998>>.

civil, havendo entendimentos que apresentam maior coerência sistemática e perspectiva de maior eficácia.

Para Patrícia de Deus Lima a litigância de má-fé decorreria da inobservância dos deveres prescritos no art. 14 do CPC. Ademais, ciente dos reflexos e de quais são os critérios necessários para a aferição do abuso processual, a autora julga serem categorias correspondentes⁸⁵ - a litigância de má-fé nada mais seria do que um abuso do direito processual.

“A Litigância de má-fé é um ato de violação ao princípio da probidade processual (boa-fé) e que, lembre-se, diz respeito não a apenas à atividade do autor, mas também à do réu e dos demais intervenientes, ato esse consistente no abuso do direito, mais especificamente no abuso do direito de demandar”⁸⁶.

No mesmo sentido segue a doutrina de Helena Abdo, autora cujo entendimento também coloca todas as hipóteses caracterizadoras da litigância de má-fé como casos de abuso do processo, ressaltando ainda que se trata de conclusão reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal⁸⁷.

Definida a questão da litigância de má-fé de forma genérica, passamos à análise das condutas presentes nos incisos do artigo 17 do CPC, as quais serão realizadas levando em consideração, para distinção do ato abusivo com o ato ilícito em sentido estrito, o critério de aparência de licitude⁸⁸.

O primeiro inciso do art. 17 do CPC reputa litigante de má-fé aquele que deduz pretensão contra texto expresso de lei ou fato incontroverso. Tratar-se-ia não da mera divergência quanto à interpretação da lei, tampouco na adoção de posição minoritária⁸⁹, mas sim de conduta que se encontra em oposição direta a elementos objetivos da lei. Sobre o assunto é válida a manifestação de Arruda Alvim:

⁸⁵ DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 181.

⁸⁶ MAIA, V. F. *Litigância de má-fé no Código de Processo Civil*, p. 49-50 apud DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 181.

⁸⁷ ABDO, H. N. *O Abuso do Processo*, p. 156-157. No mesmo sentido é a posição de Ana Lúcia Iucker Meirelles de Oliveira, conforme citada na obra de Francisco Fernandes de Araújo (*O Abuso do Direito Processual e o Princípio da Proporcionalidade na Execução Civil*, p. 56): “Em todas as hipóteses elencadas no artigo 17, pode-se antever conduta abusiva, que se caracteriza pela utilização das faculdades e dos direitos conferidos a quem litiga de forma divorciada de seus respectivos fins, ou sem qualquer utilidade”.

⁸⁸ A utilização desse critério para identificação do ato abusivo em detrimento do ilícito em sentido estrito está de acordo com o entendimento de Eduardo Ferreira Jordão (*Repensando a Teoria do Abuso de Direito*) e Helena Najjar Abdo (*O Abuso do Processo*).

⁸⁹ MILMAN, F. *Improbidade Processual*, p. 134-135.

“O que é fundamental ter presente, no que diz respeito ao ‘texto expresso em lei’, é a infringência à sua impossível discutibilidade objetiva, nos termos em que o tenha feito, o litigante. Vale dizer, a posição do litigante é destituída de toda e qualquer sustentabilidade”⁹⁰.

Quanto à condenação em face de pretensão conflitante com fato incontroverso, esta justifica-se ante a condição necessária para que o fato adote tal adjetivo. A incontrovérsia só passa a existir quando o autor ou o réu assumem ou deixam de enfrentar a alegação, fazendo com que sobre ela não exista mais necessidade de provas ou discussões. Não havendo justificativa para conduta que se encontra diametralmente oposta à boa-fé, esta deve ser repreendida.

O inciso II do referido dispositivo, por sua vez, alude à alteração da verdade dos fatos, segundo Fábio Milman esta se daria quando:

“Desde logo, importante compreender, de forma mais clara possível, que estará o litigante a alterar a verdade quando alegar fatos inexistentes, negar fatos existentes, der versão falsa para fatos verdadeiros ou, ainda, omitir fatos importantes para o bom julgamento da causa”⁹¹.

A maneira como a hipótese se coloca faz presumir que a caracterização desta espécie de conduta se dá independentemente de elemento subjetivo.

“Com a formação direta da frase: “alterar a verdade dos fatos” (inciso II), deixa-se ao juiz a faculdade de determinar quando a alteração da verdade dos fatos subsume-se ao preceito e induz atuação ilícita passível de reprimenda, seja em razão do agir doloso, seja em face do seu comportamento culposos”⁹².

Adiante, quando a lei repreende a conduta que usa o processo para conseguir objetivo ilegal (art. 17, III, CPC) é necessário compreender em que esta se dissocia da previsão existente no inciso primeiro (principalmente a parte que veda a pretensão ou defesa contra texto expresso de lei), para tanto vale excerto do trabalho de Sérgio Sahione Fadel:

[...] a noção, no caso de objetivo ilegal, se confunde com a de pedido contrário à lei. [...]. Entenda-se que o objetivo ilegal de que fala a lei, é aquele notoriamente ilegítimo, não o outro, que por não ter cobertura legal, acarreta a improcedência da ação. Em verdade, sempre que a ação

⁹⁰ ALVIM, A. *Tratado de Direito Processual Civil*, p. 439 Apud MILMAN, F. *Improbidade Processual*, p. 135.

⁹¹ MILMAN, F. *Improbidade Processual*, p. 137.

⁹² STOCO, R. *Abuso do Direito e Má-fé processual*, p. 85.

improcede, no fundo, o objetivo do autor terá sido ilegal (contrário à lei ou não amparado por ela). Mas obviamente não é disso que se trata. O objetivo há de ser, comensalmente, tido e sabido como ilegal. Como o do jogador que ingressa em juízo para cobrar dívida de jogo”⁹³.

No mesmo sentido veja-se a posição de Barbosa Moreira:

“[...] poderia parecer que esta hipótese se configura sempre que algum litigante pretenda resultado em contradição com o direito positivo. Assim entendido, porém, o dispositivo abrangeria o caso do nº I, fazendo-o supérfluo. [...]. O ‘objetivo ilegal’ [...] há de ser outro, não diretamente ligado ao *petitum* – por exemplo: expor a parte contrária à desonra pública, abalar-lhe o crédito, exercer sobre ela pressão psicológica ou econômica para obter favores ou vantagens indevidas etc.”⁹⁴.

A previsão contida no quarto inciso do art. 17 traz, a sua vez, a aversão do sistema à conduta que injustificadamente ofereça resistência ao andamento do processo. A subsunção ao referido dispositivo normativo se daria em todas as oportunidades em que um litigante, sem justificativa legítima, fizesse uso do processo com o único objetivo de torna-lo moroso – v.g. evitando propositalmente comunicação processual, deixando de comparecer em audiências⁹⁵.

Nas palavras de Fábio Milman traduzir-se-ia da seguinte forma:

“Opor resistência injustificada ao andamento do processo corresponde, no linguajar forense, à chicana, certamente o mais comum dos expedientes de improbidade processual porque, para sua realização, desnecessário qualquer talento, qualquer esforço de raciocínio. Conforme Jorge Americano: “A protelação da lide incide na sanção do abuso do direito, quanto à modalidade de seu exercício”⁹⁶.

Não bastasse isso, ainda é contemporânea a lição de Oscar da Cunha:

“Entre as formas do dolo processual, a mais variada e a mais tolerada, isto é, a menor eficientemente combatida, é a protelação do curso do processo. Geralmente diz-se que a protelação é uma chicana, e o protelador um chicanista ou chicaneiro. Em verdade, porém, em bom vernáculo, chicanar é abusar da justiça, porque chicanar é trapacear, tergiversar, enredar, cavilar, contestar sem fundamentos, suscitar dificuldades por capricho e por má-fé. [...]. O protelador, o tergiversador, o chicanista é o cavaleiro andante do dolo, o quadrilheiro audaz e esperançoso de que por qualquer meio, e não

⁹³ FADEL, S. S. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 83 Apud MILMAN, F. *Improbidade Processual*, p. 139.

⁹⁴ BARBOSA MOREIRA, J. C.. *Responsabilidade das partes por dano processual*, p. 25 Apud MILMAN, F. *Improbidade Processual*, p. 139-140.

⁹⁵ ABDO, H. N. *O Abuso do Processo*, p. 160-161.

⁹⁶ MILMAN, F. *Improbidade Processual*, p. 143.

importa como, conseguir a vitória da injustiça. Se a mentira, como disse HELWIG, é a prostituição do processo, o chicanista há de ser, por força, o proxeneta desse infame comércio. [...]. Assim, a chicana arma a sua tenda bem junto à tenda da justiça, e entra nos processos requerendo, afirmando, ou contestando, com um tal poder de convicção que , difícil senão impossível, na maioria dos casos, é tolher as audácias dos seus golpes”⁹⁷.

Por fim, ainda diante do inciso IV, não resta qualquer indicação que é necessária a verificação de elemento subjetivo para que a conduta se subsuma ao tipo, visto que em muitos dos casos pode-se antever o objetivo protelatório pelo seu mero requerimento, haja vista que não terá consequência útil no processo.

No que se refere ao inciso V do art. 17, que qualifica como de má-fé a conduta do litigante que proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, é importante definir o significado de temeridade.

Veja-se que a questão em tela já teve semelhante apreciação em vista de dispositivo semelhante no Código de Processo Civil de 1939. Cabe, todavia, a apreciação desta concepção de forma contextualizada.

Para Fábio Milman a temeridade caracteriza-se com o preenchimento de dois requisitos, quais sejam, a) que do agir dentro do processo resulte dano desproporcional à contraparte e b) que não se justifique a incorreção do comportamento por potencial desconhecimento das consequências – em suas próprias palavras: “A temeridade no agir é manifestação do dolo substancial, o que vale dizer, ir a juízo sabedor de não ter razão”⁹⁸.

Contudo, considerado o fato de que a presente conduta além de configurar litigância de má-fé também se enquadraria no regime jurídico do abuso processual, haja vista este último abarcar o anterior, não há que se falar em elemento subjetivo como fundamento para aferição, havendo que se considerar o efetivo modo de agir das partes e não o elemento volitivo que supostamente às motiva.

Neste sentido ensina Barbosa Moreira:

“Esta figura é de índole puramente formal, não dependendo de ter ou não razão (na causou no próprio incidente) o litigante, mas apenas da maneira por que ele se comporta. É ‘temerário’ o procedimento inconsiderado, afoito, imprudente, precipitado, como o da parte que procura frustrar o normal desenvolvimento do contraditório, impedindo ou cerceando a manifestação do adversário; promove o cumprimento ou a execução de providência a seu favor antes do momento oportuno, ou *in genere* sem cabal satisfação dos

⁹⁷ CUNHA, O. *O Dolo e o Direito Judiciário Civil*, p. 111-112. Apud MILMAN, F. *Improbidade Processual*, p. 143.

⁹⁸ MILMAN, F. *Improbidade Processual*, p. 151.

pressupostos legais; escolhe o meio mais vexatório e danoso para o outro litigante, a despeito de poder atingir por forma diversa o mesmo resultado”⁹⁹.

Superada a questão da temeridade, passa-se à análise do disposto no inciso VI do art. 17 que professa estar de má-fé aquele que: “VI - provocar incidentes manifestamente infundados”. Incidentes processuais tratar-se-iam de medidas propostas com o intuito de solucionar questão material ou processual capaz de prejudicar o desenvolvimento ou o encerramento da ação principal.

Pode-se dizer que o incidente empregaria propósito diverso daquele para o qual foi planejado, objetivando imprimir delonga desnecessária ao processo ou provocar o juízo (o que ensejaria eventual arguição de suspeição)¹⁰⁰.

Através de análise mais detida do inciso, é possível concluir sua decorrência lógica dos deveres processuais:

“O tipo ora investigado “proíbe requerimentos protelatórios e impõe aos litigantes a lealdade do processo” remetendo, via de consequência, aos deveres previstos nos incisos II, III e IV do art. 14 representando, [...], mero desdobramento dos atos repelidos pelos incisos IV e V do próprio art. 17.”¹⁰¹.

A última hipótese, porém não menos importante, trata da má-fé decorrente da interposição de recursos com fim meramente protelatório. Ainda que tal previsão seja plausível ante a práxis forense, não há como não questionar sua manutenção diante do conteúdo dos incisos IV, V e VI do art. 17, sendo evidente sua redundância mesmo sem considerar as previsões específicas (v.g. art. 538 e art. 557, §2º).

Justifica-se sua presença no rol ora em estudo diante da vasta jurisprudência, para Ana Lúcia Lucker Meirelles de Oliveira:

“A nova hipótese veio a atender um reclamo jurisprudencial, pois os juízes e tribunais já vinham condenando, por litigância de má-fé, as partes que reiteradamente recorriam das decisões com o intuito meramente protelatório, dilatatório do processo, tentando retardar ao máximo a ocorrência da coisa julgada. O Superior Tribunal de Justiça vinha condenando principalmente as Fazendas Públicas, as autarquias e as empresas públicas ao pagamento da verba sob análise, pois a reiteração de argumentação já

⁹⁹ BARBOSA MOREIRA, J. C. *Responsabilidade das partes por dano processual*, p. 26. Apud MILMAN, F. *Improbidade Processual*, p. 152.

¹⁰⁰ ABDO, H. N. *O Abuso do Processo*, p. 163.

¹⁰¹ MILMAN, F. *Improbidade Processual*, p. 153.

apreciada em recurso anterior é prática comum por parte dos entes citados”¹⁰².

Finda a análise as espécies de litigância de má-fé, há de se chamar atenção, novamente, ao caráter objetivo com que a lei trata as hipóteses aventadas, não havendo qualquer necessidade de apurar a vontade do sujeito quando há subsunção de sua conduta.

Segundo Jorge Americano:

“a presunção de boa-fé que assiste ao litigante destrói-se independente da verificação subjetiva do dolo e da má-fé, pela existência, em concreto, de outras presunções que nascem da própria natureza do litígio. Quando a demanda ou defesa é tão infundada que tal se mostra a qualquer, e ao mesmo litigante, tendo-se embora em conta a cegueira que gera o interesse, há temeridade, pois forma-se a presunção de que está no pleito ciente de não ter razão”¹⁰³.

Impende dizer que outra conclusão não seria possível, ao ponto que a litigância de má-fé nada mais é que abuso processual, e este, no ordenamento brasileiro, conforme já dito em momento anterior deste trabalho, verifica-se mediante presença de elementos objetivos.

Outra questão que vale a pena ser discutida nesse momento, antes de passar à análise dos atos atentatórios à dignidade da justiça, encontra-se na existência de outros diversos dispositivos do CPC que, de alguma forma, terminam por violar os deveres impressos no art. 14, em especial a boa-fé processual. Estas previsões, ainda que não estejam especificamente alocadas no art. 17, possuem os mesmos elementos fundantes caracterizando sem dúvidas espécies de abusos processuais.

Dentre as hipóteses de litigância abusiva destacadas pelo CPC podem ser expressas a título exemplificativo e para sustentar a não taxatividade do rol tratado, as seguintes: Retardamento no julgamento da lide em razão da não-arguição pelo réu, na resposta de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 22); Causação, sem motivo, do adiamento ou da repetição dos atos (art. 29); Desempenho de atos manifestamente protelatórios, impertinentes ou supérfluos (art. 31); Descumprimento da obrigação de nomear à autoria ou nomeação de pessoa diversa (art. 69); Abstenção nas providências para citação do denunciado da lide

¹⁰² OLIVEIRA, A. L. I. M. *Litigância de má-fé*, p. 62 Apud MILMAN, F. *Improbidade Processual*, p. 159.

¹⁰³ AMERICANO, J. *Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda*, p. 55-56. Apud *Improbidade Processual*, p. 47.

(§2º do art. 72); Retardamento na arguição da incompetência absoluta (§1º do art. 113); Lançamento, nos autos, de cotas marginais ou interlineares (art. 161); Retenção indevida dos autos (art. 195); Requerimento doloso de citação editalícia (art. 233); Paralisação do processo por negligência das partes e por abandono pelo autor (art. 257 e incisos II e III do art. 267); Não alegação pelo réu, na primeira oportunidade de falar nos autos, da ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, de existência de preempção, litispendência ou de coisa julgada, ou da falta de condições da ação (§3º do art. 267); Manejo de ação rescisória declarada inadmissível ou improcedente por unanimidade (inciso II do art. 488); emprego inadequado dos remédios cautelares (art. 811); o atentado (art. 879), dentre outras previstas em legislação esparsa¹⁰⁴.

Assim, ao considerar o entendimento daqueles autores que atribuem taxatividade ao rol de condutas que configuram o litígio de má-fé, uma das conclusões que poderia se presumir é de que, apesar de todas as condutas estarem violando a mesma norma, no caso o princípio da boa-fé, existiriam algumas que merecem menos atenção do ordenamento, em vista de sua repressão refreada. Não parece prudente, desta forma, a adoção de referido entendimento, haja vista todos os casos compreendem igualmente abusos processuais, que devem ser coibidos e prevenidos da maneira mais efetiva – por atentarem não só aos interesses privados, mas também aos públicos.

3.2.2. Dos atos atentatórios à dignidade da justiça

De maneira um pouco mais específica cabe tratar da previsão existente no art. 600 do Código de Processo Civil, ou seja, dos atos atentatórios à dignidade da justiça. Sua relevância, advinda da própria terminologia empregada, ressalta o interesse do Estado, decorrente da judicialização dos conflitos. Há que se conceber que ao prestar jurisdição o Estado não oferece tão somente a tutela aos particulares, mas sim que tem interesse na consecução dos direitos individuais e coletivos, bem como na consecução da Justiça – que é um fim constitucionalmente proposto ao

¹⁰⁴ Todas essas hipóteses são tratadas de maneira extensiva na obra *Improbidade Processual* de Fabio Milman.

Estado brasileiro. O exercício da Jurisdição e conseqüentemente o próprio Processo, prezam não só pela função típica de pacificação social, mas também por uma espécie de função social, que faz aderir à visão clássica responsabilidade de imiscuir e resguardar os fins do nosso Estado Democrático de Direito e seus direitos fundamentais consagrados.

Para além do supra referido, torna-se evidente a correspondência entre o ato atentatório a dignidade da justiça e o abuso do direito processual, imediatamente remetendo ao prejuízo sofrido por todos os envolvidos no processo quando da inobservância do princípio da boa-fé. Posição corroborada por Francisco Fernandes de Araújo ao comentar a obra de Humberto Theodoro Jr, senão vejamos:

“Verifica-se, assim, também com base neste renomado autor, que os atos atentatórios à dignidade da justiça têm a natureza implícita da má-fé, e, portanto, do ato ilícito, que, por sua vez, constitui abuso do direito processual”¹⁰⁵.

O inciso I do art. 600 do CPC coloca como comportamento abusivo a fraude à execução. Todavia, com supedâneo no entendimento de Fabio Milman, esta não deve ser compreendida em correlação com a previsão do art. 593 do mesmo diploma. Segundo o autor, “a fraude que se investiga significa frustrar, baldar, inutilizar, malograr, tornar sem efeito uma ação de execução”¹⁰⁶, ou, nas palavras de Liebman, um “verdadeiro atentado contra o eficaz desenvolvimento da funao jurisdicional já em curso, porque lhe subtrai o objeto sobre o qual a execução deverá recair”¹⁰⁷.

Outro atentado previsto consiste na oposição maliciosa à execução empregando ardis e meios artificiosos. É evidente, antes de qualquer coisa, a ligação desta conduta com a má-fé, aproximando-se inclusive do disposto no inciso V do art. 17 do CPC. Vale lembrar, no entanto, que ainda que seja possível considerar a necessidade de verificação de elemento subjetivo em vista do termo ‘maliciosa’, é premente a conclusão de que a aferição deve se dar de forma independente da voluntariedade, pois o contraponto da expressão destacada é o

¹⁰⁵ ARAÚJO, F. F. *O Abuso do Direito Processual e Princípio da Proporcionalidade na Execução Civil*, p. 60.

¹⁰⁶ MILMAN, F. *Improbidade Processual*, p. 203.

¹⁰⁷ LIEBMAN, E. T. *Processo de Execução*, p. 134-135 Apud MILMAN, F. *Improbidade Processual*, p. 203.

das condutas de boa-fé, que no âmbito do processo se sobressai em sua vertente objetiva.

Além das já citadas, a resistência injustificada às ordens judiciais também é conduta tipificada, no inciso III do art. 600 do CPC. Neste caso é possível identificar correlação tanto com o disposto no inciso IV do art. 17, como na previsão existente no inciso V do art. 14, ou seja, o embargo ao desenvolvimento regular do processo se depara com o que alguns juristas reconheceram como a aplicação do *contempt of court* no Direito brasileiro.

Para Júlio Cesar Bueno, os atos do *contempt of court* seriam definidos da seguinte forma:

“conjunto de princípios e regras destinados a assegurar a adequada administração da justiça e preservar a sua dignidade, por meio dos quais a lei, em nome do interesse público, toma a si o encargo de defender-se e assegurar que seus comandos sejam efetivamente respeitados e cumpridos, prevenindo e reprimindo os atos de desobediência, desprezo, interrupção, obstrução e impedimento, atuais ou iminentes, das partes ou de terceiros, no curso de um processo judicial”¹⁰⁸.

Adiante, no que se refere ao inciso IV do art. 600 percebe-se a incidência tanto de aspecto positivo do princípio da boa-fé como do princípio do contraditório, que juntos concebem a ideia de cooperação entre os sujeitos do processo. Destarte, chamado ao processo para que indique bens passíveis de penhora, o executado ciente de que tanto pela ação executiva como pelo título que a fundamenta é devedor deve colaborar para que a prestação da tutela se de da forma mais célere possível. De outra feita, seria possível lhe impor conduta temerosa, sendo que mesmo ciente da dívida e sem ter demonstrado sua insolvência ainda se esquivava em realizar o pagamento – atentando, nesse momento, não só contra seu credor, mas também contra o Estado que dispense recursos diante de sua incapacidade para o cumprimento de uma obrigação.

Por fim, ainda que os dispositivos tratados estejam localizados e remetam-se inteiramente aos processos executivos é de aplicação indubitável, guardadas as devidas proporções e especificidades, nas demais espécies de processo. Assim como os atos de litigância de má-fé, são configurações de atos que nada mais são do que abusos processuais, não havendo justificativa para limitar taxativamente o rol

¹⁰⁸ BUENO, J. C. *Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no processo civil brasileiro*, p. 70-71. Apud Abdo, H. N. *O Abuso do Processo*, p. 245.

já previsto. O que deve ser feito, contudo, é atentar para que neste meio sejam incluídos abusos que se destaquem por sua característica de lesão à dignidade da Justiça, pois foi para estes que o legislador escolheu imputar as sanções previstas no art. 601 do CPC.

4. O ABUSO PROCESSUAL E A BUSCA DE UM CRITÉRIO EFICAZ

Diante de toda a problemática exposta na legislação e de suas decorrências interpretativas, importa a análise das conclusões a que chegaram os doutrinadores, na construção de um conceito para o instituto do abuso processual que fosse capaz de compreender tanto as situações micro quanto as macro, ou na falta de um conceito, de possíveis critérios para aferição efetiva do abuso.

Primeiramente, insta esclarecer que muito embora existam diversos escritos sobre o tema, poucos foram os doutrinadores que se arriscaram a delinear a figura do abuso processual, fazendo em muitas das vezes, análises baseadas nos reflexos de tal instituto, em suas repercussões. Muito embora as condutas abusivas tenham repercussão absolutamente relevante, fazem parte de um momento posterior à configuração do abuso. Desta feita, ainda que muito se possa concluir destes atos a partir de sua repressão, esta última é consequência e inevitavelmente depende da conformação daquela – a título exemplificativo poder-se-ia dizer que não é a responsabilidade civil que define o conteúdo do ato ilícito, mas sim que a partir da delimitação deste é que aquela poderá ser empregada.

No processo civil, portanto, o que torna uma conduta abusiva?

Ao desenvolver análise sobre o tema, Humberto Theodoro Jr. apresenta a seguinte definição:

“Consiste o abuso de direito processual nos atos de má-fé praticados por quem tenha uma faculdade de agir no curso do processo, mas que dela se utiliza não para seus fins normais, mas para protelar a solução do litígio ou para desviá-la da correta apreciação judicial, embaraçando, assim, o resultado justo da prestação jurisdicional”¹⁰⁹.

¹⁰⁹ THEODORO JR, H. *Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In BARBOSA MOREIRA, J. C. *Abuso dos Direitos Processuais*, p. 113.

Destacam-se os elementos da má-fé e a faculdade utilizada para fins anormais que podem dissociar a prestação do resultado que deveria ser encontrado. Pode-se presumir que para o referido autor os critérios necessários para que a verificação do ato abusivo encontrem-se centrados no exercício de um direito (processual) cujo fim foi deturpado, aliado à má-fé.

De forma semelhante é o entendimento de Helena Najjar Abdo, para quem “o abuso do processo refere-se ao uso *anormal* ou *incorreto* das situações subjetivas (faculdades, poderes deveres ônus) conferidas ao sujeito processual”¹¹⁰.

A anormalidade ou a incorreção por sua vez residiriam no próprio desvio de finalidade, colocando-o no centro da discussão.

“Fala-se em (i) utilização do processo para *fins* muito além da *causa petendi*, (ii) desvio do processo de sua *destinação normal*, (iii) agir ou resistir em juízo com fundamento em *finalidades impróprias*, (iv) utilização da *máquina judiciária para fins estranhos* à finalidade do processo, (v) *divergência* entre *meios* utilizados e *fins* a estes intrínsecos, (vi) direitos exercidos de modo *disfuncional*, (vii) *distorção* no emprego do processo e dos instrumentos processuais etc.”¹¹¹.

Além do critério aludido, a referida autora ainda aduz à necessária verificação do desvio de finalidade em uma situação jurídica subjetiva sob aparente legalidade. Para ela o abuso é categoria que se manifesta no *iter* do exercício de um direito, que passa pela juridicidade e se desvincula desta no exato momento em que o fim primordial é derogado. Em outras palavras, para a concretização do abuso é necessário o exercício de um direito.

Ainda nesse sentido também se encontra a manifestação de Celso Hiroshi Iocohama para quem o abuso do direito consiste no extrapolamento do exercício do direito que então desbordaria para a ilicitude¹¹².

A escolha desses elementos, decorrente do emprego da teoria finalista do abuso, pode, no entanto, apresentar aspectos negativos. A extensão do conceito relativo ao espírito da norma, ou do desvio de finalidade, ainda que amplie a gama de condutas que podem ser consideradas abusivas termina por encontrar resistência diante de sua abstração. A aplicação desta corrente encontraria óbice justamente em seu fundamento, que decorre de exercício hermenêutico, haja vista que os

¹¹⁰ ABDO, H. N. *O Abuso do Processo*, p. 86.

¹¹¹ ABDO, H. N. *O Abuso do Processo*, p. 89.

¹¹² IOCOHAMA, C. H. *Litigância de má-fé e lealdade processual*, p. 146.

dispositivos legais permissivos das condutas das quais surgiria o abuso não podem ter, de forma suficientemente precisa, determinada sua finalidade precípua – pois, a princípio, seria impossível dizer qual foi a motivação do legislador no momento da referida promulgação.

Ciente da problemática que envolve a questão do desvio de finalidade, Helena Najjar Abdo atenta que muito embora seja patente sua relevância, esta não se sustenta de forma autônoma, pois para sua determinação seriam necessários outros parâmetros.

Não bastasse isso, ainda chama atenção para outra peculiaridade, o que faz sob a luz do trabalho de Michele Taruffo, senão vejamos:

“uma vez definida a finalidade ou a função típica de um determinado instrumento, *qualquer outra* finalidade que se queira perseguir com aquele instrumento seria considerada abusiva. Não se atribui, consoante esse critério, qualquer relevo à *natureza* ou à *qualidade* do fim pretendido: tanto faz se ele é legítimo ou ilegítimo, oportuno ou inoportuno, danoso ou não. Bastaria a constatação *objetiva* da discrepância entre os fins tidos como próprios relativamente ao ato ou instrumento processual para que estes fossem tidos como abusivos”¹¹³.

Sob outro panorama encontra-se a obra de Fabio Milman, que foca toda a questão sob o princípio da probidade, segundo ele “A peça basilar de todo o sistema de controle do agir dos que estão em juízo repousa numa ordem, a *probidade*”¹¹⁴, concluindo que “tanto a litigância de má-fé como os atos do executados, atentatórios à dignidade da justiça, têm raiz e tronco comum nos deveres processuais das partes repousando estes, como acima exposto, no princípio da probidade”¹¹⁵.

Embora sob diferente terminologia o próprio autor assume que a improbidade é nada mais que o próprio abuso do direito no exercício da demanda¹¹⁶.

A adoção da probidade como critério e concebendo sua natureza principiológica, oferece vantagem sob a aferição do abuso processual através do desvio de finalidade, haja vista sua maior precisão – pois por mais que os princípios sejam dotados de abstração considerável, sua operacionalização se dá de maneira

¹¹³ ABDO, H. N. *O Abuso do Processo*, p. 93.

¹¹⁴ MILMAN, F. *Improbidade Processual*, p. 33.

¹¹⁵ *Idem*, p. 37.

¹¹⁶ *Idem*, p. 43.

que seja possível a maior eficácia possível – o que não se pode dizer do desvio de finalidade.

Diante das considerações expostas é de se assumir que para utilização eficiente da teoria do abuso do direito processual destaca-se a necessidade de um critério que, ao mesmo tempo, não limite sua aplicação e que possua a liquidez necessária para a identificação, prevenção e repressão de todas as possíveis espécies de condutas abusivas.

Desta feita, frente à sistemática que orienta o sistema e na tentativa de tornar mais palpável a aplicação do instituto, busca-se a determinação de um critério que soe mais adequado do que os até então colocados. Assim, ciente de toda a discussão já levantada e que para manutenção da coesão do sistema é recorrente o recurso ao princípio da boa-fé, observada sua íntima relação com a figura do abuso, torna-se válida, neste ponto, mesmo que brevemente, sua análise, sendo que sua alusão no decorrer deste trabalho e na doutrina pesquisada, indicam ser este o critério mais adequado para a aferição do abuso processual.

4.1. A BOA-FÉ PROCESSUAL

A boa-fé é noção decorrente da ética que, com a ascensão do Estado Democrático de Direito e da perspectiva neoconstitucionalista, teve sua inserção no âmbito jurídico, sendo reconhecidamente uma das normas que mais influencia o sistema como um todo ¹¹⁷.

No entanto, a boa-fé ao ser inserida no Direito foi interpretada de maneiras diversas. De acordo com o trabalho de Dantas Júnior¹¹⁸, uma das questões centrais é a que define a natureza jurídica da boa-fé, havendo possibilidade de ser vista como *standard* comportamental ou como norma, mais especificamente como norma-princípio.

A primeira concepção, mais restrita, é defendida por autores como Diez-Picazo, Antonio Gullon e Victor Frederico Kümpel se resumiria, conforme pressupõe a denominação, na criação de um parâmetro comportamental que serviria de base para a atuação do sujeito e para o julgamento de sua conduta, caso necessário. Não

¹¹⁷ MIZUTA, A; COSTA RAITZ, E C da. *Boa e má-fé Processual* in GUNTHER, L. E. *Jurisdição – Crise, efetividade e Plenitude institucional*, p. 35.

¹¹⁸ DANTAS JUNIOR, A. R. *Teoria dos Atos Próprios do Princípio da Boa-fé*.

haveria imposição de nenhum dever, mas tão somente um padrão a ser seguido, tampouco se enquadrando na categoria de norma jurídica¹¹⁹.

De outra feita, concebendo a boa-fé como um princípio a primeira consequência seria seu reconhecimento como norma jurídica o que significaria que além da eficácia decorrente de sua ascensão ao mundo jurídico também se expandiria invadindo a seara hermenêutica que compõe as demais normas do ordenamento, ou seja, “atua, simultaneamente, como postulado ético inspirador da ordem jurídica e critério de aplicação das normas existentes”¹²⁰.

Observadas as particularidades do ordenamento brasileiro e a própria incoerência que decorreria de entendimento contrário, principalmente em vista da práxis forense, a boa-fé deve ser entendida como princípio – observando todos os reflexos práticos que isso traz, o que de forma alguma geraria desconforto ao sistema, considerando que o postulado ora em análise enquadra-se perfeitamente na seara de um mandado de otimização cuja máxima eficácia trabalha em favor da efetivação dos direitos fundamentais. Tal concepção resume-se de forma precisa na manifestação de GONZALES PEREZ para quem “a boa-fé aparece como um dos princípios gerais que servem de fundamento ao Ordenamento, informa o trabalho interpretativo e constitui decisivo instrumento de integração”¹²¹.

Rui Stoco apresenta a discussão a respeito da boa-fé ressaltando também sua origem do campo ético-social que ao adentrar no ordenamento jurídico se manifestaria de duas formas diferentes: como a boa-fé-lealdade que estabelece deveres comportamentais baseados na probidade, honestidade e lealdade, e a boa-fé-crença que, por sua vez, teria ligação com o elemento subjetivo do sujeito, fazendo-o acreditar que suas vontades postas de fato se encontram de acordo com o ordenamento jurídico¹²².

Desta ideia advinda da doutrina alemã, desenvolveram-se dois aspectos distintos ao princípio da boa-fé, um subjetivo e o outro objetivo.

¹¹⁹ Idem, p. 95-97.

¹²⁰ MIZUTA, A; COSTA RAITZ, E C da. *Boa e má-fé Processual* in GUNTHER, L. E. *Jurisdição – Crise, efetividade e Plenitude institucional*, p. 35.

¹²¹ GONZALES PEREZ, *El principio general de la buena fé em el Derecho Administrativo*. p. 15. Apud STOCO, R. *Abuso do Direito e Má-Fé Processual*, p. 42.

Tradução livre do original: El de buena fe aparece como uno de los principios generales que sirven de fundamento al Ordenamiento, informan la labor interpretativa y constituyen decisivo instrumento de integración.

¹²² STOCO, R. *Abuso do Direito e Má-Fé Processual*, p. 38.

A faceta subjetiva é aquela ligada ao estado de espírito da pessoa, da intenção com que age, se procura conscientemente a realização de ato legítimo, oposto a qualquer espécie de malícia. Sobre o tema destaca-se a manifestação de JUDITH MARTINS COSTA que esclarece:

“diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antiética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem”¹²³.

Já no que se refere ao aspecto objetivo da boa-fé teríamos uma norma que, beneficiada por sua volatilidade, determina comportamentos éticos adequados e impõe sua observação. Traz em seu conteúdo postulados éticos como a lealdade, a probidade, a honestidade, a confiança, a cooperação, a sinceridade entre outros. Para que reste clara tal posição é forçosa a exposição do conceito delineado pela autora supracitada:

“por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo”¹²⁴.

Anuindo com o entendimento supra está a lição de Fernando Noronha:

“um dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para [...] não frustrar a confiança legítima da outra parte. Essa boa-fé objetiva também é designada de *boa-fé lealdade*, expressão que enfatiza o dever de agir que impende sobre cada uma das partes. Outra designação que lhe é dada, é a de *boa-fé confiança*, que realça a finalidade do princípio da boa-fé: a tutela das legítimas expectativas da contraparte, para garantia da estabilidade e segurança das transações”¹²⁵

¹²³ MARTINS COSTA, J. *A boa-fé no direito privado*, p. 411 Apud MIZUTA, A; COSTA RAITZ, E C da. *Boa e má-fé Processual* in GUNTHER, L. E. *Jurisdição – Crise, efetividade e Plenitude institucional*, p. 36.

¹²⁴ MARTINS COSTA, J. *A boa-fé no direito privado*, p. 411 Apud MIZUTA, A; COSTA RAITZ, E C da. *Boa e má-fé Processual* in GUNTHER, L. E. *Jurisdição – Crise, efetividade e Plenitude institucional*, p. 38.

¹²⁵ NORONHA, F. *O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais*, p. 136 Apud IOCOHAMA, C. H. *Litigância de má-fé e lealdade processual*, p. 44.

Desta feita, considerando tratar-se de uma norma-princípio, seriam possíveis três diferentes articulações da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro, aquela atinente à hermenêutica das relações jurídicas, a que cria normas de conduta que devem ser observadas pelos agentes para efetiva consagração dos negócios jurídicos e, a que mais interessa a este trabalho, aquela que cria limites no desenvolvimento das posições jurídicas titularizadas pelos sujeitos – atuando com um critério para prevenir e reprimir atuações abusivas¹²⁶.

Não bastasse isso, é notável que o acento constitucional da boa-fé, decorrente da solidariedade social, garante sua incidência de forma ampla – manifestando-se em todas as esferas jurídicas e tutelando as relações de forma geral, desde seu nascimento até sua extinção.

No âmbito do direito processual civil, isso não é diferente, pelo contrário é o ramo em que a aplicação do princípio da boa-fé se apresenta de forma mais evidente, haja vista a ampla gama de faculdades e deveres que se articulam no decorrer do processo e a íntima relação guardada entre o princípio e a noção de justiça.

São nesse sentido as lições de Aldemiro Rezende Dantas Júnior:

“também no campo do direito processual se viu a escalada da aceitação da boa-fé objetiva, o que também é fácil de se compreender, uma vez que o processo não tem um fim em si mesmo, servindo como instrumento para o direito material, e por essa razão tende a refletir, ainda que o faça de modo esmaecido, algumas características deste. Logo, no processo civil, não poderia deixar de ser, repercutiram as influências da boa-fé sobre o direito privado”¹²⁷.

Quando se fala da repercussão da boa-fé no processo, destacam-se, de maneira correlata, outros princípios, principalmente os atinentes ao acesso à justiça e ao devido processo legal. Percebe-se a existência, que não poderia ser diferente, de emanações materiais de uns sobre os outros – em outras palavras, estas normas se constroem simultaneamente emprestando aspectos umas as outras, o que mantém não só a coerência do sistema como também amplia a extensão de sua aplicabilidade.

¹²⁶ MENDES, D. F. S. *A boa-fé como princípio ideal do processo*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11246&revista_caderno=21>.

¹²⁷ DANTAS JUNIOR, A. R. *Teoria dos Atos Próprios do Princípio da Boa-fé*, p. 138.

O acesso à justiça é princípio que nos remete ao alcance buscado pelo Estado no oferecimento da jurisdição, importando sua maior extensão, de forma que todo o cidadão brasileiro que necessitar da atividade do Poder Judiciário poderá instrumentalizar seu pedido. Contudo, não pode ser resumido somente pelo seu aspecto quantitativo, haja vista ter em sua qualificação seu maior destaque – o do oferecimento de uma tutela que busca ser sóbria e justa, reflexo direto da intercomunicação com a boa-fé.

Já o devido processo legal identificar-se-ia de maneira mais íntima com a efetividade da prestação jurisdicional e com a justiça do processo, ou seja, submete o processo civil não no sentido de restringi-lo, mas sim no de garantir direitos fundamentais que, segundo Débora Fernandes de Souza Mendes, se consubstanciam nos princípios do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, entre outros¹²⁸. De forma semelhante se imiscui com o princípio da boa-fé, levando ao processo ideias de equidade, honestidade e cooperação.

No que tange à previsão legal o dispositivo que melhor representa a extensão da boa-fé dentro do processo civil é o art. 14 do CPC¹²⁹, onde estão previstos os deveres que devem ser seguidos pelas partes e seus procuradores. Ao dedicar análise mais detalhada a cada um dos incisos do artigo referido percebe-se que muito embora exista previsão expressa da boa-fé em somente um deles, na verdade todos eles decorrem do respectivo princípio.

O princípio da boa-fé no processo civil operacionaliza e juridifica, conforme já visto, diversos deveres éticos, dentre os quais a lealdade, a honestidade, a

¹²⁸ MENDES, D. F. S. *A boa-fé como princípio ideal do processo*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11246&revista_caderno=21>.

¹²⁹ **Art. 14.** São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

correção, a probidade, a confiança, a lisura, a informação entre outros. Assim, quando o inciso I do art. 14 do CPC professa o dever de apresentar os fatos conforme a verdade, apesar de não dizê-lo expressamente, é evidente que refere-se também ao princípio da boa-fé. De mesma maneira estão os incisos III, IV e V, que terminam somente por traduzir a boa-fé para o campo processual, dando linhas de como seu conteúdo se operacionaliza e adicionando vertentes do princípio que são, diante de seu aspecto público, exclusivamente processuais como a proteção à dignidade do processo e da justiça e a vedação de atentado à efetividade da prestação da tutela.

Assim, da maneira como colocado dentro do diploma processual, do seu conteúdo, do cotejo constitucional à que se submete e, conseqüentemente, da máxima eficácia com que sua aplicação deve ser instrumentalizada, parece fácil a percepção de que o princípio da boa-fé pode ser utilizado como o principal critério para aferição do abuso processual. Ademais, é patente a conclusão de que em todas as espécies de abuso aludidas até o momento, sejam na seara do processo civil ou até mesmo no direito privado, era de fácil determinação a existência de uma violação à boa-fé.

Além do mais, ainda que se diga que o referido princípio é tão abstrato quanto à própria ideia de desvio de finalidade, estaria se incorrendo em erro crasso, visto que aquele possui conteúdo delimitado ou mesmo de fácil determinação – o que já se encontra demonstrado principalmente diante da práxis forense que consolidou, mediante consciente articulação legal, doutrinária e jurisprudencial a concreção com que pode ser aplicado o princípio da boa-fé.

5. A BOA-FÉ COMO CRITÉRIO E A DEFINIÇÃO SINTÉTICA DO ABUSO DO DIREITO PROCESSUAL

Deste modo, face às linhas oferecidas pela doutrina, às orientações expressas na ordem jurídica e a incomensurável contribuição da prática – consubstanciada no exercício da advocacia e da magistratura – busca-se uma nova forma de enxergar a teoria, tornando-a mais precisa e coerente com a práxis, bem como com a eficácia que desta é esperada.

Diante da observação dos critérios utilizados, assim como das linhas de raciocínios que os justificavam – tornou-se clara a necessidade de uma nova

abordagem, visto que o comportamento abusivo passou a se instaurar de maneira preponderante no que diz respeito à prática do Processo Civil.

Assumindo, portanto, que os contornos do ato abusivo processual também se encerram em um estado de aparência de legalidade, ou seja, que desde sua própria gênese já é determinado pela furtividade e pela perversão de um instituto que normalmente não teria aquele uso – torna-se promissora a adoção do critério da boa-fé objetiva para sua aferição, sendo que ela representa tudo aquilo que está ausente quando o ato abusivo se desenvolve.

Sabe-se que a conceituação muitas vezes acaba por limitar a abrangência de determinadas categorias, com isso em mente que se buscou equilibrar a necessidade de um instituto sintético e prático através de uma essência analítica. Delineado, destarte, o fator identificante do abuso processual por excelência, resta, para tornar mais certa e imediata sua rechaça, a nova delimitação do instituto como um todo.

Sendo assim, o abuso do direito processual ou o abuso do processo consistiria no ato ilícito que sob o véu, a aparência de legalidade, viola desde sua gênese um ou mais aspectos do princípio da boa-fé consagrado em sua vertente processual. O que por decorrência lógica abrangeria toda e qualquer espécie de litigância de má-fé, de atos atentatórios ao exercício da jurisdição e à dignidade da justiça, não se limitando, contudo, a estes.

Consciente do que caracteriza o abuso processual, resta concebermos quais suas repercussões, ou seja, os meios de sua prevenção e reparação.

CAPÍTULO III - DA PREVENÇÃO À SANÇÃO – FORMAS DE COIBIR O ABUSO DO PROCESSO

Cabe, antes de partirmos para as questões da prevenção e da sanção aos atos abusivos, definirmos brevemente, quais seriam seus sujeitos, a quem seriam direcionadas as ações preventivas e quem responderia por sua perpetração.

1. OS SUJEITOS ATIVOS DO ABUSO DO DIREITO PROCESSUAL

O Processo é composto essencialmente por três partes que podem ser representadas pelo polo ativo, o polo passivo e o Estado-Juiz. Para fins do exercício abusivo há de se considerar também os terceiros intervenientes e os serventuários que participam, sob orientação do magistrado, do deslinde processual.

Neste mesmo sentido, é válida a compreensão de que a determinação dos sujeitos se aplica a qualquer espécie de processo, seja ele de jurisdição contenciosa ou voluntária ¹³⁰.

Partindo da concepção anteriormente esposada, em que o abuso processual não se daria durante o exercício do direito, mas sim que já nasceria ilícito e se utilizaria de uma mera aparência para configurar-se, é fácil perceber que para que o sujeito possa adotar uma conduta abusiva ele deve se encontrar em uma situação de potencialidade, ou seja, em uma esfera onde lhe estejam disponíveis o exercício de faculdades e poderes, sob os quais irá mascarar o abuso.

A perpetração do abuso ocorre de forma premente pelas partes do processo¹³¹, aqueles que compõem o polo ativo e passivo e os terceiros. No entanto, o juiz também pode ser o titular de comportamentos abusivos, que em muito se assemelham com aqueles cometidos pelas partes, diferenciando-se somente pois o seu exercício não se faz diante de direitos em potencial, mas sim de poderes-

¹³⁰ ABDO, H. N. *O Abuso do Processo*, p. 48.

¹³¹ Esta conclusão é recorrente na doutrina, estando presentes na obra de Helena Abdo (*O Abuso do Processo*), Rui Stoco (*Abuso do Direito e Má-fé Processual*), Humberto Theodoro Jr (*Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro*) e Fabio Milman (*Improbidade Processual*).

deveres, prerrogativas que lhe são concedidas pelo cargo para o devido oferecimento da jurisdição.

Para Humberto Theodoro Jr o juiz pode ser o titular do comportamento abusivo, segundo ele: “Para o Código de Processo Civil brasileiro, o *juiz* pode cometer abusos processuais, dentre os quais os mais frequentes são a omissão e o retardamento de decidir” ¹³², visão que segundo o próprio autor restaria prejudicada pelo excesso de trabalho e inexistência de contingente existente no Judiciário da qual não poderia ser responsabilizado unicamente o magistrado, assim “a não ser em casos de extrema gravidade, os órgãos disciplinares da magistratura raramente instauram procedimentos de apuração de responsabilidade de juízes em casos da espécie” ¹³³.

Ao expressar a opinião de Michele Taruffo, Patrícia de Deus Lima esclarece que para o referido jurista, todos aqueles que estão envolvidos com o processo podem ser titulares de abusos processuais, manifestando-se expressamente sobre a conduta do juiz:

“Um primeiro ponto que é posto em evidência é que os direitos processuais podem ser objeto de abusos também por parte dos juízes. [...] Em termos gerais, o abuso cometido pelo juiz é tipicamente um abuso de discricionariedade, que se verifica usualmente quando o juiz usa mal os poderes de direção do processo que a lei lhe atribui (provocando atrasos não necessários, violando o direito das partes a um processo rápido e correto, e assim por diante), mas pode ser cometido também proferindo decisões manifestamente erradas” ¹³⁴.

Helena Abdo, por sua vez, ressalta um elemento distintivo importante da atuação do juiz, lembrando que este é uma autoridade no processo, o que segundo a autora leva conseqüentemente à conclusão de que o abuso perpetrado por este estaria ligado mais intimamente ao abuso do poder. Em suma:

“O juiz, portanto, tende a abusar quando faz uso irregular de seu poder-dever de direção e gestão do processo. Não obstante essas e outras peculiaridades, a teoria do abuso do processo vale da mesma forma quer para as partes, quer para o órgão jurisdicional” ¹³⁵.

¹³² THEODORO JR, H. *Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In BARBOSA MOREIRA, J. C. *Abuso dos Direitos Processuais*, p. 127.

¹³³ Idem, *ibidem*.

¹³⁴ TARUFFO, M. *L'abuso del processo: profili comparatistici*, Revista de Processo, p. 162. Apud DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 148.

¹³⁵ ABDO, H. N. *O Abuso do Processo*, p. 50.

As partes, compreendidas aqui tanto o polo ativo como o passivo, os litisconsortes e intervenientes, poder-se-ia dizer que são os principais sujeitos capazes do abuso processual. É evidente que o processo configure uma situação de oposição aonde o enfrentamento dos protagonistas pode ser feita mediante práticas legítimas e que levariam, muito embora a evidente busca de vitória, à justa composição da lide – traduzida na pacificação social e entrega dos devidos direitos a quem os viu violados.

Por outro lado, essa insistente disputa ancorada na parcialidade das partes que, por sua vez, buscam a satisfação do bem da vida que se encontra em disputa, pode levar a comportamentos que apesar de aparentemente estarem de acordo com o direito, buscam satisfações ilegítimas – violando na maioria das vezes o princípio da boa-fé, o que caracteriza o abuso do direito processual.

Ao tratar do tema Humberto Theodoro Jr. reconhece a atuação das partes como o campo mais fértil para propagação do abuso do processo: “São frequentes os abusos cometidos pelas *partes*, tanto no exercício da ação, como no de defesa, mas a lei não deixa de cominar-lhes a sanção enérgica, o que de certa maneira, inibe seu crescimento incontrolável”¹³⁶.

Importa salientar que dentro dos limites postos no processo, é permitido às partes o uso de estratégias e dos respectivos instrumentos processuais para demonstrar sua razão, desde que respeitem simultaneamente aos deveres postos.

“[...] é a atividade das *partes* a grande responsável pelo cometimento de abuso do direito no âmbito do processo civil. Quase todos os autores pesquisados e que se ocuparam da questão do abuso do processo – e outras questões a ele afetas – reconhecem esse dado”¹³⁷.

Segundo Patrícia de Deus Lima:

“São os atos praticados sob o pretexto de adequadamente defender esses interesses que, no mais das vezes, ensejam a caracterização do fenômeno abusivo no processo. Com isso, estamos afirmando que são as partes, por excelência, o sujeito ativo do abuso no processo civil, aqui incluídos por razões óbvias, os terceiros que, por conta de sua intervenção no processo, passam a atuar na qualidade de parte”¹³⁸.

¹³⁶ THEODORO JR, H. *Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In BARBOSA MOREIRA, J. C. *Abuso dos Direitos Processuais*, p. 126.

¹³⁷ ABDO, H. N. *O Abuso do Processo*, p. 50.

¹³⁸ DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 151.

As espécies de abusos processuais que podem ser perpetrados, vão desde a lide temerária, que atenta frontalmente ao direito de ação e a gênese do processo, até o uso dos mecanismos específicos, sejam os utilizados pelo autor ou os que cabem ao réu.

Além de todas as espécies exemplificativas tratadas anteriormente (v.g. litigância de má-fé e os atos atentatórios à dignidade da justiça), toda atuação da parte que violando a boa-fé, se mostra como um direito processual garantido consiste em um abuso do processo.

Antes de prosseguir para os temas da prevenção e sanção do abuso é importante que sejam feitas algumas considerações no que toca ao procurador das partes em juízo, já que, ao menos virtualmente, também participa do processo, podendo ser sujeito ativo de eventuais abusos.

O nosso ordenamento jurídico prevê para a prática de atos postulatórios no processo a respectiva capacidade para tanto, que através da Constituição Federal de 1988 foi atribuída ao advogado. Assim, para que as partes possam instrumentalizar seus direitos e resolver questões mediante o juízo é necessário que constituam um procurador devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo que somente estes estão autorizados para esta espécie de mandato.

“Pode acontecer de fato que um abuso possa ser atribuído à parte pessoalmente quando é a parte mesma a ser responsável pelo comportamento abusivo, ou ao menos quando o defensor agiu sob precisas e específicas instruções do cliente. É bem sabido, todavia, que em muitos casos o defensor dispõe de uma ampla margem de discricionariedade no decidir quais iniciativas processuais tomar e quais escolhas defensivas parecem mais oportunas no interesse de seu cliente. Com muita frequência, o autor real do ato ou do comportamento abusivo é o defensor em vez do cliente, já que é deixado livre para defender os interesses do cliente no âmbito da própria capacidade profissional”¹³⁹.

No que se refere à prática abusiva dos advogados a codificação pátria preferiu dar abordagem diferenciada ao tema, prevendo que os advogados “acham-se subordinados a um Código de Ética e a deveres legais emanados do seu estatuto profissional”, o que inclusive é possível ser aferido da observação do contido no

¹³⁹ TARUFFO, M. L'abuso del processo: profili comparatistici, *Revista de Processo*, p. 162. Apud DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 154.

Parágrafo Único do art. 14 do CPC, que remete a análise de responsabilidade do advogado ao respectivo órgão de classe.

Para Patrícia de Deus Lima, existem fortes argumentos que justificam a imputação da conduta abusiva às partes e não aos seus procuradores, segundo ela, afastar as consequências dos atos abusivos das partes “é permitir que esse profissional (o advogado) se deixe ser literalmente usado com os propósitos mais escusos, sob o pretexto de exercer seu ofício”. Além disso, teria caráter didático, no sentido de que a escolha do profissional fosse mais séria e atenta, pautada em sua atuação prévia e se esta estava dotada da ética necessária¹⁴⁰.

“Quem sabe assim, já não precisaremos ouvir, com tanta frequência, o discurso desiludido daqueles excelentes profissionais que pensam não ser possível uma carreira bem sucedida na advocacia, orque lhes falta a malícia que exige o mercado, a clientela, para atuação em juízo”¹⁴¹

Há também aqueles que se voltam ao plano do direito material para explicar a necessidade de manutenção dos reflexos da conduta abusiva às partes, Fabio Milman justifica esta tendência com fundamento na má eleição, na *culpa in eligendo*, e supletivamente as determinações legais atinentes ao contrato de mandato, segundo os quais o mandante restaria obrigado pelas contratações do procurador. No entanto, segundo o mesmo autor “os patronos das partes podem e devem responder, direta e pessoalmente, pelos atos de improbidade que forem apurados como de sua própria providência”, havendo vigoroso argumento jurisprudencial para tanto¹⁴².

É primorosa a conclusão à que chegou Patrícia de Deus Lima, explicando que em momento algum se sustenta o afastamento de responsabilidade do advogado e sua submissão única às sanções disciplinares, pelo contrário, seria muitíssimo mais eficaz a responsabilização expressa pelo comportamento abusivo do advogado, desde que o ordenamento se colocasse de maneira adequada¹⁴³, como por exemplo ocorre nos países em que vige o sistema da *common law* onde: 1) o profissional responde, em casos de abuso, diante do cliente, da sociedade de advogados que participa, da parte contrária no pleito, do procurador da parte

¹⁴⁰ DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 156-157.

¹⁴¹ Idem, p. 157.

¹⁴² MILMAN, F. *Improbidade Processual*, p. 55-56.

¹⁴³ DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 158-159.

contrária, dos terceiros interessados e do juízo; 2) lhes são garantidas a autonomia de decisão perante a linha de argumentação a ser utilizada, bem como lhes é imposto o dever de rejeitar instruções de clientes que possam levar ao abuso do processo¹⁴⁴.

A arremate semelhante chega Adroaldo Leão, cujas palavras, em tom enérgico e até mesmo com certo grau de romantismo, valem ser transcritas:

“Somos advogados e temos que lutar pela classe. Lutar pela classe é dela querer ver afastados os punidos, os ‘chicanistas’, resonsáveis pela imagem distorcida e negativa da profissão. Só há um meio para contê-los: castigá-los também no bolso, pois o castigo disciplinar não tem se mostrado eficaz. Os dois se completam, não seriam conflitantes ou antagônicos”¹⁴⁵.

2. DA PREVENÇÃO AO ABUSO PROCESSUAL

A tutela preventiva contra o abuso dos direitos processuais, não possui, de forma específica, um desenvolvimento muito extenso na doutrina, o que se justifica primeiramente pela inoperabilidade e ineficácia das previsões existentes e também pela adoção de entendimento padronizado no sentido de que a inibição do abuso processual se concretiza *a posteriori*, ou seja, com a sanção – matéria que trataremos a seguir.

Quanto ao enfrentamento do abuso em momento anterior a sua manifestação é preciosa a lição de Humberto Theodoro Jr., para quem resta evidente a presença de um sistema preventivo ao abuso processual na legislação pátria.

De acordo com o autor, o juiz estaria no centro da atividade de prevenção, lhe tendo sido outorgados poderes-deveres de agir preventivamente para impedir que o processo instaure a desigualdade entre as partes; que qualquer intento no sentido de gerar morosidade à prestação seja vedado; ou ainda que seja perpetrado

¹⁴⁴ ABDO, H. N. *O Abuso do Processo*, p. 180-181.

¹⁴⁵ LEÃO, A. *O litigante de má-fé*, p. 42. Apud DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 159.

qualquer ato que atente contra a dignidade da justiça – conforme se depreende do art. 125 do CPC¹⁴⁶.

Ainda no mesmo sentido é atribuído ao juiz, pelo art. 130 do CPC, o poder de gerir a instrução probatória, podendo indeferir toda prova que for inútil ou que não guarde relação com o provimento final ¹⁴⁷.

Cabe ao juiz também, frente a processos simulados ou fraudulentos e pretensões infundadas, proferir, nos primeiros, sentença que afaste o objetivo ilegal das partes e, no segundo, antecipar o julgamento do processo (vide art. 129, 295 e 330, todos do CPC) ¹⁴⁸.

Além destas medidas, cabe ao juiz atuar de maneira que o provimento jurisdicional seja dado com a máxima agilidade possível, inclusive fixando prazos para que as diligências não se mostrem temporalmente mais custosas do que deveriam ¹⁴⁹.

No que toca ao processo executivo, existe previsão legal (art. 599) que adere aos poderes do juiz a possibilidade de advertência àquele que esteja violando a dignidade da justiça, assim como lhe cabe, achando necessário, determinar o comparecimento das partes em juízo para que possam ser feitas eventuais esclarecimentos ¹⁵⁰.

O referido autor ainda elenca a previsão legal de depósito de caução para ajuizamento de ação rescisória, o que oportunamente seria capaz de coibir casos de lide temerária ¹⁵¹.

Assume, contudo, que apesar da existência expressa de medidas para a prevenção do abuso processual, estas são constantemente ignoradas pelo Judiciário, o que mitiga em muito o caráter ético que se busca incutir ao Processo Civil.

Segundo Fabio Milman, a prevenção se consolidaria principalmente através do incentivo à boa formação jurídica é ética dos profissionais, com posteriores

¹⁴⁶ THEODORO JR, H. *Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In BARBOSA MOREIRA, J. C. *Abuso dos Direitos Processuais*, p. 116-117.

¹⁴⁷ Idem, ibidem.

¹⁴⁸ Idem, ibidem.

¹⁴⁹ Idem, ibidem.

¹⁵⁰ Idem, ibidem.

¹⁵¹ Idem, ibidem.

reformas na lei que atentassem a repercussão social do abuso e dos próprios meios processuais ¹⁵².

3. DAS SANÇÕES AO ABUSO

A sanção é medida repressora utilizada para garantir a eficácia de determinada norma. Além de caráter repressivo também lhe é atribuída um papel preventivo, sendo que a simples existência de possível sanção no ordenamento jurídico já bastaria para desestimular a prática de ato em desacordo com o Direito.

No que se refere ao Abuso do Direito Processual, a sanção assume caráter diferenciado principalmente em face das repercussões do ato abusivo, que além de afetar (geralmente) um sujeito privado ainda atinge o Estado e o próprio interesse público.

Sabe-se também que a gama de possíveis abusos processuais é praticamente infindável, o que leva a um sem número de previsões específicas cuja análise se tornaria demasiado longa – o que se busca, é a determinação em largo espectro de possíveis sanções ao abuso do processo, para que diante de um caso concreto se possa conceber a melhor forma de coibir essa conduta.

É importante atentarmos, nesse momento, ao que Patrícia de Deus Lima chama de regime jurídico próprio do Abuso do Direito, que garantiria, haja vista a autonomia dogmática do instituto, tratamento adequado – principalmente no que se refere à utilização de preceitos importados da teoria do ato ilícito em sentido estrito, o que costuma ser feito, mas que de fato não possui qualquer coerência ¹⁵³.

É pertinente a extração de um pequeno trecho do trabalho da referida autora, onde restam esclarecidas parte das especificidades aduzidas em relação ao regime jurídico do abuso do direito processual:

“1.º) para responsabilização civil, é indiferente a configuração do elemento subjetivo (dolo ou culpa); 2.º) o ato abusivo é punido independentemente da ocorrência de dano (ou seja, este elemento somente é necessário nas hipóteses em que se pretende a responsabilização do sujeito que praticou abuso); e, 3.º) os deveres descritos nos arts. 14 e 17 do CPC fazem parte

¹⁵² MILMAN, F. *Improbidade Processual*, p. 221.

¹⁵³ DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 183.

de lista exemplificativa e, portanto, nada impede que outras condutas, ali não enumeradas, sejam consideradas abusivas, se revelarem desrespeito ao limite imposto pela noção de probidade processual”¹⁵⁴.

Além desta importante consideração, há que se fazer outra, diferentemente do que se vê no âmbito do Direito Civil, onde o abuso, no mais das vezes, induz a uma reparação que busca o restabelecimento do *status quo ante*, no Processo Civil existem repercussões do ato também em face do Estado e do interesse público. Sendo adequado, nos dizeres de Castro Filho:

“[...] falar-se que existe, além de uma responsabilidade civil, uma responsabilidade processual, a primeira destinada a reparar o dano causado aos indivíduos pela prática de qualquer ato ilícito, e a segunda destinada a reparar o dano causado aos indivíduos e ao Estado pela prática de qualquer ato ilícito no processo, aí incluído, portanto o abuso do direito”¹⁵⁵.

Sob este prisma, ao referir-se ao trabalho de Carlos Alberto Mota de Souza, Fábio Milman propõe a divisão das sanções em quatro grupos, de acordo com sua natureza, vejamos:

“administrativas (aplicadas pelo juiz em razão da administração do processo, do ordenamento material ou da fiscalização dos atos dos vários intervenientes), podendo estas ser funcionais/disciplinares (incidentes sobre as pessoas que estão a exercer alguma função no processo) ou ordinatórias/de polícia (as que coíbem atos prejudiciais ao regular andamento do processo ou à normal constituição dos atos processuais ou às atividades ilícitas das partes; penais (relativas à tutela penal do processo consequente de ilícito grave das pessoas que nele atuam); pecuniárias (os ônus econômicos impostos pela não observação das regras de conduta processual), consistindo essas nas multas e indenizações civis; e cautelares (as garantias prestadas ara obtenção do exercício de direito ou faculdade que possa causar danos ao adversário), espécie do gênero caução, que podem constituir-se mediante depósitos (garantia material) e fiança (garantia pessoal)”¹⁵⁶

De forma mais resumida está à configuração realizada por Castro Filho, onde reconhece que a sanção ao Abuso do Direito Processual não se limita à responsabilidade civil da parte, compreendendo também uma gama de

DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 183-184.

¹⁵⁵ CASTRO FILHO, J. O. *Abuso do Direito no Processo Civil*, p. 190. – É válido observar que ao se referir ao abuso do direito como ato ilícito, José Olimpio o faz no sentido da antijuridicidade do ato e não confundindo-o com o ato ilícito *strictu sensu*.

¹⁵⁶ MILMAN, F. *Improbidade Processual*, p. 220.

repercussões processuais que incluem: a nulidade do ato abusivo; a imposição de multas; e a responsabilização criminal do agente ¹⁵⁷.

Contudo, para o desenvolvimento do presente trabalho, parecem ser mais adequadas as espécies de sanção colocadas por Helena Abdo, sendo que compreendem as hipóteses supracitadas de forma mais sintética e didática, quais sejam: a reparação de danos; a imposição de multa; a declaração de nulidade ou ineficácia do ato; a restrição de direitos; e a responsabilização criminal.

De forma complementar, buscar-se-á tratar também de formas que não se encaixam na classificação supra, por possuírem particularidades bastante específicas, atinentes à consequências autorizantes que decorrem do abuso e a utilização da conduta processual como argumento para prova.

3.1. A REPARAÇÃO DE DANOS

Nos casos em que o Abuso do Processo gera dano a outro sujeito processual é cabível a responsabilização do sujeito ativo do abuso na reparação dos prejuízos causados. Trata-se, evidentemente, de matéria de responsabilidade civil, aonde a indenização tem por objetivo a restauração da situação anterior à prática do abuso.

Diferentemente da responsabilidade civil por ato ilícito, nos casos de abuso, compreendida aqui a situação processual, não é necessária a configuração do elemento subjetivo quando da prática do ato, sendo que este se caracteriza, neste quesito, pela infração objetiva a qualquer preceito que compõe o princípio da boa-fé.

Assim, o que se busca é o ressarcimento da parte lesada, devendo a indenização compreender todos os prejuízos experimentados, não havendo qualquer restrição aos danos emergentes e lucros cessantes, desde que comprovados. Tampouco encontra-se qualquer manifestação legal contrária a configuração de eventuais danos morais, sendo cabíveis desde que preenchidos os elementos para sua constatação.

¹⁵⁷ CASTRO FILHO, J. O. *Abuso do Direito no Processo Civil*, p. 190.

O responsabilizado será sempre o sujeito processual que cometer o abuso, sem prejuízo das demais sanções previstas, podendo ser enquadrados entre eles até mesmo o Ministério Público, bem como qualquer pessoa jurídica de direito público¹⁵⁸.

Em casos de múltiplas condutas, a responsabilização será sempre pessoal e específica, sendo cada sujeito responsável pelo dano que causou. Já nas hipóteses em que sejam fixadas responsabilidades para sujeitos distintos, havendo identificação de credores entre si, será possível a compensação. E por fim, caso dois sujeitos pratiquem a mesma conduta, a responsabilização irá considerar a proporção de interesse na causa ou, sendo o caso, será fixada solidariamente (cf. art. 18, §1º do CPC)¹⁵⁹.

Vale atentar ao fato de que o credor da indenização será sempre aquele que efetivamente sofreu o prejuízo, podendo ser inclusive litisconsorte do sujeito que cometeu o abuso, e não somente a parte adversa, como bem lembra Helena Abdo diante da previsão do caput art. 18 do CPC¹⁶⁰.

Ainda, quando o ato abusivo indenizante ocorrer em hipótese prevista no art. 17 do CPC, a condenação poderá ser fixada desde logo, desde que não ultrapasse o montante de 20% do valor da causa, conforme §2º do art. 18. Verificando-se situação em que o dano supere essa quantia, o próprio dispositivo garante a possibilidade de liquidação por arbitramento.

Outro fator cuja observação é relevante está posto no caput do art. 18, consolidando a desnecessidade de pedido da parte para a condenação às perdas e danos, haja vista que essa pode ser realizada *ex officio* pelo juízo ou tribunal.

Por fim, a condenação à referida indenização se dará preferencialmente nos próprios autos onde ocorreu a prática do abuso processual, tanto em decisão interlocutória quanto em sede de sentença – recomendando-se em qualquer dos casos a menção do abuso e sua condenação nesta última, com o intuito de facilitar posterior execução. A adoção de tal procedimento parece ser mais salutar a parte, no entanto, nada impede que tanto a fixação da indenização como a execução se façam em autos apartados¹⁶¹.

¹⁵⁸ ABDO, H. N. *O Abuso do Processo*, p. 229-233.

¹⁵⁹ Idem, *Ibidem*.

¹⁶⁰ Idem, p. 231.

¹⁶¹ Idem, p. 234.

Antes de prosseguir é importante mencionar, apesar de tal conclusão ser bastante lógica, que não existe qualquer relação entre a condenação às perdas e danos e a parte sucumbente no processo, processando-se, embora nos mesmos autos, independentemente ¹⁶².

3.2. A IMPOSIÇÃO DE MULTA

O ordenamento brasileiro possui diversas previsões legais de multa para coibição do abuso do direito processual, especificando, contudo, a hipótese de cabimento de cada uma delas.

Patrícia de Deus Lima ao tratar do tema espousa o entendimento de Michele Taruffo, vejamos:

“A avaliação de Taruffo, a respeito da imposição de multa como forma de sanção contra o abuso do processo, é positiva. Pondera o autor que esse tipo de sanção parece flexível e eficaz, seja na prevenção, seja na punição do abuso, muito embora entenda que um aspecto negativo de sua utilização poderia ser extraído do ‘amplo poder discricionário’ atribuído aos tribunais para fixação do valor da multa e determinação de sua incidência no caso concreto” ¹⁶³.

Na redação da legislação brasileira, contudo, parece ter sido observada a preocupação de Taruffo, sendo que em todas as hipóteses previstas existe um limite máximo para a fixação das multas. Ainda assim, é visível que o modelo adotado não tem sido suficiente na luta contra a prática abusiva no processo.

“O modo adotado pela lei processual civil brasileira para o controle da probidade é merecedor de várias críticas. Em primeiro lugar, está a timidez na aplicação das penalidades, uma vez que tem o julgador ciência de estar punindo, no mais das vezes, a parte litigante quando, com muita frequência, o ato censurado resulta de ação ou omissão do procurador. Depois, há o fato da reversão das multas em favor do adversário o que gera, também no juiz, sensação de estar fomentando enriquecimento sem causa. Finalmente, há de se considerar que a mera aplicação de penalidades pecuniárias, ainda que agravadas como vem sendo tendência, combatem os efeitos e não as causas do mau gerenciamento, pelas partes, dos meios processuais” ¹⁶⁴.

¹⁶² ABDO, H. N. *O Abuso do Processo*, p. 230-231.

¹⁶³ DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 161.

¹⁶⁴ MILMAN, F. *Improbidade Processual*, p. 220-221.

Dentre as principais multas previstas estão: a do art. 18 do CPC (casos de litigância de má-fé); a do art. 601 do CPC (para coibir atos atentatórios à dignidade da justiça); a do art. 538 do CPC (quando da oposição de embargos de declaração com cunho meramente protelatório); a do art. 740, parágrafo único do CPC (em sede de oposição de embargos à execução manifestamente protelatórios ou infundados); a do art. 14, parágrafo único do CPC (em casos de embaraço à efetivação de provimento judicial de natureza antecipatória ou final, desde que configurada a infração ao princípio da boa-fé¹⁶⁵); a do art. 557, §2º (quando ocorre a interposição de agravo de instrumento inadmissível ou manifestamente infundado); a do art. 233 do CPC (em casos de requerimento de citação por edital quando estão ausentes os pressupostos para tanto¹⁶⁶); a do art. 87, parágrafo único do CDC (quando da propositura abusiva de ação coletiva); e a do art. 4º, §1º da Lei 1060/1950 (nos casos em que for falsa a declaração de pobreza para fins de concessão do benefício de assistência judiciária).

Quanto à possibilidade de cumulação entre as multas, deve-se somente atentar para que não se verifique *bis in idem*, todavia, em se tratando de abuso duplamente rechaçado pela lei isto deve ser considerado para fixar o montante da multa, limitando-se ao seu respectivo teto – que deve ser o maior quando a mesma conduta se enquadrar em mais de uma hipótese com fundamentos diferentes.

O beneficiário das multas, como se pode depreender da crítica esposada por Fabio Milman acima disposta, reverte-se normalmente para a parte adversa, mesmo que em parte significativa das vezes o principal prejudicado seja o Estado ¹⁶⁷.

3.3. A RESTRIÇÃO DE DIREITOS

¹⁶⁵ A ressalva à infração da boa-fé é o que justifica a utilização desta multa em casos de abuso do direito processual. No entanto, trata-se de uma previsão bastante extensa, que não se aplica somente a estes casos – incidindo momentaneamente para proteger a eficácia das determinações judiciais, ou como preferem alguns, como *contempt of court*.

¹⁶⁶ A previsão contida no art. 232 do CPC pode trazer dúvidas quanto ao seu enquadramento como forma de abuso processual, contudo, estão presentes todos os requisitos para tanto: a aparência de legalidade e a violação da boa-fé, principalmente no que se refere ao dever de lealdade. Assim, apesar da necessidade expressa de verificação do dolo, deve-se atentar para o regime jurídico próprio de tal categoria, restringindo, para fins de aplicação da multa, a observação de violação objetiva da boa-fé.

¹⁶⁷ ABDON, H. N. *O Abuso do Processo*, p. 237.

Afora as espécies de sanção já expostas existe a possibilidade de, para evitar a perpetração ou mesmo para prevenir o abuso do direito processual, seja realizada a restrição de direitos, que em últimos casos pode ser definitiva¹⁶⁸.

Segundo Helena Najjar Abdo os casos mais evidentes se encontram nos arts. 538 e 557, §2ª, ambos do CPC. Nos respectivos dispositivos o que existe é uma previsão que condiciona o direito de recorrer ao pagamento de multa, que outrora já indicava repreensão a uma conduta abusiva, sendo a restrição do direito, medida adotada quando da reincidência.

De repercussões muito mais graves são as restrições definitivas, que configuram a perda de um direito processual, que é justamente o que ocorre, a título de exemplo, nos casos previstos no art. 196 do CPC, onde, mesmo tendo sido notificado o procurador não devolve os autos em cartório, agindo de forma protelatória, o que lhe impõe perda do direito de tirar os autos da escrivania.

Podendo se enquadrar também neste tópico a modalidade definida por Barbosa Moreira, para quem: “Há situações em que não é preciso, para punir o abuso, recorrer a sanções de ordem pecuniária: basta deixar de aplicar a regra consagradora do benefício que se quis maliciosamente incidir”¹⁶⁹.

3.4. DA NULIDADE COMO SANÇÃO PARA O ABUSO PROCESSUAL

A aplicação de sanções para coibir o ato abusivo tem como objetivo não só a repressão ao autor deste, mas também impedir que o abuso e seus efeitos continuem a subsistir. Partindo desse pressuposto, percebe-se que a declaração de nulidade do ato processual realizado de forma abusiva é uma das melhores espécies de sanção, visto que impede ao mesmo tempo a consagração e a manutenção dos objetivos em contrariedade com a boa-fé.

Castro Filho aduz ao fato de que várias previsões legais (atinentes ao Código de Processo de 1939) que determinam a nulidade de atos advieram de

¹⁶⁸ Hipóteses de abuso do direito caducificante – que provoca a perda permanente de um direito.

¹⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, J. C. *Abuso do direito*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, p. 129. DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 165.

contato anterior com possíveis abusos do processo, de forma que o legislador da época teria sido levado a, preventivamente, dispor negando efeitos a determinados atos que posteriormente seriam reconhecidos como nulos¹⁷⁰.

Afeta a esse entendimento está Helena Abdo, para quem o atual Código de Processo Civil dispõe em vários momentos sobre a nulidade em face do abuso do processo. Segundo ela, haveria destaque nas previsões contidas nos arts. 214, 247, 250, 266 e 618. Contudo, da leitura dos referidos dispositivos não é possível realizar qualquer ligação que demonstre ser o rechaço ao abuso o objetivo destes¹⁷¹.

Todavia, o que se deve manter em mente é que a declaração de nulidade de um ato não guarda qualquer relação com a permissividade do Direito posto. Pelo contrário, advém da existência de grave vício em sua formação – que é exatamente o que ocorre quando praticado um abuso, visto que apesar de aparentar licitude concebe violação à boa-fé desde seu nascimento.

Por isso, não é a ausência de disposição específica para cada caso que irá impedir o juiz de adotar a sanção nulificante, sendo que esta somente irá depender da conjugação lógica de requisitos e de fundamentação jurídica adequada – não havendo qualquer impedimento para utilização deste meio para evitar a geração de efeitos decorrentes de abuso do direito.

3.5. SANÇÕES PENAIS

A responsabilidade criminal pode advir de uma prática abusiva, no entanto os dispositivos presentes no Código Penal a que tal matéria se enquadraria, são mais amplos, compreendendo aplicabilidade também em casos onde não há abuso.

Os principais tipos penais separados por Helena Abdo, são os contidos nos arts. 330 e 359 do Código Penal – respectivamente o crime de desobediência e o de desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito¹⁷².

A aplicação desta espécie de sanção, sem dúvidas a mais grave, está condicionada e diversos elementos. Primeiramente, devem ser verificados os

¹⁷⁰ CASTRO FILHO, J. O. *Abuso do Direito no Processo Civil*, p. 193.

¹⁷¹ ABDO, H. N. *O Abuso do Processo*, p. 240.

¹⁷² *Idem*, p. 242.

critérios necessários para saber se o ato praticado é de fato um abuso do direito processual, ou seja, devem estar presentes a aparência de licitude e a violação a qualquer elemento que componha o conteúdo do princípio da boa-fé. No segundo momento importa avaliar se o ato não pode ser reprimido suficientemente por qualquer das outras espécies de sanção. Sendo a responsabilidade penal a forma mais adequada, o juiz responsável pela causa deverá tomar as devidas providências para que se dê início à ação penal – onde será feita a constatação dos elementos do tipo.

Sendo a espécie de sanção mais grave, deve ser também a que mais oferece garantias para defesa do suposto sujeito do ato abusivo, afim de que não se incorra em excesso.

3.6. O ABUSO AUTORIZANTE

Não obstante as espécies de sanção supracitadas, existe ainda a hipótese de um abuso cuja prática autoriza o requerimento do ofendido ou mesmo o próprio juízo a tomar determinada medida.

O exemplo clássico desta espécie de sanção ao abuso está no Direito Civil, mais especificamente no art. 50 do Código Civil – que autoriza, em face de abuso da personalidade jurídica, o requerimento em juízo para a desconsideração da personalidade jurídica e assim estender a busca de bens, para quitação de uma dívida, também no patrimônio de sociedades empresárias do sujeito que cometeu o abuso.

Apesar de que a perpetração de um abuso no direito civil tenha reflexos no âmbito do processo, principalmente em casos de execução forçada, existe previsão especificamente processual.

O art. 273, inciso II do CPC, é claro ao permitir a concessão de antecipação dos efeitos da tutela em casos onde se verifique abuso do direito de defesa ou mesmo intuito manifestamente protelatório por parte do réu.

Assim, constatado o abuso do direito de defesa, pode o juiz como forma de sanção livrar a parte contrária da delonga do procedimento, mediante instrumentalização da técnica processual de antecipação da tutela.

“Nem sempre a tutela antecipada tem como móvel a urgência (CPC 273 I), pois pode ser concedida quando houver abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (CPC 273 II), que nada tem a ver com a urgência, mas sim com a efetividade do processo, como forma de garantir ao autor os efeitos da tutela pretendida pelo simples fato de o réu estar-se utilizando do processo com propósito protelatório”¹⁷³.

Quanto à aplicação do dispositivo, bem como da configuração do abuso do direito de defesa tem-se a manifestação de Patrícia de Deus Lima:

“Assim, traduzindo-se o direito de defesa na prática de uma ampla cadeia de atos processuais, qualquer um dos atos dessa cadeia, individualmente ou considerados em conjunto, pode dar ensejo ao comportamento abusivo e, desse modo, conduzir à sanção processual estabelecida no art. 273, II, do CPC”¹⁷⁴.

Por fim, no que se refere às sanções propostas, concebe-se que estas não se encontram limitadas pela previsibilidade em lei ou pela ausência do abuso processual em determinado rol. O que existe é um regime jurídico próprio cujo objetivo é coibir o abuso do direito processual, assim sempre que estiverem presentes os requisitos para aferição deste, caberá ao juiz utilizar a sanção (ou sanções) que mais esteja adequada ao caso concreto, visando acima de tudo que a medida utilizada seja didática, desincentivando a repetição do abuso no futuro.

3.7. A CONDUTA PROCESSUAL COMO ARGUMENTO DE PROVA

As condutas adotadas pelas partes e seus procuradores no decurso do processo são, como todas as demais faculdades e ônus processuais, atos-fatos que podem interferir na convicção do juízo quando da decisão à que se refere o oferecimento final da prestação jurisdicional.

Tal apontamento, segundo ensina Ivan Righi, se consubstancia no fato das condutas processuais se consubstanciarem em fontes de presunções, veja-se:

¹⁷³ NERY JR., N. *Atualidades sobre o processo civil*, p. 53. Apud DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 190.

¹⁷⁴ DEUS LIMA, P. C. de. *Abuso do direito e tutela ética do processo*, p. 193.

“A própria lei, ao estabelecer presunções, estrai eficácia probatória da conduta da parte. Assim, a aceitação da veracidade dos fatos alegados pela parte contrária, nas hipóteses de revelia (art. 319 e negativa de exibição de documento (art. 359). No mesmo sentido, a suposição de autenticidade da assinatura e veracidade do contexto de documento particular não impugnado (art. 372), mais ainda a confissão ficta resultante da falta de comparecimento – ou da recusa a depor – da parte intimada a prestar depoimento pessoal (art. 342, §2.º).

[...]

A eficácia probatória do comportamento das partes, entretanto, independe de previsão legal. Basta, apenas, reconhecer – como o legislador o fez, nos casos anteriormente apontados – a natureza de fonte de presunções à conduta processual das partes”¹⁷⁵.

Não bastasse isso, o CPC ainda admite o princípio da valoração racional das provas (art. 131) que ao ser combinado com as espécies admitidas (art. 332), concebe a eficácia probatória do comportamento das partes dentro do âmbito processual¹⁷⁶.

Não se pode dizer, contudo, que qualquer comportamento tem o condão de influenciar nas decisões judiciais, pelo contrário, limitam-se as hipóteses em que se pode deduzir, mediante raciocínio lógico, a existência de indício que leve a presunção relevante ao mérito.

Diante desta conclusão, resta saber se a eficácia probatória da conduta se estende também aos comportamentos abusivos.

O abuso processual ao ser praticado pode, da mesma forma que outras condutas, induzir o juízo em determinadas conclusões lógicas sobre o objeto da demanda.

O réu que, por exemplo, ao se comportar durante todo o curso do processo de forma que se possa presumir procrastinatória, gera o indício que seu interesse principal era unicamente alongar o decurso da análise e, portanto, que provavelmente não possui qualquer espécie de defesa séria que se aplique – levando, possivelmente, o juízo a reforçar suas convicções quanto à procedência da demanda.

Nesse sentido enquadra-se a colocação de Ivan Righi:

“Suponha-se a subtração, ou inutilização, de documento constante dos autos do processo, por uma das partes litigantes. Tem-se ato-fato processual, que admite o seguinte desdobramento: a) crime contra a Administração Pública; b) indício que favorece, com apoio na experiência

¹⁷⁵ RIGHI, I. *Eficácia Probatória do comportamento das partes*, p. 3.

¹⁷⁶ *Idem*, p. 4.

comum, ou seja, considerando-se "quod plerumque fit", a presunção de que o documento fazia prova em benefício da parte adversária"¹⁷⁷.

Desta feita, no intuito de demonstrar ainda mais a reprovabilidade das condutas abusivas, é possível ao magistrado, respeitada a carga probatória destas presunções, inculcar, como forma coibir essas ações, a valoração do comportamento que consubstanciou o abuso para lhe afastar justamente do objetivo que busca, a procedência ou improcedência da demanda.

Além desses, a utilização dessa técnica se aplica visivelmente nos casos de simulação e emulação, podendo ser coibidos pelo juiz através de valoração do comportamento das partes – surge presunção de que a utilização do processo, apesar de aparentemente válida, vem agregada de violação insanável ao seu aspecto interno da boa-fé.

A questão central no que toca a esse tema é a seguinte: a avaliação com conteúdo probatório da conduta das partes remete à imposição de deveres presente no CPC, pois se os comportamentos estiverem de acordo com o princípio da boa-fé, com diligência e foco na decisão final, os atos processuais não terão carga probatória que influencie a sentença, já que por serem essencialmente técnicos serão incapazes de gerar presunções.

¹⁷⁷ RIGHI, I. *Eficácia Probatória do comportamento das partes*, p. 6.

CONCLUSÃO

As conclusões alcançadas no desenvolvimento do presente trabalho podem ser sistematizadas da seguinte maneira:

- I. O abuso do direito, em um panorama contemporâneo e atento ao ordenamento brasileiro, deve ser visto como uma espécie de ato ilícito que se identifica através de aparente legalidade.
- II. Que o abuso do direito, nada tem a ver com o exercício de um direito subjetivo, pois nasce na antijuridicidade, violando o princípio da boa-fé.
- III. Em suma, é um ato ilícito em sua gênese que através de um véu de legalidade, uma aparência de conformidade com o direito, viola o princípio da boa-fé e busca a consecução de interesses escusos.
- IV. A discussão do abuso dentro do âmbito do processo civil apresenta destacada relevância, em vista de seu aspecto público – reconhecendo-se atentado ao Estado e ao interesse público sempre que se manifestar.
- V. Ainda que não esteja expressa em todos os ordenamentos estrangeiros a doutrina do abuso do processo é recepcionada de maneira quase unânime – utilizando-se muitas vezes o princípio da boa-fé como fundamento para sua repressão.
- VI. O histórico do instituto na legislação processual brasileira leva a sua admissão inquestionável, havendo, no entanto, alguma confusão sobre quais são os elementos que devem ser apurados para sua verificação.
- VII. Todos os comportamentos processuais que se mostram em desconformidade com os deveres trazidos no art. 14 do CPC se enquadram no conceito de abuso do direito processual, estando compreendidos, portanto, a litigância de má-fé e os atos atentatórios à dignidade da justiça.
- VIII. O desvio de finalidade, ainda que não seja inútil para tanto, não é o melhor critério para aferição do abuso no processo, principalmente pela dificuldade na determinação de seu conteúdo, como na rigidez deste – uma vez esteja determinado.

- IX. A boa-fé é norma-princípio cujo conteúdo é dinâmico, mas ao mesmo tempo facilmente determinado. Além disso, tem sua extensão dilargada pela máxima eficácia devida a sua origem principiológica.
- X. Diante da íntima oposição que liga a boa-fé e a ideia de abuso, a escolha da primeira para consubstanciar principal critério de aferição dentro do processo civil se impõe.
- XI. Os sujeitos ativos do abuso processual são principalmente as partes, havendo fortes fundamentos para que respondam por estes em detrimento de seus procuradores – haja vista as peculiaridades do sistema jurídico e do papel do advogado no Brasil.
- XII. A prevenção ao abuso processual de forma estrita é bastante limitada – presumindo-se feita essencialmente através dos meios repressivos.
- XIII. A repressão ao abuso do direito processual atende a um regime jurídico específico e pode se dar de diversas formas, não havendo limitação ao âmbito da reparação de danos, mas estendendo suas possibilidades à decretação de nulidade, fixação de multa, restrição de direitos, permissão de atuação pró-abusado, responsabilidade penal e até mesmo a utilização da qualidade da participação processual como argumento de prova para a definição da demanda.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena. Najjar. *O Abuso do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade Processual por Litigância de Má-fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em virtude de actos praticados no processo*. Coimbra: Almedina, 2006.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O Abuso do Direito Processual e o Princípio da Proporcionalidade na Execução Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do Direito no Processo Civil*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos Atos Próprios do Princípio da Boa-fé*. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual*. 1 ed. (ano 2006), 2ª reimpr. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a Teoria do Abuso de Direito*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

LIMA, Patrícia Carla de Deus. *Abuso do direito e tutela ética do processo*. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica, Orientador: Francisco Carlos Duarte. Curitiba, 2006.

MARINONI, Luiz. Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MENDES, Débora Fernandes de Souza. *A boa-fé como princípio ideal do processo*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11246&revista_caderno=21>. Acesso em nov 2012.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. *Abuso de Derecho en el Proceso?* In BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

MILMAN, Fábio. *Improbidade processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009;

MIZUTA, Alessandra; COSTA RAITZ, Evelyn Cavali da. *Boa e má-fé Processual* in GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). *Jurisdição – Crise, efetividade e Plenitude institucional*. 1 ed., 1ª reimpr. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

OTEIZA, Eduardo. *Abuso de los Derechos Procesales em America Latina*. In BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

PEYRANO, Jorge. W. *Abuso de los Derechos Procesales*. In BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

PINHEIRO, Frederico Garcia. *Abuso de direito processual na jurisprudência do STJ*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1706, 3.mar.2008 Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10998>>. Acesso em: nov. 2012.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do Direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIGHI, Ivan. *Eficácia probatória do comportamento das partes*, In Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Vol. 20 (1981). Disponível em <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/8855/6165>>. Acesso em dez. 2012.

SOSA, Gualberto Lucas. *Abuso de Derechos Procesales*, In BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.