

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

MARINA PADILHA SANTOS

**ABUSO DO DIREITO PROCESSUAL À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL: LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E RESPONSABILIDADE DAS
PARTES POR DANO PROCESSUAL**

**FLORIANÓPOLIS
2015**

MARINA PADILHA SANTOS

**ABUSO DO DIREITO PROCESSUAL À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL: LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E RESPONSABILIDADE DAS
PARTES POR DANO PROCESSUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharel em Direito da Universidade Federal
de Santa Catarina.
Orientador: Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva

Florianópolis - SC

2015

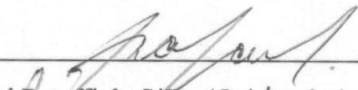


SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA -
TRINDADE
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

TERMO DE APROVAÇÃO DE TCC

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado **Abuso do Direito Processual à luz do Novo Código de Processo Civil: litigância de má-fé e responsabilidade das partes por dano processual**, elaborado pela acadêmica **Marina Padilha Santos** defendido nesta data e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

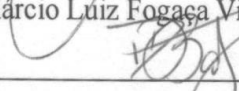
Florianópolis, 07 de julho de 2015.



Rafael Peteffi da Silva (Orientador)



Márcio Luiz Fogaça Vicari (Membro de banca)



Daniel Deggau Bastos (Membro de banca)

Mark Pickersgill Walker de Medeiros (Suplente)

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo agradeço aos meus pais, Israel e Elisabete, ambos advogados e acadêmicos, por me incentivarem a trilhar, após me darem a liberdade de fugir do ninho, o caminho do Direito. Vocês são meus exemplos profissionais e os motivos pelos quais me fazem amá-los e admirá-los jamais caberiam nessas páginas. Obrigada por terem me despertado o gosto para os estudos e pelo apoio e estímulo a todo instante.

Também agradeço, de todo coração, à minha família.

Ao Professor Rafael Peteffi da Silva, meu orientador, por seus inestimáveis ensinamentos em Direito Civil nos bancos da graduação do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, motivo pelo qual o escolhi para me orientar nesse estudo.

Ao Professor Márcio Luiz Fogaça Vicari, membro da banca, pelo grande exemplo acadêmico e profissional.

Aos amigos que, mesmo sem consciência disso, tornaram o processo de elaboração desse trabalho muito mais feliz.

RESUMO

O objetivo primordial desse trabalho é demonstrar como ocorre a aplicação da teoria do abuso do direito no âmbito processual e de que forma o magistrado à luz do arsenal legislativo presente no Código de Processo Civil pode-se valer de meios para sancionar as intenções abusivas das partes, tomar providências ou mesmo coibir a prática, por meio da prevenção ou repressão da conduta. Tendo em vista a abertura e a diversidade de conceitos que a cláusula geral do abuso do direito presente no art. 187 do Código Civil de 2002 traz, o intérprete-juiz deve analisá-la a fim de coibir o exercício de direitos subjetivos que tendem à violação dos limites dos fins econômicos ou sociais, boa-fé ou bons costumes durante o trâmite do processo, como também, em vista da Constituição Federal, deve se orientar pelas normas, princípios e valores plasmados no Código Civil e no Código de Processo Civil. Além disso, pelos conceitos trazidos do direito material se problematizará a questão referente aos elementos que envolvem a responsabilidade civil e como tais noções interagem com o direito processual. Por fim, demonstra-se que a efetividade da teoria do abuso do direito no âmbito processual vai além dos casos expressos na legislação, mas abrange todas as situações imagináveis de desvio de finalidade primordial do direito, nos quais todos terão sua punição de acordo com a situação processual concreta.

Palavras-chave: Direito Civil. Processo Civil. Abuso do direito. Litigância de má-fé. Responsabilidade das partes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. ABUSO DO DIREITO	10
1.1 Considerações iniciais	10
1.2 Conceituação	12
1.3 Ato ilícito e ato abusivo.....	17
1.4 Origem do instituto.....	27
1.4.1 Formação história	27
1.4.2 As teorias objetiva e subjetiva.....	30
1.4.3 O abuso do direito e o espírito das leis (teoria mista ou eclética)	33
1.5 Alcance e aplicabilidade – o abuso do direito no ordenamento jurídico brasileiro.....	36
1.6 O abuso do direito e a finalidade social do Direito	40
1.6.1 Princípios constitucionais do Direito Civil.....	40
1.6.2 Princípios norteadores do ato abusivo no Código Civil de 2002	44
1.7 O abuso do direito e o dolo ou culpa do agente.....	47
1.8 O abuso do direito e o dano	51
2. ABUSO DO DIREITO PROCESSUAL.....	55
2.1 Conceituação	55
2.2 O abuso do direito processual no ordenamento jurídico brasileiro	58
2.2.1 Código de Processo Civil de 1939.....	58
2.2.2 Código de Processo Civil de 1973.....	61
2.2.3 Novo Código de Processo Civil de 2015.....	65
2.3 Princípios que norteiam a boa-fé processual e a lealdade processual	70
<i>I - Princípio do devido processo legal.....</i>	<i>70</i>
<i>II - Princípio da isonomia</i>	<i>73</i>
<i>III - Princípio do contraditório</i>	<i>74</i>
<i>IV - Princípio da tempestividade da tutela jurisdicional</i>	<i>75</i>
2.4 Dos deveres das partes na relação jurídica processual	77
2.5 Da litigância de má-fé.....	84
2.6 Dos atos atentatórios à administração da justiça	89

2.7 Análise da culpa ou dolo do agente na litigância de má-fé	92
3. RESPONSABILIDADE CIVIL PROCESSUAL.....	102
3.1 Reparação de danos e sanções processuais aplicadas.....	103
3.1.1 Ao descumprimento de deveres das partes	104
3.1.2 Ao litigante de má-fé	110
3.1.3 Ao litigante que comete abuso do direito	116
3.2 Prevenção ao abuso processual – critérios para a identificação do abuso do processo....	123
CONCLUSÃO.....	132
REFERÊNCIAS	136

INTRODUÇÃO

Tendo em vista os problemas com a morosidade do Judiciário e na falta de confiabilidade da sociedade em ter seus problemas solucionados com mais efetividade e celeridade, o abuso do direito de ação muitas vezes é uma prática recorrente das partes para se verem livres de certos deveres decorrentes da relação processual.

A efetividade do processo demonstra-se como uma aptidão para exteriorizar efeitos úteis na vida do tutelado dentro de uma duração razoável do processo. Assim, a tutela efetiva, a qual concilia esse binômio, é por muitas vezes preterida em detrimento da outra parte na relação processual que acaba causando um empecilho ou mau uso dos meios processuais, o que torna a demanda excessivamente demorada e exaustiva para o litigante.

Muito embora o instituto do abuso do direito esteja previsto no Código Civil, sua incidência se produz sobre todas as relações jurídicas de direito privado, previstas ou não em lei especial. Ademais, fundamenta-se como dever de responsabilidade, enquanto fonte de obrigações, em todo o Direito Privado, seja no sistema de direito civil, nos microsistemas jurídicos ou relações sob incidência de uma variedade de leis especiais.

No entanto, propôs-se este trabalho a analisar as situações de incidência no campo do Direito Civil e Processual Civil, mais especificadamente no processo de conhecimento, tendo em vista que se justifica essa restringência da matéria pois são nessas sedes em que os direitos são caracterizados pela disponibilidade e na qual os sujeitos processuais gozam de maior liberdade de atuação e fundamentação.

Esse abuso dos meios ou instrumentos processuais traz, além da excessiva duração do processo, problemas de ordem estrutural no Judiciário, abalroado de processos e demandas protelatórias.

Este trabalho analisa a real aplicabilidade da teoria do abuso do direito no âmbito processual, trazendo diversas colocações doutrinárias a respeito do tema da litigância de má-fé e dos atos atentatórios à dignidade da justiça, demonstrando as consequências das condutas maliciosas e a natureza de suas sanções.

Nesse sentido, não adentraremos em análises específicas e pontuais de casos já julgados em decorrência do ato abusivo, mas, a partir das hipóteses normativas e

possíveis esclarecimentos para novos casos, podemos delimitar a identificação de mecanismos possíveis para prevenir, conter e reprimir os abusos.

Sua legítima intenção é buscar a aplicabilidade da teoria do abuso do direito dentro da efetividade do processo, realizando uma identificação de situações ou comportamentos abusivos e tratando sobre os meios de prevenção e repressão pelos quais o Magistrado pode-se valer a fim de coibi-los.

Explica-se que o instituto versa sobre o desvio de finalidade do exercício social do Direito, uma vez que o agente comete uma conduta aparentemente lícita, mas que contraria os escopos sociais basilares construídos pelas legislações modernas, sendo que seu exercício é incompatível frente ao princípio da boa-fé.

Pra buscar a aplicabilidade do instituto, é necessário averiguar como o tema é tratado no âmbito dogmático do direito primeiramente (Capítulo 1). Faz-se uma evolução histórica do instituto até sua conceituação tratada no art. 187 do Código Civil de 2002 como a primeira cláusula geral da responsabilidade objetiva e, por meio de princípios, analisa-se a adequação da teoria ao direito material. Após, analisa-se como o dolo e a culpa são dispostos no entendimento da teoria.

Posteriormente, há que se perquirir sobre a natureza jurídica dos deveres das partes, da litigância de má-fé e dos atos atentatórios à dignidade da justiça, mais precisamente sobre a adequação e aplicabilidade de cada instituto dentro do Direito Processual Civil, os princípios que norteiam a lealdade e a boa-fé processual e a análise da culpa ou dolo do agente na litigância de má-fé (Capítulo 2).

Demonstrar-se-á que no Código de Processo Civil de 1973 e no Novo Código de Processo Civil de 2015 há também um propósito repressivo de punir o abuso de direito, pois se impõe a responsabilidade por perdas e danos àquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente, bem como se levanta a necessidade da observância da lealdade e boa-fé por parte de todos aqueles que, de alguma forma, atuam no processo judicial.

Em última análise, o desrespeito à boa-fé e à lealdade processual compromete a efetividade dos direitos materiais discutidos em juízo, haja vista que o processo judicial e o direito processual devem ser compreendidos como meros instrumentos para a consecução daqueles. Com isso, acautelar-se das condutas que possam causar prejuízos interfere não somente às próprias partes, mas também a marcha processual e a administração da Justiça (Capítulo 3).

Assim, após uma análise pormenorizada dos casos de abuso do direito em sede processual, tendo o litigante de má-fé ferido e desrespeitado o princípio da lealdade processual, deve arcar com devidas sanções de natureza processual.

Por fim, cabe analisar se o instituto em exame tem somente sua aplicação adstrita aos casos previstos em lei, ou seja, se somente se reserva às ocorrências descritas como litigância de má-fé no Código de Processo Civil ou se sua aplicabilidade e sanções processuais poderão ser ampliadas pelo magistrado analisando o caso em si.

Após toda essa análise será possível admitir que, apesar de haver eventual lacuna nas normas do ramo específico, é possível admitir que o magistrado faça uso deste instituto para aplicar sanções ou providências de natureza processual às partes que abusarem do seu direito de ação.

1. ABUSO DO DIREITO

Este capítulo é dedicado à investigação da natureza jurídica do abuso do direito com um breve histórico acerca da origem do instituto, as teorias que o fundamentam, como as Teorias Subjetiva e Objetiva ou Finalista, e a contribuição de Louis Josserand com a Teoria Mista do abuso do direito. Ainda, tratará o alcance e aplicabilidade da teoria, seu desenvolvimento dentro do ordenamento jurídico brasileiro e sua relação com a finalidade social do Direito conforme principiologia do Código Civil de 2002. Analisar-se-á, ainda, a relação entre o abuso do direito e o dolo ou culpa do agente para sua responsabilização civil e contratual e a necessidade, ou não, do dano para a configuração do ato abusivo.

1.1 Considerações iniciais

A reparação do dano em sede de responsabilidade civil sempre foi o anseio da doutrina e da jurisprudência, objetivando que o causador do prejuízo repare a vítima de tal modo que possa tentar restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente¹. Se, por impossibilidade da medida, o prejudicado não puder retornar ao *status quo ante*, tanto quanto possível deve o agente indenizá-lo na proporção do dano causado².

Deste modo, a responsabilidade civil seria a obrigação de reparar os danos antijurídicos que sejam resultantes da violação, ainda que muitas vezes não culposa do dever geral de *neminem laedere* (não lesar ninguém) ou *alterum non laedere* (não lesar outrem). Assim, sua finalidade será a de tutelar o interesse de cada pessoa na preservação de sua esfera jurídica, através da reparação dos danos causados por outrem³. Em outras palavras, a responsabilidade civil se refere às obrigações que visam a “reparação de danos resultante da violação de deveres gerais de respeito pela pessoa e bens alheios”⁴.

¹ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito. Curitiba: Juruá, 2008. p.104.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Vol. 1. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22.

³ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p 453

⁴ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, p. 452.

No aspecto obrigacional, a responsabilidade é entendida como uma obrigação. Diz-se que descumprida uma obrigação, surge a responsabilidade do patrimônio do devedor pelo descumprimento seja em virtude do contrato, seja em face de fato ou omissão, para satisfazer a prestação convencionada ou suportar as sanções legais que lhe são impostas⁵. Assim, quando descumprida uma obrigação negocial, surge a responsabilidade de reparar danos que sejam consequência do inadimplemento de obrigações negociais⁶.

Entretanto, o cerne desse trabalho é a análise da responsabilidade civil e a obrigação de reparar o dano por abuso do direito.

Para atingir tal objetivo será necessária uma distinção pormenorizada da responsabilidade subjetiva e objetiva.

Enquanto a primeira necessita da prova da ação ou omissão do agente, do dano experimentado pela vítima e da relação de causalidade entre um e outro, também carece a prova da culpa com que agiu o agente, na responsabilidade objetiva a culpa é irrelevante, sendo suficientes apenas os três primeiros requisitos⁷.

Ademais, a responsabilidade subjetiva, ou culposa, é “a obrigação de reparar danos causados por ações ou omissões dolosas (ou seja, intencionais) ou culposas (isto é, negligentes, imprudentes ou imperitas), que violem direitos alheios”. Esta é a regra da responsabilidade civil (art. 927, CC), na qual a responsabilidade somente é imputável a uma pessoa que tenha procedido culposamente ou de forma intencional na ação⁸.

Na responsabilidade subjetiva incide sobre o agente uma presunção legal relativa (*juris tantum*) de culpa do agente, na qual não é o lesado que tem de provar o dolo, ou a negligência, imprudência ou imperícia⁹.

No Código Civil Brasileiro de 1916, a responsabilidade civil era tratada pela cláusula geral do art. 159, compreendendo a culpa provada, principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva¹⁰.

O Código Civil de 2002 não retira a culpa como fundamento da responsabilidade civil subjetiva, mas inova ao incorporar a responsabilidade civil objetiva, a qual abarca diversas cláusulas gerais, como salienta Sergio Cavalieri Filho¹¹:

⁵ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito. Curitiba: Juruá, 2008. p.86.

⁶ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, p. 452.

⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito. p. 128.

⁸ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, p. 508.

⁹ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, p. 508.

¹⁰ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito. P. 101.

(...) o abuso de direito (art. 187), o exercício de atividade de risco ou perigosa (parágrafo único do art. 927), danos causados por produtos (art. 931), responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932, c/c o art. 933), responsabilidade pelo fato de coisa e do animal (arts. 936, 937 e 939), responsabilidade dos incapazes (art. 928) e etc”.

Diante disso, pode-se dizer que a teoria objetiva ainda não se generalizou, mas é admitida para a solução de determinadas situações, enquanto a responsabilidade baseada na culpa (art. 186, do Código Civil) conserva-se como princípio geral¹².

A responsabilidade civil objetiva, ao contrário, “é a obrigação de reparar danos, independentemente de qualquer ideia de dolo ou culpa”, pois nasce da prática de fatos antijurídicos. Deste modo, como a responsabilidade prescinde de culpa, não se admite à pessoa responsabilidade fazer prova em contrário, que são os casos de presunção de culpa absoluta (*juris et de jurei*)¹³.

No Brasil, muito embora o Código Civil de 2002 tenha trazido profundas modificações na análise da responsabilidade civil, foi com a vigência do Código do Consumidor em 1990 que a responsabilidade civil objetiva conquistou um campo de incidência mais vasto que a responsabilidade subjetiva¹⁴.

Foi nesse período, última década do século XX, com as alterações legislativas ocorridas com a data da vigência da Constituição Federal de 1988 e com a edição do Código de Defesa do Consumidor de 1990 (noção objetiva de *abusividade contratual*) que a jurisprudência passou a entender o abuso do direito em um sentido mais objetivo, invocando-o prescindido dos elementos subjetivos¹⁵.

Desta forma, a responsabilidade civil subjetiva continuou como cláusula geral no ordenamento brasileiro e, apenas nas hipóteses previstas em lei, mencionadas acima, a responsabilidade objetiva foi sendo adotada compassadamente à medida que a lei ia-lhe admitindo como teoria do risco.

1.2 Conceituação

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo, Atlas, 2012, p. 170.

¹² GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.91.

¹³ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, p. 508.

¹⁴ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. Revista dos Tribunais São Paulo, RT v.842, dez. 2005. p. 37.

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. p. 515.

O abuso do direito é a primeira cláusula geral da responsabilidade objetiva e encontra-se conceituado pelo art. 187 do Código Civil:

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 costumes¹⁶.

Com esse dispositivo, é a primeira vez que se tem uma norma expressa que consagra e delimita o instituto do abuso do direito na legislação civil brasileira¹⁷.

Sua consequência é tratada no art. 927 do mesmo Código, que estabelece:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo¹⁸.

O instituto sofreu resistência de doutrinadores e a primeira hipótese da dúvida quanto a sua aplicação diz respeito à possibilidade de admissão na ordem jurídica a fim de reprimir o abuso de direito. Nesse sentido, Marcel Planiol trazia a impossibilidade de aceitação da teoria tendo em vista que seria impróprio admitir-se uma determinada ação ao mesmo tempo de acordo e contrária ao direito, constituindo-se em *logomaquia*¹⁹.

Citado por Sergio Cavalieri Filho, Marcel Planiol²⁰ entendia que “ninguém pode usar de um direito conferido pela lei e ao mesmo tempo dele abusar, porque onde começa o abuso termina o direito – pelo que contraditória a expressão *abuso de direito*”.

A autonomia científica do abuso do direito foi negada por Marcel Planiol, pois entendia o direito subjetivo como absoluto, de tal forma que se supunha que “se eu uso do meu direito, o meu acto é lícito”²¹. Deste modo, Planiol entendia que o instituto do abuso do direito seria o caso de um *exercício jurídico inadmissível*²².

Ainda, para refutar a tese da *logomaquia*, Josserrand (que se verá a seguir) expõe que o argumento de Planiol resultou de uma confusão entre duas acepções da palavra direito: a de que se refere ao conjunto de normas sociais (juridicidade) e a de uma prerrogativa determinada. Deste modo, não há contradição entre um ato que seja ao mesmo tempo conforme tal direito determinado e contrário ao direito considerado em sua totalidade, como conjunto de normas²³.

¹⁶ BRASIL, Código Civil Brasileiro.

¹⁷ CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil, p. 29.

¹⁸ BRASIL, Código Civil Brasileiro.

¹⁹ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. p. 13.

²⁰ PLANIOL, Marcel, *apud*, CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, p. 172.

²¹ CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil, p. 29.

²² MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. p. 506.

²³ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito. p. 55.

Deste mesmo pensamento se filia Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger²⁴, pois para ele a expressão abuso do direito se justifica com uma dada situação fática que embora encontre suporte no direito subjetivo, excede os limites do Direito como um todo, no sentido de extrapola o crivo dos princípios sociais que norteiam o sistema jurídico.

Em moderno entendimento, a compreensão que se tem do instituto seria a de que sua acepção extrapola os limites de um direito que se tem em prejuízo de outrem, violando princípios da finalidade da lei e excedendo o exercício regular do seu direito²⁵.

Para Fábio Pallaretti Calcini²⁶, consiste o abuso do direito no exercício (ação ou omissão) do direito subjetivo de forma aparentemente regular, mas que afronta o fundamento axiológico da norma, ou seja, seus limites intrínsecos, que são a finalidade social, econômica, a boa-fé e os bons costumes.

Dessa forma, a criação da teoria do abuso do direito é um princípio geral do direito, fruto do repúdio ao caráter individualista que consagrava o direito subjetivo como absoluto e não por sua missão social. Assim, o direito subjetivo não é um direito-poder, não podendo ser empregado em qualquer direção, mas um direito-função, que tem o indivíduo para auferir as benesses legais, sem, entretanto, atuar em prejuízo do interesse social²⁷.

É nessa noção de conflito entre o interesse individual e o interesse coletivo que se assenta a doutrina majoritária sobre abuso do direito. Conforme Rui Stoco²⁸, a teoria do abuso do direito está embasada no princípio da convivência, em que se deve conciliar a utilização do direito com o respeito à esfera jurídica alheia.

Pressupõe-se que para a configuração do abuso do direito o exercício do direito somente, por lógica, pode-se dar por seu titular²⁹, pois “só se há de identificar o abuso do direito, portanto, quando aquele a quem se imputa tal comportamento tinha o poder de usar, exercer e, portanto, abusar”.

O conceito de abuso do direito para Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger³⁰:

²⁴ LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso de Direito*. São Paulo: Atlas, 2007. p.25

²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.387.

²⁶ CALCINI, Fábio Pallaretti. *Abuso do direito e o novo Código Civil*. *Revista dos Tribunais* São Paulo, RT v.830, dez. 2004. p. 38.

²⁷ CALCINI, Fábio Pallaretti. *Abuso do direito e o novo Código Civil*, p. 30.

²⁸ STOCO, Rui. *Abuso do Direito e má-fé processual*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002. p. 59.

²⁹ MIRAGEM, Bruno. *Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro*. p. 29/30.

³⁰ LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso de Direito*, p. 57.

O abuso do direito seria um ato humano, qualificado por um comportamento emulativo; ou por um comportamento que, embora desprovido do caráter emulativo, não gera vantagem ao agente e revela-se desvantajoso ao terceiro; ou, ainda, por um comportamento que, embora imponha utilidades para um e desutilidades para outros, se mostre, numa análise da jurisprudência e/ou da doutrina pelo magistrado, contrário aos valores, princípios e máximas de conduta que compõe a unidade conceitual e valorativa do Código Civil.

Sobre a intenção emulativa da regra do abuso cumpre ressaltar que esta resta antiquada, tendo em vista que o Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941 na época já extirpava tal noção³¹.

Nesse sentido, convencionou-se definir que o direito subjetivo que dispõe o sujeito é a expressão de uma liberdade jurídica decorrente do livre arbítrio reconhecido à pessoa capaz de direitos e obrigações³².

Para Orlando Gomes³³, o direito subjetivo seria a faculdade de agir – *facultas agendi* –, direito objetivo, norma de ação – *norma agendi*, pois, para ele “o direito subjetivo não é só poder da vontade, como não é apenas interesse, senão *poder* atribuído à *vontade* do sujeito para a satisfação dos seus próprios interesses protegidos legalmente”. Sintetizou o conceito definindo que o direito subjetivo é “um interesse protegido pelo ordenamento jurídico mediante um poder atribuído à vontade individual”³⁴.

A licitude, conforme definição de Orlando Gomes³⁵, seria “a possibilidade jurídica de agir, nos limites da lei, para a satisfação dos próprios interesses” e, no entanto, como viu-se, a cláusula geral do abuso de direito permite a limitação do exercício dos direitos subjetivos segundo parâmetros da boa convivência social³⁶.

O abuso do direito resulta da concepção *relativista dos direitos*, contrária ao individualismo jurídico que firmava a diretriz de que os direitos podiam ser exercidos como apossesão do titular, e dessa reação desencadeou uma tendência para admitir a relatividade dos direitos³⁷.

Conclui-se que essa limitação ética que o indivíduo deve exercitar para exercer seu direito é, no entanto, uma relativização do seu próprio direito, ou seja, trata-se o

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. p. 509.

³² MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro, p. 29.

³³ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p. 107.

³⁴ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p. 108.

³⁵ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p. 109.

³⁶ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro, p. 29.

³⁷ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p. 131.

direito como uma faculdade contida no direito subjetivo do agente e este direito subjetivo seria relativo, fato este que ocasiona o próprio abuso do direito³⁸.

Em clássica obra sobre o abuso do direito, Everardo da Cunha Luna³⁹ também corrobora com a afirmação de que a relatividade dos direitos subjetivos origina o abuso do direito. Ainda em vigor o Código Civil de 1916, o civilista faz a seguinte colocação:

Vê-se, claramente, que não podem admitir o abuso de direito, dentro da dogmática jurídica, aqueles autores que afirmam serem absolutos os direitos subjetivos, bem como aqueles outros que lhes negam a existência no direito positivo, todos, aliás, já, acima, comentados e refutados. Atualmente, não há como negar o abuso de direito, diante das novas conquistas da doutrina, das reiteradas decisões da jurisprudência e dos claros e insofismáveis textos da lei. O abuso de direito é uma realidade jurídica; sobre sua essência e conceito, porém, os campos estão abertos e as lutas do pensamento continuam.

Ademais, a própria leitura do mencionado art. 187 do Código Civil sugere condições em que se observa o abuso do direito: seja ao exercê-lo não atentando ao seu “fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, como também deixando de exercer, como explana⁴⁰:

Nesse sentido é que o exercício do direito equivale a uma escolha sobre realizar ou não uma intervenção na realidade da vida, da qual derivam apenas duas respostas possíveis: intervir, e, portanto exercer o poder jurídico de modo a constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas, assim como usufruir, se for o caso, as vantagens de uma dada posição jurídica (uma ação); ou não fazer deixando de intervir na realidade, mas nem por isso deixando de influenciar ou determinar, com o seu comportamento, as relações jurídicas de que é parte (uma omissão). Daí porque se deve considerar como exercício do direito para efeito de exegese do art. 187 do Código Civil de 2002, não apenas o exercício ativo de um direito, mas igualmente a não ação do titular do direito quando em razão das circunstâncias, sua atuação seja reclamada.

Toda a atualidade e a utilidade da teoria do abuso do direito, por intermédio do art. 187 do Código Civil de 2002, e do papel preponderante da boa-fé, serviram de base para a aplicação do tema, sobretudo em matéria de direito das obrigações⁴¹, como nos arts. 113,128 e 422 do Código Civil.

Como se observa, o abuso do direito tem uma utilização aparentemente legal, porém seu titular dele se utiliza para fazer mal mesmo que sem proveito próprio, para causar dano ou acarretar uma efetiva ocorrência de um prejuízo na ordem material à outrem⁴². Em outras palavras, o indivíduo ao abusar do seu direito, o exercita de uma maneira pelo qual extravasa do lícito e do uso adequado de seu regular exercício dentro

³⁸ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro, p. 44.

³⁹ LUNA, Everardo da Cunha. Abuso de Direito, p.46.

⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro, p. 29.

⁴¹ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro, p. 23.

⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, p 386.

do arsenal legislativo existente para fins ilícitos do exercício abusivo sem observar limitações éticas⁴³.

Para Fernando Noronha⁴⁴, abusa de seu direito “quem faz dele uso desconforme, seja com a finalidade de inutilmente causar danos a outrem, seja simplesmente para alcançar outros objetivos não tutelados pela norma atributiva ou reguladora do direito”.

Em suma, o exercício irregular do direito se configura como ato ilícito quando ultrapassa os limites estabelecidos em lei, já o abuso de direito se demonstra quando há um exercício anormal do direito, tendo este se afastado da ética, da boa-fé, da finalidade social ou econômica do direito.

Sintetizando esse pensamento, Rui Stoco⁴⁵ assevera:

Como se impõe a noção de que nosso direito termina onde se inicia o direito do próximo, confirma-se a necessidade de prevalência da teoria da relatividade dos direitos subjetivos, impondo-se fazer uso dessa prerrogativa apenas para satisfação do interesse próprio ou defesa de prerrogativa que lhe foi assegurada e não com o objetivo único de obter vantagem indevida ou de prejudicar outrem, através da simulação, da fraude ou da má-fé.

Diante disso, fala-se em abuso quando se observa o excesso aos limites impostos pelo direito subjetivo⁴⁶ e, toda vez que um indivíduo, no exercício do direito subjetivo, realiza-o de forma contrária à finalidade social⁴⁷.

Em última análise, observa-se que no abuso do direito há um direito, no qual o ordenamento jurídico autoriza seu exercício, mas que, entretanto, deve restringir-se aos limites que se impõe, sejam “em respeito aos direitos subjetivos dos demais indivíduos, ou em favor da preservação de valores constituídos do próprio ordenamento”⁴⁸.

1.3 Ato ilícito e ato abusivo

Forçoso se faz estabelecer um parâmetro de distinção entre os atos ilícitos e os atos abusivos, pois realizar tal diferenciação é importante para garantir a autonomia dogmática do abuso do direito⁴⁹. Isso porque o Novo Código Civil divide-se em duas

⁴³ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p. 132.

⁴⁴ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, p. 394.

⁴⁵ STOCO, Rui. Abuso do Direito e má-fé processual, p.59.

⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. p. 17.

⁴⁷ CASTRO FILHO, José Olímpio de. Abuso de Direito no Processo Civil. 2. ed. revis. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p.21.

⁴⁸ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. p. 18.

⁴⁹ BOULOS, Daniel M. Abuso de Direito no novo código Civil. São Paulo: Método, 2006, p.43.

cláusulas de ilicitude: a do art. 186 tal como na hipótese tratada no art. 159 do Código de 1916 e a do art. 187, a qual se afasta a motivação da conduta (culpa ou dolo)⁵⁰.

Assim, o Código Civil brasileiro considerou, expressamente, o ato abusivo como ato ilícito por meio de sua disposição no Código, ambos tratados no Título III do Livro III do Código Civil de 2002, fato que, como se verá a seguir, não significa que o legislador considere idênticas as figuras, nem tampouco que quando menciona “ato ilícito” no art. 187 esteja se referindo ao ato ilícito tal como usualmente concebido⁵¹.

O Código Civil de 1916 trazia dispositivo que tratava sobre a ilicitude nos seguintes termos:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.
A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553⁵².

A noção de ilicitude por muito tempo foi definida pelos elementos trazidos pelo Código de 16, assim definida por uma violação de uma regra de conduta e sua caracterização estava indissociável da culpabilidade imputável ao autor do ato ilícito⁵³.

Para a perspectiva tradicional de ilicitude, além de estar indissociada da culpa, era ainda atrelada a um único efeito, a obrigação de indenizar por dano ao patrimônio. Desta forma, não existia autonomia do conceito de ilicitude, “era mera condição da responsabilidade civil”, como assim dispunha a letra do art. 159 do Código Civil de 1916 e de exames doutrinários do período⁵⁴. Além de confundir ilicitude e culpa, a concepção tradicional “não deixava espaço nem à percepção dos variados casos em que ocorre o nascimento do dever de indenizar independentemente da prática de um ato ilícito, nem às hipóteses de ilicitude sem dano indenizável”⁵⁵.

Antes de tudo, a noção de ilicitude compreende a violação de um dever jurídico, tratando-se de um comportamento contrário ao direito, a lesão objetiva das normas jurídicas de violação.⁵⁶

Orlando Gomes⁵⁷ define que a ação humana contrária ao Direito, denomina-se, *lato sensu*, ato ilícito, mas que nem toda conduta ilícita do indivíduo configura

⁵⁰ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. p. 26.

⁵¹ BOULOS, Daniel M. Abuso de Direito no novo código Civil, p.43.

⁵² BRASIL, Código Civil Brasileiro.

⁵³ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. p. 14.

⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. p. 517.

⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. p. 521.

⁵⁶ ALMADA, Ney de Mello. *Apud*, MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. p. 25.

necessariamente ato ilícito, isso porque acredita que “é a antijuridicidade subjetiva que constitui ato ilícito”.

Para o direito positivo, os atos ilícitos seriam os atos sancionados pela norma jurídica, aqueles que violam frontalmente a lei, já que a norma definiria as condutas permitidas e reprovava outras ditas proibidas ou sancionadas, imputando à estas, no campo do direito civil, o dever de indenizar os danos decorrentes da conduta reprovável⁵⁸.

Para Fernando Noronha⁵⁹, a ilicitude apresenta dois elementos: a antijuridicidade (contrariedade ao direito) e a culpabilidade, sendo que somente o primeiro está presente no abuso do direito. Desde modo, para o autor “quem age contra o direito, age sem direito: os casos ditos de abuso de direito são, na realidade, hipóteses de atuação contrária ao direito, atuação antijurídica, mas não necessariamente ilícita”.

Ademais, aquele que pratica o ato ilícito não tem qualquer direito preexistente à sua conduta e, deste modo, ilícita será a conduta que desrespeitar o direito titularizado por outrem⁶⁰.

Na hipótese clássica da ilicitude, apresentada no Novo Código Civil pelo art. 186, os requisitos da configuração do ilícito continuam os mesmos, como a conduta omissiva ou comissiva, sua voluntariedade ou culpa (*strictu sensu*), o evento danoso e o nexo de causalidade entre ambos⁶¹, que estabelece:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.⁶²

Assim, o art. 186 descreve o ato ilícito como aquele praticado a partir da ausência de qualquer direito ou de qualquer prerrogativa em favor daquele que viola a norma nele contida⁶³.

Já em contraposição ao direito subjetivo previsto no Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 abarcou o conceito de ato ilícito sem que este se vinculasse estritamente à culpa e ao dano material⁶⁴, o qual é tratado pelo art. 187, já aludido.

⁵⁷ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p. 487/488.

⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, p. 393.

⁵⁹ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, p. 392.

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, p. 394.

⁶¹ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. p. 26.

⁶² BRASIL, Código Civil Brasileiro.

⁶³ BOULOS, Daniel M. Abuso de Direito no novo código Civil, p.44.

⁶⁴ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. p. 26.

Dessa maneira, o art. 187 descreve uma forma de ilicitude “que se configura a partir da existência, em favor daquele que viola a norma nele espelhada, de uma prerrogativa *a priori* assegurada pelo ordenamento jurídico mas que, no seu exercício, apresentou-se em descompasso com o sentimento jurídico dominante”⁶⁵.

Neste sentido, Fábio Ulhoa Coelho⁶⁶:

Violar um direito, assim, é causar culposamente danos ao seu titular. Culpa, no campo do direito civil, é expressão ambígua: em sentido lato, compreende o dolo; no restrito, contrapõe-se a ele (Gomes, 1957:458). Em outros termos, quando a norma jurídica de direito civil menciona a culpa, em princípio está abrangendo tanto as hipóteses de culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia) como as de dolo (ato voluntário e intencional). Por outro lado, a culpa, em sentido largo ainda, pode traduzir-se numa *ação* (ato comissivo) ou *omissão* (ato omissivo) do sujeito da conduta ilícita.

A inserção do abuso do direito nos limites da teoria geral dos atos ilícitos é objeto de muita controvérsia, isso porque há autores que consideram o ato abusivo como simples ilícito, categoria não autônoma, passível apenas de responsabilidade civil, e outros que o consideram como ilicitude *lato sensu*, que implica, inclusive, o dever de abstenção⁶⁷.

Para Daniel M. Boullos a controvérsia quanto à distinção entre os institutos não tem qualquer utilidade na medida em que se tratam de institutos totalmente distintos. Apesar de considerar que o abuso do direito se configura dentro do âmbito da ilicitude, o autor traz que não se configura como uma realidade conceitual identificável, pois “figurar no âmbito da ilicitude é, na verdade, representar uma forma pela qual ela se manifesta, sem prejuízo de outras que, a despeito de figurarem no mesmo âmbito – o da ilicitude -, são distintas dessa”. Ademais, havendo o legislador tratado de cada forma em um artigo apartado é bastante para demonstrar que se tratam de institutos diferentes⁶⁸.

José Carlos Barbosa Moreira⁶⁹ também analisa a ilação de que o abuso do direito está equiparado ao ato ilícito. Após analisar cada uma das espécies, quanto ao ato ilícito ser “situação de quem, sem poder invocar a titularidade de direito algum, simplesmente viola direito alheio” e quanto ao abuso do direito a situação “é daquele que, embora titular de um direito, irregularmente o exerce”, o jurista considera que no ordenamento jurídico atual se poderia até mesmo convir que “o ato ilícito passa a constituir um

⁶⁵ BOULLOS, Daniel M. Abuso de Direito no novo código Civil, p.46.

⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, p 383.

⁶⁷ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Abuso de Direito Processual: Uma teoria pragmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. P.45.

⁶⁸ BOULLOS, Daniel M. Abuso de Direito no novo código Civil, p.46.

⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de direito. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil Porto Alegre, Síntese v.26, nov. 2003. p. 130.

gênero, com suas espécies, a do art. 186 (violação do direito alheio) e a do art. 187 (abuso de direito próprio)”.

No entanto, pondera que permitir tal aferição seria dizer que ambas possuem os mesmos pressupostos, o que não ocorre. Para vislumbrar a figura do abuso do direito, deve-se verificar a presença dos pressupostos enumerados no art. 187, não ao dos arrolados no art. 186. Deste modo, bem assinala o jurista, “se assim não fosse – isto é, se para a configuração do abuso do direito tivessem que concorrer os pressupostos do art. 186 – tornar-se-ia inútil o art. 187”. Com razão, conclui que deste modo “haveria, não equiparação, mas identificação, ou melhor, subsunção da figura do abuso do direito na do ato ilícito segundo o art. 186”⁷⁰.

A nova alteração estrutural promovida pelo Código Civil de 2002 também identificou uma hipótese de ilicitude em que se verifica desde logo a violação do direito subjetivo de outrem (não lesar) e também uma segunda hipótese, a de que pressupõe a existência de um direito subjetivo, mas que desborda os limites estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico. Nesse último caso configura-se o abuso do direito, tal como consagrado no art. 187, em que não se exige a culpa como elemento integrante do conceito, “mas apenas a violação dos limites estabelecidos ao exercício do direito pretendido”⁷¹.

Assim, o Novo Código Civil supera o entendimento de que a ilicitude deveria abarcar o elemento subjetivo (culpa) e o dano patrimonial. Desta forma, sua atuação abre espaço para a admissão no campo dos direitos da Personalidade, tutelando direitos individuais e também a compreensão, segundo Judith Martins Costa⁷², de que “*pode haver ilicitude sem dano e dano reparável sem ilicitude*”.

Sobre o novo modelo de ilicitude tratado no Código Civil de 2002, Judith Martins Costa⁷³ expõe que:

O mais relevante, porém, é observar que nesse novo modelo a ilicitude não é apenas “ilegalidade” nem “contrariedade culposa a preceito contratual”, pressupondo uma idéia de direito subjetivo que – integrante das complexas situações jurídicas subjetivas, existenciais ou patrimoniais – não é “poder da vontade”, antes se situando na *integração de liberdades coexistentes*, como algo que já nasce “conformado” no jogo de ponderações entre os diferentes

⁷⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de direito, p. 130.

⁷¹ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. p. 15.

⁷² MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 74, 15 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4229>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4229>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

princípios que se põem como vetores axiológicos fundamentais do ordenamento.

A ilicitude do abuso de direito é tratada de uma maneira diferenciada e resta uma análise pormenorizada desta característica. Como citado, o abuso de direito não se configura como uma atividade frontalmente contrária ao direito, mas apresenta uma aparência que muito dificulta sua interpretação como sendo abusiva, pois diferentemente do que ocorre com todo ato ilícito em que há uma violação de uma norma pura, o abuso de direito se configura como exercício anormal de um direito próprio⁷⁴.

Na visão de Inacio de Carvalho Neto⁷⁵, a aceitação da ideia de que o abuso do direito possa decorrer responsabilidade para o seu autor passa, necessariamente, por sua configuração como ato ilícito, isso porque há uma distinção entre ato ilícito e ato ilegal.

Para ele, o abuso do direito seria uma forma especial de prática do ilícito, isso porque⁷⁶:

Ou seja, também será ato ilícito o ato que fere a ordem jurídica, ainda que tenha, em princípio, obedecido à ordem legal. Ora, o exercício abusivo de um direito fere justamente a ordem jurídica, ainda que conforme a lei; como visto, é no desvio de finalidade social que o ato se caracteriza como um abuso – ferindo o ordenamento jurídico e, por conseguinte, caracterizando-se como *ato ilícito*.

Também Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger⁷⁷ entende que a natureza jurídica do abuso do direito seria a de um ato ilícito, pois o legislador deixou clara sua opção ao incluir a figura do abuso do direito no Título III do Código Civil que dispõe sobre os atos ilícitos. Assim, “no caso concreto, ultrapassados os limites lógicos formais ou os limites axiológicos materiais da ordem jurídica, estar-se-á diante de um ato ilícito”.

Sobre a violação de limites previamente estabelecidos entre abuso e ilicitude, Bruno Miragem⁷⁸ entende que a diferenciação entre os institutos está na natureza dos limites, isso porque na ilicitude o limite é evidente ao preceito normativo, cuja ordem de autorização, permissão ou proibição é manifesta de constatar-se, enquanto no abuso do direito o exame dos limites dependem de conceitos plurissignificativos, com ou sem conteúdo valorativo pré-determinado (fins sociais ou econômicos, boa-fé ou bons costumes).

⁷⁴ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. p. 20.

⁷⁵ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, p. 181.

⁷⁶ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, 172.

⁷⁷ LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Abuso de Direito, p. 55.

⁷⁸ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. p. 17.

Para Sergio Cavalieri Filho⁷⁹ enquanto no ato ilícito a conduta não encontra apoio em dispositivo legal e até é praticada contra dever jurídico preexistente, no abuso de direito a conduta é respaldada em lei, mas fere ostensivamente o seu espírito.

Nessa mesma toada, a modernização do Código Civil de 2002 também se estendeu ao já mencionado artigo 187, o qual trata sobre a teoria do abuso do direito. Com a adoção da teoria objetiva do abuso do direito, o dispositivo trata sobre os desvios de finalidade e ainda delimita a noção de um exercício regular do direito: ditados pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e os bons costumes.

Deste modo, “são os fins que o agente visa alcançar que fazem com que uma determinada atuação, que em regra seria ilícita, passe a ser considerada ilícita”, pois diante do abuso do direito são contrariados os valores fundamentais do sistema jurídico⁸⁰.

Sobre cada um dos limites estabelecidos pelo legislador, faço uma explanação, não com o intuito de esvaziar as dúvidas sobre os conceitos, mas de elucidar a gama de plurissignificações que exigem do intérprete e do aplicador do direito para estabelecer o sentido de sua aplicação.

Acerca da “finalidade econômica e social” do direito ao qual o art. 187 do Código Civil faz referência, entende-se que o abuso do direito caracterizar-se-á quando o “exercício do direito pelo indivíduo se dê em contrariedade a um fim econômico que lhe é externo, uma vez que tem sua sede nas razões para o estabelecimento de um determinado direito subjetivo”⁸¹.

Enquanto a noção de fins sociais do direito “remete à idéia da razão de ser do direito, de uma concepção social adequada dos direitos subjetivos frente aos diversos interesses em curso na comunidade”⁸².

Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger⁸³ traz a diferenciação acerca do fim econômico e do fim social do direito:

Enquanto a ordem econômica se consubstancia num conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores, como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos, visando assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (observados os princípios indicados no artigo 170 da Constituição), os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem são prestações positivas

⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p.174.

⁸⁰ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, p. 393.

⁸¹ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. p. 31.

⁸² MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. p. 32.

⁸³ LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Abuso de Direito, p. 93.

proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida ao mais desiguais.

O desborde à finalidade da “boa-fé” deve tratamento mais aprofundado, porquanto sua aplicação observa tanto como fonte de deveres jurídicos secundários e anexos ou instrumentais⁸⁴ quanto como cânone de interpretação dos negócios jurídicos e limite ao exercício dos direitos subjetivos⁸⁵.

A civilista Judith Martins-Costa⁸⁶ discorre acerca das atuações da boa-fé objetiva:

(i) fonte de deveres de conduta (deveres de prestação e deveres de proteção) no terreno obrigacional (art. 422, CC/02); (ii) cânone para a interpretação de negócios jurídicos (art. 133, CC/02); e (iii) baliza para a averiguação da licitude no modo de exercícios de direitos (art. 187, CC/02), vedando, por exemplo, o comportamento contraditório ou desleal.

Deste modo, a boa-fé se apresenta como um modelo jurídico, no qual as pessoas devem se pautar a fim de ter um “comportamento honesto, correto e leal, principalmente em função dos interesses do outro”, pois cada indivíduo faz parte de um conjunto social que é juridicamente tutelado⁸⁷.

Assevera José Carlos Barbosa Moreira⁸⁸ que a lei faz menção à boa-fé objetiva, ou seja, “àquela que se manifesta por meio do comportamento do agente, o qual deve ser leal, correto, isento de contradições suscetíveis de induzir em erro outra pessoa”. Assim, a principal figura de violação para a caracterização do abuso do direito é a boa-fé, que, segundo Fernando Noronha⁸⁹, é o “dever de agir de acordo com determinados padrões mínimos, socialmente reconhecidos, de lisura e lealdade”.

A boa-fé ainda exige um maior controle do conteúdo e da dinâmica das relações jurídicas, como observa Bruno Miragem⁹⁰:

É certo, entretanto, que a boa-fé apresenta em matéria de limite ao exercício de direitos um papel fundamental, uma vez que ao ser fonte de deveres anexos como lealdade, colaboração e respeito às expectativas legítimas do outro sujeito da relação jurídica, por evidência lógica limita a liberdade individual do destinatário desses deveres. Este terá, portanto, de exercer os direitos de que é titular, circunscrito aos limites que eles lhe impõe.

⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado. São Paulo: TR, 1999, p. 437.

⁸⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado, apud, MIRAGEM, Bruno, A boa-fé na relação de consumo. Revista de direito do consumidor, n. 14. São Paulo: RT, abril-junho/1996, p. 32.

⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. p. 530.

⁸⁷ LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Abuso de Direito, p. 83.

⁸⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de direito, p. 131.

⁸⁹ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, p. 393.

⁹⁰ MIRAGEM, Bruno. Ilícitude objetiva no direito privado brasileiro. p. 33.

Portanto, a boa-fé objetiva além de funcionar como limitador de direito subjetivos também é instrumento para a sistematização dos casos de inadmissibilidade do exercício de direito⁹¹.

No tocante aos “bons costumes”, muito embora tenham seu significado associado a questões relativas à moral sexual, recato social ou pudicícia, seu conceito “aproxima-se da noção ampla de moralidade, tanto pública quanto privada, cujos efeitos do ato podem tanto remeter à ilicitude, nulidade ou ineficácia daquilo que contrariar ou violar essa concepção”⁹².

Deve-se entender bons costumes como um “conjunto de normas éticas geralmente observadas e tidas como relevantes para a preservação do equilíbrio nas relações mútuas entre os membros da comunidade”⁹³.

O excesso de certos limites para a configuração do abuso pode se dar de duas formas: a) o estabelecimento de limites éticos-jurídicos ao exercício do direito subjetivo (boa-fé e bons costumes); b) a proteção do fundamento teleológico que sustenta o estabelecimento do direito subjetivo (finalidade social e econômica)⁹⁴.

Sobre o novo modelo de ilicitude trazido pelo Código Civil de 2002, a civilista Judith Martins Costa⁹⁵ explana:

Alterou-se, profunda e significativamente, o regime da ilicitude, seja ao estatuir a regra do art. 187, seja ao desconectar, metodologicamente, a consequência geral (isto é, o dever de indenizar) da ilicitude, inserindo-a em título próprio (art. 927 e ss). Daí não ser “indispensável”, para os efeitos da tutela conferida pelo art. 187, nem a ocorrência de um evento danoso, nem que o mesmo tenha sido causado por culpa: o art. 187 não é, nem de longe, a “reprodução” do art. 160, inciso I, do Código de 1916 (cuja regra foi apreendida, de resto, no art. 188 do novo Código), não estando, bem assim, limitado à versão subjetiva da Teoria do Abuso, de construção francesa, mas à doutrina do *exercício inadmissível de posições jurídicas*, que não se limita a operar com a noção de “direito subjetivo”, preferindo a categoria das “situações jurídicas subjetivas”, existenciais e patrimoniais.

No abuso do direito, ao contrário da ilicitude, não se consideram as intenções do agente ao praticar o ato, considerando ele ilícito pelo simples fato de ter seu exercício fundado na não observância da finalidade econômica e social.

⁹¹ LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso de Direito*, p. 83

⁹² MIRAGEM, Bruno. *Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro*. p. 34.

⁹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Abuso de direito*, p. 132.

⁹⁴ MIRAGEM, Bruno. *Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro*. p. 36.

⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4229>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

Difere desse entendimento Fábio Ulhoa Coelho⁹⁶, pois define que a teoria do abuso do direito “afirma que nenhum direito assegurado por lei pode ser exercido com o único objetivo de prejudicar outras pessoas, se não houver proveito ao seu titular”.

Em regra, a solução para definir-se o abuso do direito como ilicitude foi adotar que o abuso do direito seria uma ilicitude *sui generis*, para assim manter o instituto como categoria básica do direito privado e como categoria jurídica autônoma, como entende Bruno Miragem⁹⁷:

A definição do abuso do direito como ilicitude, contudo, dá-se em face de duas premissas. Primeiro, a falta de uma proibição específica a um dado comportamento, uma vez que o mesmo apresenta-se na origem como exercício de direito subjetivo. E segundo, pela existência de uma proibição geral, que se em outro momento era vinculada ao dever de não lesar, determinando o competente dever de indenizar, alcança hoje outras formas de resposta, como a invalidade ou ineficácia do ato abusivo ou de alguma de suas consequências, assim como seu impedimento antes que qualquer dano se produza, através do recurso à tutela inibitória visando cessar a ameaça.

Em contraposição ao ato ilícito, repisa-se que o abuso do direito pressupõe a existência de um direito subjetivo (aparência de legalidade) do agente preexistente, mas que, em decorrência de sua má utilização, exerce-o com desvio de finalidade. Assim sendo, o abuso do direito restará configurado pela existência de contrariedade entre o fundamento axiológico, que constitui a norma jurídica, e o exercício do direito⁹⁸.

Deste modo, os institutos alicerçam-se em noções básicas de: (a) no ato ilícito haver a preexistência do direito subjetivo, e no ato abusivo a aparência de legalidade; (b) violação frontal à lei no ato ilícito; (c) desvio de finalidade no caso do abuso do direito, e que (c) ambos são fontes de responsabilidade civil, ainda que o abuso do direito se dissocie da noção de ilícito civil. Ademais, como a teoria do abuso do direito vem sendo ampliada e modernizada pela doutrina e jurisprudência para uma categoria autônoma, expõe Helena Najjar Abdo⁹⁹, que “o fato de o abuso ocorrer durante o exercício de um direito ou de uma situação subjetiva não o torna imune a sanções, inclusive pecuniárias”.

Vê-se que a noção do abuso do direito é precipuamente a busca por critérios que possam distinguir o que seria exercício regular do direito e uma limitação extralegal a ele, fato que será tratado no decorrer desse trabalho.

⁹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, p 386.

⁹⁷ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro, p. 37.

⁹⁸ CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil, p. 36.

⁹⁹ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 105.

No entanto, por fim, apesar da diferenciação entre os conceitos de ato ilícito e ato abusivo, as duas espécies ficam igualadas pela previsão de uma consequência comum, indicada no art. 927, *caput*, que traz que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Diante dessa dupla remissão feita pelo legislador fica claro o propósito da lei de atribuir o mesmo efeito a ambas as espécies de ilícito¹⁰⁰. Assim, as consequências para o comportamento abusivo são as mesmas do comportamento sem direito, ou seja, do ato ilícito¹⁰¹.

O equívoco de se considerar tal afirmação, a de que o abuso do direito e o ato ilícito se sujeitam à mesma sanção, é a de que, no ato ilícito, o agente infringe a lei frontalmente, e no abuso do direito, o agente viola o princípio geral de que os direitos devem ser exercidos dentro de certos limites¹⁰².

No entanto, “se se entender que a sua abrangência se limita àquela da responsabilidade civil, a única consequência do ato abusivo seria a sujeição, de quem o praticou, ao pagamento da indenização; enquanto que, se se entender que ela avança sobre outros horizontes, novas consequências poderiam dele advir”¹⁰³.

No entanto, se faz um adendo antecipando que não se pode considerar, devido à abrangência do instituto, que outras consequências não possam ser vislumbradas. Desse modo, a teoria do abuso do direito não pode ficar circunscrita ao âmbito da responsabilidade civil, tendo em vista que adquiriu autonomia suficiente para ser aplicada em outras searas do direito, como se verá no decorrer do trabalho em âmbito processual.

1.4 Origem do instituto

1.4.1 Formação história

Tecendo um breve histórico quanto à origem do abuso do direito, os jurisconsultos romanos preconizavam adágios o qual denotavam que quem exercia um

¹⁰⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de direito, p. 131.

¹⁰¹ LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Abuso de Direito, p. 103.

¹⁰² ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento. São Paulo, LTr, 2002. p. 69.

¹⁰³ CAMARGO, Milton Flávio de Almeida. Abuso de Direito, p. 105.

direito não cometia nenhum ato ilícito nem mesmo está sujeito às responsabilidades advindas deste, pois a tese é a de que os direitos são absolutos¹⁰⁴.

Nesse sentido, algumas máximas do direito romano¹⁰⁵:

Assim, escreveu Gaio “*nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*”; Paulo “*nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet*”, e Ulpiano “*neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo jure utitur*”. A antítese é a da relatividade dos direitos, e Gaio e Paulo também escreveram: “*male enim nostro jure uti non debemus*”, “*non omne quod licet honestum est*”. Por fim, as conhecidas máximas – *summum jus, summa injuria* e *malitiis non est indulgendum* – provam, à saciedade, que o abuso do direito não se desconheceu pelo direito romano.

O civilista Caio Mario da Silva Pereira¹⁰⁶, retrata que até mesmo em Roma “já se pressentia a necessidade de impedir que o titular de um direito o desviasse de sua finalidade”, havendo ainda outros adágios que condenavam o uso absoluto do direito.

Sendo assim, pode-se dizer que em Roma já havia certos indícios do abuso do direito em um aspecto primitivo, pois existiam noções que delimitavam os direitos subjetivos e outras ainda que os consideravam absolutos¹⁰⁷.

Todavia, estes brocardos dizem respeito às normas de caráter particular, não exercendo, a princípio, alguma proibição quanto aos atos abusivos, tratando tão somente de limitações pontuais e objetivas ao exercício de alguns direitos, como o uso das águas e relações de vizinhança¹⁰⁸.

A conclusão que se tira é de que as máximas e aforismos extraídos do direito romano não são o bastante para formular um princípio geral sobre abuso do direito, mas que acabaram influenciando no desenvolvimento acerca da *teoria da aemulatio* no direito medieval¹⁰⁹.

Essas violações à normas de caráter particular caracterizavam-se, na Roma Antiga, pela prática do ato emulativo, distinto do abuso do direito. Por esta razão é que se convencionou, na doutrina majoritária, o entendimento de que as raízes do abuso do direito não se encontram na Roma Antiga, pois não se concebia o instituto como uma teoria abstrata ou autônoma¹¹⁰.

¹⁰⁴ LUNA, Everaldo da Cunha. Abuso de Direito, p. 110.

¹⁰⁵ LUNA, Everaldo da Cunha. Abuso de Direito, p. 110.

¹⁰⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 253.

¹⁰⁷ CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil, p. 32.

¹⁰⁸ BAPTISTA MARTINS, Pedro. O abuso do direito e o ato ilícito, 3.ed. atual. Por José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 22-25.

¹⁰⁹ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Abuso de Direito Processual, p.22.

¹¹⁰ LUNA, Everaldo da Cunha. Abuso de Direito, p. 110.

Por sua vez, encontram-se elementos formadores do abuso do direito no direito medieval, com a teoria dos atos emulativos. Inacio de Carvalho Neto¹¹¹ define que atos de emulação são “àqueles praticados pelo proprietário ou pelo vizinho com o objetivo exclusivo de prejudicar terceiros”. Desta maneira, diz-se que a doutrina medieval da ilicitude dos atos de emulação é o precedente imediato da teoria do abuso do direito, pois passou-se a relativizar o direito subjetivo, deixando de lado seu caráter absoluto em busca de uma função social dos direitos.

Diferentemente rumo teve a teoria do abuso do direito no Código Civil Napoleônico. Apesar de não expressamente definir um controle aos atos abusivos, foi durante os anos seguintes que a aplicação da teoria, sobretudo na jurisprudência francesa, firmou-se¹¹².

Cresce uma reação à mentalidade liberalista capitalista existente a qual consagrou os princípios individualistas que se estabeleceram nas codificações do século XIX¹¹³.

Para Luiz Sergio Fernandes de Souza¹¹⁴, “a renovação política, que se operava no terreno político, precisava da noção absolutista dos direitos subjetivos para se erguer contra o absolutismo do antigo regime”.

Neste sentido, Helena Najjar Abdo¹¹⁵ discorre:

Na realidade, a doutrina do abuso do direito deve muito de sua sistematização à jurisprudência francesa, principalmente dos séculos XIX e XX, que formou as bases da teoria a partir da interpretação extensiva do art. 1.382 do Código Civil francês – dispositivo geral sobre a responsabilidade civil, correspondente ao art. 186 do nosso CC. Isso explica, em grande parte, porque a doutrina do abuso do direito desenvolveu-se primordialmente na França, país de origem dos principais juristas que se ocuparam do assunto e que construíram a teoria, tal como a conhecemos atualmente (como doutrina autônoma e independente).

Também sobre os frutos revolucionários e da superação do individualismo, Luiz Sergio Fernandes de Souza¹¹⁶:

Mas, por mais paradoxal que possa parecer, foi exatamente esse espírito individualista que gestou a concepção moderna do *abuso do direito*, como forma de temperar, mantida a aparência de legalidade, o excessivo egoísmo liberal-burguês.

¹¹¹ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, p.25.

¹¹² CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, p.32.

¹¹³ CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil, p. 32.

¹¹⁴ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Abuso de Direito Processual, p. 24.

¹¹⁵ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 29.

¹¹⁶ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Abuso de Direito Processual, p.25.

Deste modo, a teoria do abuso do direito nasce como reação ao individualismo jurídico e à concepção absolutista dos direitos subjetivos¹¹⁷, e configura-se como um limite moral à concepção egoísta que por muito tempo circundou a esfera dos direitos subjetivos.

1.4.2 As teorias objetiva e subjetiva

Em análise pormenorizada, disserta-se sobre as diversas teorias que contribuíram para a construção da teoria do abuso do direito conforme concebemos atualmente.

Inicialmente, para elucidar as teorias, Helena Najjar Abdo¹¹⁸:

Todas as teorias que procuraram estabelecer os critérios do abuso do direito comungam de três noções pacíficas: a *aparência de legalidade* de que o abuso é revestido, a *preexistência de um direito subjetivo* (só se pode abusar de um direito que se tem) e o fato de que o abuso refere-se fundamentalmente ao *exercício* do direito e não ao direito em si.

Ainda, cumpre ressaltar que as teorias distinguem-se na medida em que conferem relevância, ou não, ao elemento subjetivo (dolo ou culpa do agente) na configuração do ato abusivo.

A teoria subjetiva, a mais antiga das teorias, confere ao agente uma intenção de lesar ou prejudicar alguém, o que se assemelha à teoria da emulação, a qual requer um elemento intencional para ferir o direito de outrem. Para Rui Stoco¹¹⁹ “o elemento subjetivo é a reprovabilidade ou a consciência de que poderá causar algum mal, assumindo esse risco ou deixando de prevê-lo quando devia”.

De acordo com essa teoria, são três os elementos do abuso do direito: exercício de um direito, intenção de causar dano e inexistência de interesse econômico¹²⁰. Para os adeptos dessa teoria, o abuso do direito seria a intenção de prejudicar, não se indagando se houve dolo, negligência, imprudência, imperícia¹²¹.

Como essa teoria tem como fundamento do abuso do direito o elemento intencional da conduta humana, para alguns, nesta teoria, exige-se a intenção de lesar (dolo) e, para outros, ao menos, uma conduta culposa¹²².

¹¹⁷ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. p. 17.

¹¹⁸ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 37.

¹¹⁹ STOCO, Rui. Abuso do Direito e má-fé processual, p. 68.

¹²⁰ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, p.67.

¹²¹ LUNA, Everaldo da Cunha. Abuso de Direito, p.84.

¹²² CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil, p. 34.

No entanto, fundamentar-se nessa teoria, entende o Everardo Luna¹²³, é restringir a teoria do abuso do direito em demasia, é apegar-se às formas e a liberdades individuais em prejuízo das próprias relações pessoais. De tal modo, conclui que “a teoria da intenção erra, não por desviar o conceito do abuso do direito dos seus verdadeiros caminhos, mas por não percorrê-los a extensão. Não por ter tomado o caminho errado, mas por ter ficado no meio do caminho”.

Assim, tal teoria resta antiquada a partir da teoria objetiva preconizada pelo Código Civil de 2002, pois necessitaria da comprovação da real intenção do agente em causar dano ou lesar outrem. Se deste modo fosse aplicada a teoria do abuso do direito, sua utilização esvaeceria pela necessidade de perquirir o *animus nocendi*, ou seja, o âmbito da aplicação do abuso do direito seria fadado, conforme expõe Helena Najjar Abdo¹²⁴, ao encontro da “*difícil prova do intento maléfico do agente*”.

Sobre a evolução da teoria, Luiz Sergio Fernandes de Souza¹²⁵ analisa que “com o tempo, até mesmo a tese subjetivista da noção de abuso do direito, verdadeiro desdobramento da teoria dos atos ilícitos, mostrou-se insuficiente para atender a prodigalidade e profusão das novas situações engendradas pela sociedade industrial”.

A teoria objetiva ou finalista contrapõe-se a esta visão, pois procuram abstrair o elemento subjetivo da caracterização do ato abusivo. Para os adeptos, o abuso do direito é consequência, pura e simplesmente, do exercício anormal do direito, sem a intenção do agente¹²⁶. Para que se caracterize o ato abusivo, nenhuma eficácia tem a culpa do autor, deste modo, o elemento subjetivo estaria abstraído da construção dogmática do abuso do direito¹²⁷.

Explana Luna¹²⁸:

Não se há de investigar o elemento subjetivo do ato, porque não é dado ao juiz penetrar o recôndito da alma humana. Não importa o dolo, nem a culpa, mas o fato material. O indivíduo, no exercício de direito seu, causou prejuízo a outrem? Se pela afirmativa, culpado ou inculpado, abusou do direito, pelo quê está, civilmente, obrigado a reparar o dano causado.

Prescindindo da análise do elemento intencional (dolo ou culpa), na teoria objetiva do abuso do direito se vislumbra um critério de cunho objetivo ao se cotejar se o exercício do direito subjetivo, além de estar em consonância com os requisitos

¹²³ LUNA, Everaldo da Cunha. Abuso de Direito, p.87.

¹²⁴ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 38.

¹²⁵ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Abuso de Direito Processual, p.29.

¹²⁶ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, p.67.

¹²⁷ LUNA, Everaldo da Cunha. Abuso de Direito, p.89.

¹²⁸ LUNA, Everaldo da Cunha. Abuso de Direito, p.89/90.

formais da norma, cumpriu sua finalidade social, econômica, além de estar fundamentado pelos ditames da boa-fé e dos bons costumes¹²⁹.

Sobre tal teoria também discorre Helena Najjar Abdo¹³⁰:

Os finalistas propõe uma diversidade de critérios para a apreciação do ato abusivo, todos eles independentes do *animus* do agente, a saber: (a) desatendimento à destinação econômica ou social do direito; (b) ausência de motivos sérios ou legítimos para a prática do ato; (c) falta de utilidade ou interesse para o agente com a prática do ato; (d) exercício anormal ou irregular do direito, etc.

A teoria objetiva teve em Saleilles seu mais ilustre representante. Para o civilista, se explica o abuso do direito com base em um critério econômico, pois defende que “o ato abusivo consiste no exercício anormal do direito”¹³¹.

Segundo Saleilles, é o exercício contrário ao destino econômico ou social do direito subjetivo, aquele reprovado pela consciência pública, que caracteriza o abuso, já que todo direito, do ponto de vista social, é relativo¹³². Deste modo, a utilidade econômica seria um critério caracterizador do abuso do direito, tendo em vista que o ato abusivo seria um ato anormal, contrário à finalidade econômica e social do direito – ato sem conteúdo jurídico, economicamente prejudicial e reprovado pela consciência pública¹³³.

As teses de Saleilles sobre o instituto foram fundamentais para seu alcance, uma vez que sua teoria foi desenvolvida em razão da finalidade que todo direito vigente possui e que se ampara na norma jurídica que o protege. Em razão disso, o direito deve ser exercido de uma maneira justa, legítima, tendo em vista seu caráter social, ou seja, sua finalidade econômica e social¹³⁴.

Deste modo, quando o direito é exercido de uma maneira que contrarie tais finalidades, pode-se dizer que haverá abuso de direito, sendo este conceituado conforme Santiago Dantas como o “exercício antissocial do direito”¹³⁵.

Para Cavalieri¹³⁶, sobre abuso do direito e finalidade da norma:

O fundamento principal do abuso de direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato

¹²⁹ CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil, p. 34

¹³⁰ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 39.

¹³¹ LUNA, Everaldo da Cunha. Abuso de Direito, p. 95.

¹³² SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Abuso de Direito Processual, p.30.

¹³³ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, p.79.

¹³⁴ LUNA, Everaldo da Cunha. Abuso de Direito, p. 94.

¹³⁵ DANTAS, Santiago. Programa de direito civil, Vol. 1. Editora Rio, 1977, p. 372.

¹³⁶ CASTRO FILHO, José Olímpio de. Abuso de Direito no Processo Civil, p. 172.

substancialmente ilícito. E a realidade demonstra isso perfeitamente possível: a conduta está em harmonia com a letra da lei, mas em rota de colisão com os seus valores éticos, sociais e econômicos – enfim, em confronto com o conteúdo axiológico da norma legal.

Desta forma, o abuso do direito caracteriza-se como uma aparência de cumprimento dos requisitos extrínsecos da norma, mas, por outro lado, descumprimento do fundamento axiológico residente na norma de direito material, ao seu valor jurídico¹³⁷.

Diante do exposto, adotou-se, no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria do abuso do direito como contrariedade entre a conduta daquele que exerce um direito subjetivo e o fundamento axiológico-normativo existe, não se devendo analisar a existência da intenção ou culpa da conduta do titular do direito subjetivo¹³⁸.

O que caracteriza o abuso de direito, portanto, é o seu anormal exercício, assim entendido aquele que se afasta da ética e da finalidade social ou econômica do direito. Essa mesma orientação do critério objetivo e finalista na positivação do abuso do direito formou as bases de inspiração do atual Código Civil, pois aproxima a noção de que os atos devam se pautar na eticidade e justiça social.

1.4.3 O abuso do direito e o espírito das leis (teoria mista ou eclética)

Por fim, a teoria mista ou eclética, que teve em Louis Josserand seu principal expoente, formula uma teoria de natureza objetiva baseada na “*finalidade social do direito*”. De acordo com o critério finalista, ele parte do princípio de que “o abuso do direito se exerce de conformidade com o direito da pessoa e em contrariedade às regras sociais”¹³⁹.

Deste modo, ato abusivo seria, para Josserand, aquele que, “realizado em virtude de um direito subjetivo, cujos limites não foram ultrapassados, é, todavia, contrário ao direito considerado em seu conjunto, como complexo de regras sociais obrigatórias”¹⁴⁰.

Para ele, os elementos do abuso do direito são:¹⁴¹

¹³⁷ CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil, p. 37.

¹³⁸ CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil, p. 37.

¹³⁹ LUNA, Everaldo da Cunha. Abuso de Direito, p. 97/98.

¹⁴⁰ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, p.55.

¹⁴¹ JOSSERAND, Louis, *apud*, CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, p.72/73.

- a) que uma pessoa seja titular do direito em causa e capaz de o exercer;
- b) que use do seu direito, permanecendo nos limites objetivos que lhe são traçados de forma mais ou menos precisa pela lei;
- c) que o aponte numa direção diferente daquela que lhe é assinalada pelo espírito próprio da instituição, isto é, que o utilize de algum modo a contra-senso.

Segundo Louis Josserand, citado por Bruno Miragem, a contradição de o ato ser ao mesmo tempo conforme e contrário ao direito desaparece quando se tem em conta que o termo direito tem duas acepções distintas: direito subjetivo e antijuridicidade. Sobre o abuso do direito, diz-se que o ato é realizado em virtude do exercício de um direito subjetivo cujos limites formais foram respeitados, mas que mesmo assim é contrário à ordem jurídica, considerada como corpo de regras sociais obrigatórias¹⁴².

Assim, o exercício anormal do direito seria uma exceção, tendo em vista que normalmente respeita-se o ordenamento jurídico e o critério de anormalidade deveria ser objetivo, “pois poderia ser conceituado como desvio do fim econômico e social, intenção de prejudicar, rompimento do equilíbrio de interesses individuais e coletivos, etc”, conforme explicita Rui Stoco¹⁴³.

Para os adeptos dessa teoria o fato a ser observado será sempre o ato material objetivamente considerado e não mais o elemento subjetivo do ato, não importando também o dolo ou a culpa do agente.

No entanto, o próprio Josserand reconheceu a falência de sua teoria, porquanto, conforme expõe Everardo Luna¹⁴⁴, o critério da “*finalidade social do direito*” levaria a um leque interpretativo extremamente amplo:

Não que devamos desconfiar do magistrado, em que, ao contrário, devemos depositar toda a fé. Mas, como compreender o julgador o correto sentido da expressão *fim social do direito*? Se a lei não diz, onde i-lo buscar? Na moral? Mas que moral? A cristã? A materialista? Na política? Mas quê política? A individualista? A socialista? O fim social do direito, para o juiz católico, é um; outro, para o magistrado positivista, e bem outro, para o julgador socialista. Só um critério é possível: o técnico. Claro que tem os magistrados liberdade de decisão, mas obedecendo ao critério técnico, que é o critério da lei.

Deste modo, o jurista francês adota um novo critério para a investigação do abuso do direito, o qual seria o *motivo legítimo*. Para ele, o abuso do direito

¹⁴² JOSSERAND, Louis, *apud*, MIRAGE, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. p. 16.

¹⁴³ STOCO, Rui. Abuso do Direito e má-fé processual, p. 70.

¹⁴⁴ JOSSERAND, Louis, *apud*, LUNA, Everaldo da Cunha. Abuso de Direito, p. 98/99.

caracterizava-se pela “ilegitimidade do motivo que lhe deu causa”¹⁴⁵, e também acabou recorrendo ao elemento subjetivo¹⁴⁶.

Nas palavras de Everardo da Cunha Luna¹⁴⁷:

Concede, Josserand, ao rejeitar o critério finalista para dar guarida ao novo critério do *motivo legítimo*, que o elemento subjetivo, inegavelmente, tem relevo especial na teoria do abuso de direito. No fundo, porém, o critério substitutivo é tão estéril quanto o substituído, pois, permanecem para o magistrado, a pesada carga de investigar os motivos legítimos ou ilegítimos.

Sobre a combinação de critérios subjetivos e objetivos na teoria de Josserand, Najjar explana¹⁴⁸:

O civilista francês adota como parâmetro a noção de *espírito dos direitos*, critério abstrato e superior do qual decorrem dois outros critérios: o do *motivo legítimo* (subjetivo) e o da *função social* (objetivo). Entende que o abuso do direito caracteriza-se sempre que o exercício de uma “prerrogativa jurídica” (direito subjetivo) ocasiona uma lesão ao *espírito* desse mesmo direito.

O critério subjetivo da teoria de Josserand seria a própria conduta do agente e os motivos que o levaram a cometer a prática do ato abusivo, analisando também os meios utilizados para o fim. Esse balanceamento traz uma análise sobre a gravidade de sua conduta e se pode esta ser considerada de fato abusiva ou se pautada em motivo legítimo.

Já o critério objetivo da teoria mista, consiste, nas palavras de Najjar¹⁴⁹ “na interpretação da norma de acordo com a sua missão social e teleológica, emanada da consciência coletiva”.

A teoria de Josserand inova ao tratar da relatividade dos direitos e do espírito das leis na medida em que estende esse conceito à relatividade dos direitos, ou mesmo, ao espírito dos direitos, este inerente ao direito subjetivo. Desta forma, sustenta Najjar¹⁵⁰ sobre a teoria mista que “os direitos subjetivos seriam *produtos sociais* e, por isso mesmo, *relativo* e cujo exercício deve dar-se conforme o *espírito* da instituição”.

Nas palavras de Josserand¹⁵¹:

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

¹⁴⁵ LUNA, Everardo da Cunha. Abuso de Direito, p. 102.

¹⁴⁶ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Abuso de Direito Processual, p.31.

¹⁴⁷ LUNA, Everardo da Cunha. Abuso de Direito, p. 102.

¹⁴⁸ JOSSERAND, Louis, *apud*, ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 41.

¹⁴⁹ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 42.

¹⁵⁰ JOSSERAND, Louis, *apud*, ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 37.

¹⁵¹ JOSSERAND, L. *apud*, CARPENA, H. Abuso do direito nos contratos de consumo, *apud*, DEUS LIMA, P. C. de. Abuso do direito e tutela ética do processo, p. 52/53.

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.

Conclui ainda o autor que, para o agente do ato, “é a teoria do abuso de direito que o mantém em seu caminho, e o impede de se afastar dele, conduzindo-o assim num impulso seguro até a finalidade a atingir”¹⁵².

O civilista Caio Mário da Silva Pereira¹⁵³ também aborda a relação entre o abuso de direito e o espírito das leis tratada por Louis Josserand, o qual analisa que:

os direitos se realizam, não em uma direção qualquer, mas em uma ambiência social, em função de sua missão e na conformidade destes princípios que são, como se disse, subjacentes à legalidade, e constituem, em seu conjunto, um direito natural de conteúdo variável e como uma superlegalidade.

Dessa forma, para Josserand, a caracterização do abuso do direito deve ser motivada pelo espírito do direito subjetivo que o indivíduo exerceu ao cometer tal ato - se dentro da missão social e conforme os objetivos da instituição.

Observa-se, assim, que o exercício regular do direito deve ser precipuamente fundado em motivos legítimos, na finalidade social e no espírito do direito, diferentemente de uma conduta prejudicial ou maliciosa, a qual constitui motivo ilegítimo sendo, portanto, abuso do direito.

1.5 Alcance e aplicabilidade – o abuso do direito no ordenamento jurídico brasileiro

Sob a vigência do Código Civil de 1916, com forte influência da teoria elaborada por Saleilles, não houve qualquer menção à teoria do abuso do direito no ordenamento jurídico, isso porque o art. 160, I do Código trazia cláusula geral na qual excluía da configuração de ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito¹⁵⁴.

O artigo em apreço assim dispunha:

Art. 160. Não constituem-se atos ilícitos:

I – os praticados no exercício regular de um direito¹⁵⁵.

¹⁵² JOSSERAND, L. *apud*, CARPENA, H. Abuso do direito nos contratos de consumo, *apud*, DEUS LIMA, P. C. de. Abuso do direito e tutela ética do processo, p. 52/53.

¹⁵³ JOSSERAND, Louis, *apud*, PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil, p. 261.

¹⁵⁴ STOCO, Rui. Abuso do Direito e má-fé processual, p. 40.

¹⁵⁵ BRASIL, Código Civil Brasileiro.

Como se vê, o Código Civil de 1916 não se referiu à figura do abuso do direito, somente mencionava que não constituíam atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito. Porém, por especulações doutrinárias, se a expressão “exercício regular” tinha sentido de regular certa maneira de exercer um direito, por inversão, se admitia a possibilidade de que o direito fosse exercido de maneira irregular, consagrando, por via indireta, a tese do abuso do direito¹⁵⁶.

Com essa inversão negativa de seu sentido, entende-se de tal modo que, se um ato fosse praticado no exercício *irregular* de um direito, não seria lícito, sendo então ilícito, porque “não existe, no campo do direito, zona intermediária e incolor, espécie de *limbo* jurídico, em que licitude e ilicitude perdem sentido e significação”¹⁵⁷.

Contrário a tal interpretação em sentido contrário do art. 160, I, do antigo Código Civil, cita-se Luiz Sergio Fernandes de Souza¹⁵⁸, o qual explana:

Partindo da regra segundo a qual o exercício regular de um direito reconhecido não configura ato ilícito (art. 160, I, do Código Civil de 1916), trata-se de saber qual a natureza jurídica do *exercício irregular*. A lógica deontica não autoriza a concluir, necessariamente, pela ilicitude (proibição), como fazem os civilistas pátrios. De qualquer forma, já se pode adiantar que se está diante de uma solução retórica, que se bem encontra fundamento em argumento indutivo, a contrário senso, desconsidera, por certo, a existência de uma terceira categoria deontica (além do obrigatório e do proibido), que é a permissão.

Tendo em vista os limites estruturais do art. 160, I, do Código Civil de 1916 ou mesmo por ser um *apêndice* da cláusula geral de responsabilidade civil aquiliana do art. 159 do mesmo Código, não houve um estudo da teoria do abuso do direito em sua noção objetiva, sendo ainda “uma figura tímida, ainda subjetivada e fundamentalmente assistemática”¹⁵⁹.

No entanto, o Novo Código Civil, instituído pela Lei 10.406, de 11/01/2002, sob forte inspiração da teoria objetivista, segundo a qual é dispensável a comprovação do elemento subjetivo (item 1.4.2), traz uma perspectiva diferente a respeito da teoria, consagrando-a em seu art. 187, já aludido.

Para Bruno Miragem¹⁶⁰, ocorreram duas distinções básicas entre o regime do antigo Código e o atual: a) a separação entre a definição de ilicitude e responsabilidade

¹⁵⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de direito, p. 127.

¹⁵⁷ LUNA, Everaldo da Cunha. Abuso de Direito, p. 83.

¹⁵⁸ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Abuso de Direito Processual, p. 39.

¹⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé, p. 516.

¹⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro, p. 13.

civil; b) adoção de duas cláusulas gerais de ilicitude, dentre as quais insere-se o abuso do direito no artigo 187.

Observa-se que no Código Civil de 2002 houve a presença de normas que buscam a “formulação da hipótese legal mediante emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados”¹⁶¹.

Sobre a cláusula geral presente no art. 187 do Código Civil, em estudo, vê-se que por tal instituto estar presente na Parte Geral do Código, é incidente sobre quaisquer setores do Direito Privado, orientando a boa-fé objetiva como garante das *legítimas expectativas* e de uma *ação orientada pela proibidade e correção* no tráfego jurídico¹⁶².

Deste modo, o juiz tem mais liberdade para atuar, ao passo que “as cláusulas gerais funcionam como um instrumento à aplicação do direito propriamente dito, impondo ao magistrado a pesquisa de soluções dentro do próprio sistema, através da análise da jurisprudência e/ou doutrina, no intuito de criar o regramento aplicável ao caso concreto”¹⁶³.

Sobre a boa-fé presente no art. 187 do Código Civil, além de ser um *elemento ordenador e sancionador do exercício jurídico* na medida em que institui padrões de proibidade, correção e atenção às *expectativas legítimas*, também se configura apta a i) orientar o intérprete a uma solução que não se encontra, necessariamente, tipificada no sistema; e a ii) “ressistematização, isto é, a ordenação racional da solução encontrada, dialeticamente transformando em abstrato e geral (isto é, aplicável à generalidade dos casos análogos) o que fora concreto e particular”¹⁶⁴.

Entende-se que a inspiração do legislador brasileiro tenha sido a disciplina do abuso do direito seguindo uma linha iniciada pelo Código Civil alemão de 1896 (§ 826) e aperfeiçoada pelo Código grego de 1946 (art. 281) e prevista no art. 334 do Código Civil português que assim dispõe¹⁶⁵:

Art. 334. Abuso do Direito.

É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.¹⁶⁶

¹⁶¹ LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Abuso de Direito, p.75.

¹⁶² MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé, p. 531.

¹⁶³ LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Abuso de Direito, p. 76.

¹⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé, p. 536/537.

¹⁶⁵ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, p. 392.

¹⁶⁶ BRASIL, Código Civil Brasileiro.

A redação desse dispositivo em muito se assemelha com a redação do nosso diploma civil, o qual também estabelece alguns critérios para a aferição da abusividade do ato, os quais, segundo Helena Najjar Abdo¹⁶⁷ são:

(i) que o abuso tenha ocorrido durante o *exercício* de um direito subjetivo; (ii) que o agente seja *titular* desse direito; (iii) que tenham sido excedidos os *limites* impostos pelo *fim social e econômico* do direito abusado, pela *boa-fé* ou pelos *bons costumes*; e ainda, (iv) que o excesso tenha sido *manifesto*.

Quanto a sua aplicação, a teoria do abuso do direito foi sendo aplicada em diversos campos do Direito Civil, não somente no campo dos direitos patrimoniais, como a princípio se supôs. No entanto, foi em torno do direito de propriedade que giraram as primeiras elaborações teóricas e os primeiros precedentes judiciais relacionados com o tema do abuso do direito¹⁶⁸. Já o princípio da relatividade dos direitos foi usado no campo do direito de propriedade por ser mais propício ao exercício anormal pela significação que se lhe atribuíu¹⁶⁹.

Do ponto de vista histórico, a teoria do abuso do direito foi assim sendo usada¹⁷⁰:

Nesse sentido, a noção de abuso é tributária da série de decisões francesas do final do século XIX, e meados do século XX, nas quais, tendo-se em discussão o direito de propriedade, questionava-se seu exercício pelo titular diante da ausência de utilidade do mesmo.

À título exemplificativo quero, contudo, nesse trabalho, fazer ligeira referência acerca da extensão dada à teoria do abuso do direito nos casos clássicos de direito de propriedade.

Nesse sentido, o civilista Bruno Miragem discorre que¹⁷¹:

São exemplos célebres dessa jurisprudência os casos *Lingard, Mercy e Lacante*, relativos a fumos e maus cheiros de fábricas, e o caso *Grosheintz*, que girou sobre escavações no terreno do próprio titular que provocaram o desmoronamento do terreno vizinho. Ainda, o caso *Doerr*, dizendo respeito à construção de uma chaminé em terreno próprio com o fito exclusivo de retirar luz do terreno vizinho; o caso *Savart*, em que o proprietário de um terreno construiu uma estrutura de madeira com dez metros de altura, pintada de negro, com o objetivo de sombrear e entristecer o terreno vizinho; e, talvez, o mais citado deles, o caso *Clément-Bayard*, em que o proprietário construiu em seu terreno um dispositivo de espigões de ferro com o objetivo de destruir os aeróstatos lançados pelo proprietário vizinho.

¹⁶⁷ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 46.

¹⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de direito, p. 132.

¹⁶⁹ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p. 133.

¹⁷⁰ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro, p. 14.

¹⁷¹ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro, p. 14.

No entanto, não foi somente no direito de propriedade que a teoria se difundiu. O desvio pode ocorrer, igualmente, no campo dos direitos extrapatrimoniais, como explana Orlando Gomes¹⁷²:

A proibição de visita aos avós, sem qualquer motivo, constitui abuso do exercício do pátrio poder. O poder marital pode ser exercido abusivamente, e de resto todo e qualquer direito, uma vez que, de acordo com a concepção relativista, o exercício deve ter sempre uma causa.

Quanto à finalidade da teoria do abuso do direito, diz-se que esta se propõe, desde seu nascimento, à reincorporação da justiça ao ordenamento jurídico, tendo em vista que este encontrava-se perturbado com os exercícios desregrados dos direitos subjetivos que lesionavam a vida social, causando dano para um terceiro¹⁷³.

Ainda, como mencionado, mesmo que o autor do dano venha a exercer um direito definido, a caracterização do abuso de direito se dá quando excede seus limites, suas prerrogativas, ferindo interesses alheios e causando danos a terceiros.

Quanto ao critério a usar para dar como caracterizado o abuso do direito, Fernando Noronha¹⁷⁴ entende que, devido ao nosso sistema dar uma grande importância à autonomia privada, ocasionando uma larga margem de discricionariedade no exercício de direitos, deve-se usar o critério da *manifesta desproporção*, que, para ele seria a desconformidade “entre o interesse que o agente visa realizar e aquele da pessoa afetada, ou, dizendo de outro modo, entre as vantagens do titular do direito e os sacrifícios suportados pela outra parte”.

Assim, resta superada a dúvida quanto à aceitação da teoria, porquanto ninguém pode se locupletar de ter causado dano a outrem, nem mesmo deve deixar de ser responsabilizado pelo mal que eventualmente cause quando procede no exercício de seu próprio direito.

1.6 O abuso do direito e a finalidade social do Direito

1.6.1 Princípios constitucionais do Direito Civil

¹⁷² GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p. 134.

¹⁷³ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, p. 17.

¹⁷⁴ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, p. 394.

Os princípios trazidos à baila nesse item dizem respeito aos princípios constitucionais que norteiam igualmente o campo do Direito Civil e apresentam um papel de destaque quando confrontados com o instituto do abuso do direito.

Da mesma forma que se avaliam princípios do direito privado na configuração do abuso do direito, como se verá no próximo item, deve haver uma influência e a aplicação das normas constitucionais às relações jurídicas de direito privado, ou seja, na avaliação da desconformidade entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional¹⁷⁵.

Nesse sentido, Bruno Miragem¹⁷⁶:

A cláusula geral do abuso do direito, desse modo, ao tempo em que permite a limitação do exercício dos direitos subjetivos segundo os parâmetros da boa convivência social, oferece à proteção da pessoa humana em diversos setores da vida social, novas possibilidades para sua efetivação, a partir das normas constitucionais do ordenamento.

Nesse aspecto os princípios mais evidentes são: (a) princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF); (b) princípio da justiça social (arts. 170 e 193 da CF); e (c) princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, e I, da CF).

I - Princípio da legalidade

Pelo princípio constitucional da legalidade, ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF).

Sobre o princípio da legalidade, o constitucionalista José Afonso da Silva¹⁷⁷ disserta:

É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminantes de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses.

¹⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin; BARBOSA, Heloísa Helena. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 342.

¹⁷⁶ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro, p. 28.

¹⁷⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15. ed. revista. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 125.

No entanto, o princípio da legalidade, a principio, seria um obstáculo à teoria do abuso do direito, isso porque se pode abstrair que, sendo ele dirigido aos particulares, nas relações privadas, poderiam as partes fazer tudo aquilo que não for proibido pela lei (princípio da autonomia da vontade).

Diferente rumo deu o legislador ao Código Civil de 2002 ao estabelecer em seu art. 187 a teoria do abuso do direito, regulamentando que mesmo o ato inicialmente lícito, pode-se tornar-se ilícito por não respeitar princípios basilares do direito, como os *“limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*.

Conforme analisamos, o ato abusivo perquire uma aparência de legalidade, tendo em vista que existe um direito subjetivo preexistente do sujeito e que, por má conduta, o torna ilegítimo ao prejudicar outrem.

II - Princípio da justiça social

A lei, na medida em que influencia a realidade social, deve atender a critérios de adaptações às transformações políticas, econômicas e sociais dos tutelados. Dada a importância da lei na expressão dos anseios da sociedade e na sua função transformadora, deve ela ser, essencialmente, fruto de uma visão pluralista e de respeito aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

O art. 3º da Constituição Federal estabelece que o objetivo fundamental visado pela República Federativa do Brasil é de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Desse modo, “é possível depreender que a norma de máxima hierarquia em nosso sistema rechaçou veementemente toda espécie de ato que possa produzir injustiça ou desigualdade, ou, ainda, prejudicar a solução pacífica das controvérsias”¹⁷⁸.

Deste modo, como leciona José Afonso da Silva¹⁷⁹:

(...) a ordem econômica há de se ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205), etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

¹⁷⁸ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional. Revista de Direito Privado, São Paulo, v.10, n. 40, out./dez.2009. p. 22.

¹⁷⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p 109.

Tal diretriz social é contemplada tanto pela Constituição Federal quando trata da justiça social, dos direitos e garantias fundamentais e dos princípios de direitos sociais elencados ao longo da Carta Magna, bem como pelo próprio Código Civil de 2002, o qual apresenta como escopo diversos princípios que norteiam a boa-fé nos negócios jurídicos (art. 113), os limites da função social do contrato (art. 421), bem como a probidade e a boa-fé ao longo da execução contratual (art. 422).

Ao tratar dos princípios do Novo Código Civil, Maria Helena Diniz¹⁸⁰:

Tem por diretriz o *princípio da socialidade*, refletindo a prevalência do interesse coletivo sobre o individual, mas, ao mesmo tempo, contém, em seu bojo, não só o *princípio da eticidade*, fundado no respeito à dignidade humana, dando prioridade à boa-fé subjetiva e objetiva, à probidade e à equidade, como também o *princípio da operabilidade*, conferindo ao órgão aplicador maior elastério, para que, em busca de solução mais justa (LICC, art. 5º), a norma possa, na análise de caso por caso, ser efetivamente aplicada.

Pode-se reconhecer que a tarefa precípua do Estado do Direito consagrado pela Constituição Federal de 1988 é garantir uma segurança jurídica aos seus cidadãos no sentido de que garante uma superação das desigualdades sociais e instaura um regime democrático para a realização da justiça social.

III - Princípio da igualdade

A igualdade, valor basilar do Estado Democrático de Direito, consagrada no art. 5º da Constituição Federal, é também intimamente ligada à ideia de diretriz interpretativa para as demais normas ordinárias.

De acordo com Uadi Lammêgo Bulos¹⁸¹, existem 3 (três) objetivos primordiais do princípio da igualdade, quais sejam:

Como limite ao legislador, a isonomia impede que ele crie normas veiculadoras de desigualdades ilícitas e inconstitucionais.

Enquanto limite à autoridade pública, os presidentes da República não podem praticar ações discriminatórias e os membros do Poder Judiciário não devem dar azo, em suas sentenças, ao cancro da desigualdade. Daí os mecanismos de uniformização da jurisprudência, tanto na órbita constitucional (recursos extraordinário e ordinário) como na infraconstitucional (leis processuais).

No posto de limite à conduta do particular, a isonomia não se coaduna com atos discriminatórios eivados de preconceito, racismo, maledicências diversas, propiciando a responsabilização civil ou criminal dos infratores.

¹⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. I, 22. ed. Editora Saraiva, 2005, p. 52.

¹⁸¹ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. reformulada e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 451

De acordo com tal princípio, a Constituição prevê que todos são iguais perante a lei, em direitos e obrigações. Desta forma, na seara cível, não pode um titular de um direito valer-se de uma condição favorável (titularidade de um direito) para causar prejuízo a outrem, meramente para causar um desequilíbrio social.

Desta forma, como a igualdade jurídica consiste em assegurar às pessoas de situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens com as obrigações correspondentes, ao praticar um ato abusivo o agente deve reparar o dano e indenizar o prejudicado na proporção do dano causado a fim deste retornar ao *status quo ante*.

1.6.2 Princípios norteadores do ato abusivo no Código Civil de 2002

Amparado pelos princípios da socialidade, da operabilidade e a eticidade, conforme terminologia utilizada por Miguel Reale¹⁸², a nova codificação tratou estabelecer contatos efetivos com a realidade e situações sociais, não fazendo com que o legislador legislasse em abstrato, mas preocupando-se em influenciar de acordo com a experiência social e seus valores como elementos constitutivos da nova lei.

Desse modo, o Código Civil de 2002, diversamente do Código Civil de 1916, preocupou-se, sobretudo, em extirpar a concepção individualista, consagrada pelo liberalismo, que valorizava o interesse particular e egoísta em detrimento da coletividade¹⁸³.

A seguir, analisar-se-ão princípios basilares do Novo Código Civil que formaram as bases para o desenvolvimento da autonomia da teoria do abuso do direito, dentre os quais destacam-se o princípio da eticidade, da socialidade e da operabilidade.

Tais princípios norteiam e impregnam as normas da legislação civil a fim de torna-las adstritas a um conceito de justiça e numa teoria embasada em pilares axiológicos. Desta forma, por serem mandamentos nucleares, constituem o abstrato ético de toda e qualquer norma prevista no Código Civil¹⁸⁴.

I - Princípio da eticidade

¹⁸² REALE, Miguel. O Projeto do Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 7, 32/33.

¹⁸³ CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil, p. 27.

¹⁸⁴ CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil, p. 28.

O princípio da eticidade consagra a preocupação aos valores éticos que contornam o sistema jurídico atual, mormente os previstos na Constituição Federal. Assim, o princípio da eticidade busca valorizar a consagração da justiça, primando pela dignidade da pessoa humana, probidade, boa-fé, equidade e demais fundamentos axiológicos que caracterizam a justiça pela ótica material e não simplesmente formal¹⁸⁵.

Deste modo, a opção do legislador ao privilegiar o princípio da eticidade no Código Civil de 2002 trouxe como benefício, por muitas vezes, a preferência por normas genéricas ou cláusulas gerais, destinadas a orientar os operadores do direito em interpretações teóricas na aplicação prática¹⁸⁶.

Além disso, o princípio da boa-fé objetiva foi determinante para a caracterização da teoria do abuso do direito, pois atua como um instrumento na interpretação do caso conforme art. 113 do novo diploma civil, o qual expõe:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração¹⁸⁷.

Tal princípio mantém relação com a teoria do abuso do direito, pois o Código Civil “prevê as consequências do ato ilícito para a pessoa que age com desrespeito à boa-fé de natureza objetiva, relacionada com a conduta leal e proba e integradora das relações negociais”¹⁸⁸.

Deste modo, o princípio da eticidade impõe justiça e boa-fé nas relações civis e em todas as fases do contrato, tanto durante o cumprimento deste (*pacta sunt servanda*) como excontratualmente, ao determinar às partes agirem conforme a boa-fé.

II - Princípio da socialidade

Como já explicitado no item 1.6.1.ii, a Constituição Federal de 1988 trouxe os princípios da justiça social e da dignidade da pessoa humana abarcados em seu texto. Em sintonia com essas mudanças, o Código Civil de 2002 também apresenta esse viés social na medida em que as relações jurídicas passam a ter função social. Ou seja, um direito presente no Código Civil de 2002 não somente deve ser encarado como um

¹⁸⁵ CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil, p. 27.

¹⁸⁶ LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Abuso de Direito, p. 71.

¹⁸⁷ BRASIL, Código Civil Brasileiro.

¹⁸⁸ TARTUCE, Flávio. Direito Civil, p.169.

interesse juridicamente protegido do particular, mas de toda coletividade, já que o exercício de um direito subjetivo deverá, necessariamente, coadunar-se com o interesse social¹⁸⁹.

Dessa forma, a fruição do próprio direito também ganhou limites, no sentido de que se deve reconhecer que seu exercício deve ser exercido em benefício da pessoa e também respeitados os fins éticos-sociais da comunidade¹⁹⁰.

O civilista Flávio Tartuce¹⁹¹ também entende que o princípio da socialidade está intimamente ligado ao abuso do direito, pois o art. 187 faz expressa referência ao fim social do instituto jurídico violado.

Desta forma, pode-se dizer que o princípio da socialidade é aquele que impõe a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, devendo a relação jurídica pautar-se no bem comum, no equilíbrio contratual, na justiça social, igualdade material, etc.

III - Princípio da operabilidade

O princípio da operabilidade busca promover uma razoabilidade ao operador do direito aplicar a norma, devendo ele sempre voltar-se a uma atuação mais efetiva, justa e com uma duração razoável do processo. Desta forma, primou-se pela simplicidade, tornando o direito aplicável e operável, “afastando-se as perplexidades e complexidades”¹⁹².

Dessa forma, o princípio da operabilidade traduz-se na “conveniência de tratar os institutos jurídicos da forma mais técnica possível, de forma a facilitar a compreensão da norma pelo intérprete do direito e pela população em geral”¹⁹³.

Também o princípio visa evitar dúvidas e sinonímias ao passo que facilita a interpretação de cláusulas gerais destinadas a alcançar a concretude do direito¹⁹⁴. Deste modo, o princípio busca que a aplicação do direito se aproxime da realidade social da forma mais viável possível, podendo assim concretizar sua finalidade de uma maneira simples e efetiva para os litigantes¹⁹⁵.

¹⁸⁹ CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil, p. 29.

¹⁹⁰ LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Abuso de Direito, p. 70.

¹⁹¹ TARTUCE, Flávio. Direito Civil, p.169.

¹⁹² CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil, p. 29.

¹⁹³ BOULOS, Daniel M. Abuso de Direito no novo código Civil, p.92.

¹⁹⁴ LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Abuso de Direito, p. 70.

¹⁹⁵ LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Abuso de Direito, p. 71.

1.7 O abuso do direito e o dolo ou culpa do agente

Conforme já tratado no item 1.4., sobre as teorias que permearam a evolução do instituto do abuso do direito, o elemento subjetivo, culpa, conferiu a cada teoria uma importância diferente.

Para elucidar a caracterização do abuso de direito quanto à vontade do agente de pretender extrair dele condições para se prejudicar outrem, a corrente subjetivista entende que a intenção real do titular deve ser fundamental para a delimitação do caráter do ato, transformando-o em abuso de direito. Já para os adeptos da teoria mista ou eclética, por sua vez - corrente essa que teve como expoente Louis Josserand - entendem que para que haja a caracterização do abuso do direito, deve haver tanto o lado subjetivo da conduta, que seriam os motivos que levaram o agente à prática do ato, quanto o lado objetivo, que seria encontrar o desvio de finalidade na conduta.

Por sua vez, a teoria finalista, adotada pelo novo Código Civil brasileiro, abstrai o elemento subjetivo da caracterização do ato abusivo e estabelece, conforme art. 187, que como critério para aferição do abuso do direito deve haver um excesso no exercício do direito, o qual se detecta por ultrapassar o fim social e econômico do direito, pela boa-fé e pelos bons costumes e ainda exige que tal excesso seja manifesto.

Entende Bruno Miragem¹⁹⁶ que são dois os requisitos para a configuração do abuso do direito: a) o exercício do direito próprio; e b) a violação dos limites objetivos, como a finalidade social e econômica do direito, a boa-fé e os bons costumes.

Contudo, alguns autores brasileiros ainda sustentam a necessidade da presença do elemento subjetivo para a configuração do abuso do direito, como é o caso de Rui Stoco e Humberto Theodoro Jr¹⁹⁷.

Para Rui Stoco¹⁹⁸, o abuso do direito situa-se no campo dos atos ilícitos e afirma, categoricamente que se filia à teoria subjetiva, assim, “o ato originalmente lícito invade o campo da ilicitude quando cometido com excesso ou abuso. Neste momento torna-se antijurídico. Com essa classificação converte-se em ato ilícito”.

¹⁹⁶ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado, p. 28.

¹⁹⁷ STOCO, Rui. THEODORO JR, Humberto. Comentários ao novo Código Civil, vol. 3, t.2. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 120/127.

¹⁹⁸ STOCO, Rui. Abuso do Direito e má-fé processual, p. 74.

E ainda aduz que¹⁹⁹:

Mas, afirmada a adoção da teoria subjetiva, cabe esclarecer em que termos ela se apresenta para exercer influência sobre o ato praticado.

No campo da culpabilidade se o ato for praticado com a intenção deliberada de prejudicar, de causar dano ou de obter vantagem ilícita – ainda que para isso possa o terceiro ser prejudicado – ressuma claro que a obrigação de responder por este ato mostra-se evidente.

O dolo, ainda que eventual, quando o agente assume o risco de produzir o resultado, empenha obrigação.

Não importa, ainda, que o dolo seja específico ou genérico.

Mas no plano da culpa (*stricto sensu*), em sede de abuso do direito, quer parecer que a chamada “gradação da culpa” assume importância.

Para Stoco²⁰⁰, além da verificação da culpa, para influir ainda na verificação do abuso do direito deve haver uma gradação dessa culpa para avaliar o prejuízo na determinação da responsabilidade civil. Mostra o civilista que a gravidade da culpa reflete-se no agravamento da responsabilidade indenizatória e na determinação do *quantum debeatur*, pois afirma que “a qualidade da conduta do agente ou a intensidade do querer e a maior ou menor possibilidade de prever exsurgem como relevantes não só para a determinação da responsabilidade, como no estabelecimento do *quantum indenizatório*”.

Em análise do art. 187 do Código Civil, Humberto Theodoro Júnior²⁰¹ é incisivo em afirmar que se “adotou orientação preconizada pela teoria subjetivista do abuso do direito”, tendo em vista que “primeiro definiu o ato ilícito absoluto como fato humano integrado pelo elemento subjetivo (culpa) (art. 186)” e após, vem a qualificar “o exercício abusivo de direito como um ato ilícito (art. 187)”.

Entende Humberto Theodoro Jr²⁰², que deve ser exigível o dolo ou, no mínimo, a culpa para que seja caracterizado o abuso do direito, pois, segundo ele, para que haja abuso, o exercício do direito teria de dar-se “de forma emulativa (ou, pelo menos culposa)”, pois consoante argumenta, “é com base na conduta culposa *lato sensu* que legalmente se define o ato ilícito, a cujo gênero se filiou o exercício abusivo do direito”.

Entretanto, a evolução do instituto do abuso de direito corroborou para sua autonomia, uma vez que estando no campo da responsabilidade civil por ato ilícito, ou seja, procedimento contrário ao direito, sua caracterização deve acontecer quando nem

¹⁹⁹ STOCO, Rui. Abuso do Direito e má-fé processual, p. 71.

²⁰⁰ STOCO, Rui. Abuso do Direito e má-fé processual, p. 72.

²⁰¹ THEODORO JR, Humberto. Comentários ao novo Código Civil, p. 118.

²⁰² THEODORO JR, Humberto. Comentários ao novo Código Civil, p. 125.

mesmo há real interesse do agente em prejudicar a outrem (ou motivo legítimo), mas bastaria o exercício incorreto do direito causando prejuízo a outrem²⁰³.

O civilista Fernando Noronha²⁰⁴ também entende que não será preciso provar que o lesante agiu com o propósito de prejudicar outrem, basta que faça prova do uso desconforme.

Além disso, sua configuração como categoria autônoma ou como ato ilícito no âmbito da teoria geral do direito privado deve-se a dois fatores, como traz Bruno Miragem²⁰⁵:

a) sua identificação equivocada com a hipótese de responsabilidade subjetiva, exigindo-se o elemento culposo ou doloso; b) o grande desenvolvimento da boa-fé objetiva como fonte de deveres jurídicos.

Ademais, não se pode afirmar que o abuso do direito é ato ilícito simplesmente por assim dispor o legislador, pois a natureza de um instituto jurídico não é obtida pela análise do local onde está inserido, ou seja, “não é a região topográfica que define a natureza jurídica do abuso do direito”²⁰⁶.

José de Aguiar Dias, quando da aprovação na Câmara do Projeto do Novo Código Civil, mostrou-se relutante e um tanto quanto pessimista a respeito da redação de partes do projeto.

Sobre o abuso de direito traz Aguiar²⁰⁷:

A inclusão, de certo modo tímida, do abuso de direito entre os atos ilícitos, corta uma fonte de enervante controvérsia e vence certa resistência à sua adoção, sob o fundamento de contradição entre os dois termos que compõem a figura. O abuso de direito tira sua caracterização em uma extensão da doutrina do abuso do poder. É a utilização de uma faculdade em fim prejudicial a outrem, com ou sem proveito para o autor, mas sem correspondência com o seu uso regular.

No entanto, muito embora frisou-se diversos aspectos que distinguem o abuso do direito do ato ilícito, se admite a possibilidade de ambos os institutos sujeitarem-se, em certas hipóteses, à mesma sanção²⁰⁸.

O art. 927 do Código Civil deixa claro que a concepção adotada pelo direito brasileiro é a objetiva, tendo em vista que não é mencionado o elemento culpa ou dolo na conduta do agente, nem mesmo necessitaria da consciência de ter o exercício de seu

²⁰³ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Abuso de Direito Processual, p. 72.

²⁰⁴ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, p. 394.

²⁰⁵ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado, p. 22.

²⁰⁶ CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil, p. 38.

²⁰⁷ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, 1995, vol I, 10 ed. Forense, 1995, p 31.

²⁰⁸ CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil, p. 39.

direito excedido os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim econômico ou social do direito.

O artigo mencionado assim estabelece:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem²⁰⁹.

Deste modo, para se verificar o abuso do direito deve-se analisar somente seu caráter objetivo, prescindindo-se do cotejo do estado psicológico que se refere à esfera subjetiva. Deste modo, vê-se que o Código Civil de 2002 adotou a boa-fé objetiva para se verificar o abuso do direito, pois deve-se vislumbrar, objetivamente, se o exercício subjetivo pautou-se em padrões normais de comportamento, valendo-se da lealdade, probidade e transparência²¹⁰.

Assim entende a civilista Judith Martins-Costa ao expor que “a expressão *boa-fé objetiva* exprime o *standart* de lisura, correção, probidade, lealdade, honestidade – enfim, o *civiliter agere* que deve pautar as relações intersubjetivas regradas pelo Direito”²¹¹.

Para corroborar esse entendimento, o Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil, ocorrida em Brasília em setembro de 2002, trouxe que: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”²¹².

Para Caio Mário da Silva Pereira²¹³, a similitude desta corrente que situa o abuso do direito no campo da responsabilidade civil por ato ilícito é correta devido aos efeitos que ambas trazem, porquanto se no ato ilícito o agente deve reparar o dano, no abuso de direito o efeito é o mesmo, justificando a classificação deste na equiparação legal daquele.

Por fim, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o critério objetivo-finalístico na determinação do abuso do direito ao caso concreto, conclui-se

²⁰⁹ BRASIL, Código Civil Brasileiro.

²¹⁰ CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil, p. 41.

²¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé, p. 530.

²¹² NEGRÃO, Theotonio. GOUVÊA, José Roberto F. Código Civil e legislação Civil e Vigor. 23 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 72.

²¹³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil, p. 258.

que deve ser adotado tal critério ao abuso cometido no âmbito processual igualmente, como se verá adiante.

1.8 O abuso do direito e o dano

Como será exposto no decorrer desse trabalho, o abuso do direito gera danos macroscópicos no sistema jurisdicional, isso porque a demora na prestação da tutela devido à excessiva duração do processo quando ocorre o ato abusivo causa prejuízo não só as partes da relação processual, mas à administração da justiça como um todo.

E, diante das disfunções da administração da justiça, é salutar advertir que estas não podem ser encaradas em perspectiva técnica e neutra, “devendo ser vistas em uma dimensão social e política, que repercute não apenas sobre as efetividades das garantias constitucionais, mas também sobre o próprio funcionamento do sistema democrático e do Estado de Direito”²¹⁴.

Nesta toada, pode-se inferir que o abuso do direito sempre gerará um dano, seja por uma análise particular ou para o próprio Estado. Partindo dessa premissa, o dano passa a ser um elemento caracterizar do abuso, gerando sempre *consequências negativas* oriundas do ato praticado pelo sujeito processual, conforme expressão de Michelle Taruffo, citado por Helena Najjar Abdo²¹⁵.

Conforme se analisou, o dano não é e nem deve ser, como tradicionalmente se considerava, caracterizador do ato ilícito e, se deste não é, não poderá ser tampouco do ato abusivo²¹⁶. No entanto, na seara da responsabilidade civil, quando se há o dever de reparar tendo em vista o acontecimento de um ato ilícito, é necessária a ocorrência do dano, isso porque só há responsabilidade civil existindo um dano²¹⁷. No entanto, como modernamente se analisou, “existe dano sem responsabilidade civil, responsabilidade civil sem ato ilícito e ato ilícito sem responsabilidade civil”²¹⁸.

Orlando Gomes²¹⁹, complementa:

O dano pode ser *patrimonial* ou *moral*. Mas é indispensável para determinar a responsabilidade civil. A *sanção* contra o ato ilícito consiste, precisamente,

²¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.118.

²¹⁵ TARUFFO, Michelle, *apud*, ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 122.

²¹⁶ BOULOS, Daniel M. Abuso de Direito no novo código Civil, p. 102.

²¹⁷ BOULOS, Daniel M. Abuso de Direito no novo código Civil, p. 104.

²¹⁸ BOULOS, Daniel M. Abuso de Direito no novo código Civil, p. 106.

²¹⁹ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p. 490.

na obrigação de repará-lo. Se do erro de conduta não resultar dano, o ato, embora culposos, não tem relevância no campo do Direito Civil.

Ainda, pela simples leitura do art. 186 observa-se que pode ser este exclusivamente moral. Deste modo, o ato ilícito é a conduta que pode imputar tanto danos de caráter patrimonial para o titular do direito, quanto prejuízos ou ofensas de natureza meramente extrapatrimonial.

Sobre os resultados da abusividade de um determinado comportamento processual, Helena Najjar Abdo²²⁰ explica:

É fato reconhecido pela doutrina, apoiada no pensamento de Piero Calamandrei, que a mera circunstância de restar o direito sem satisfação durante o longo trâmite do processo já é passível de causar dano (*dano marginal*, causado ou agravado pela duração do processo) ao seu titular.

Esse tipo de dano não é causado, de um modo geral, pelo abuso do processo. O dano marginal entra na categoria dos efeitos *normais*, isto é, dos efeitos *fisiológicos* de todo e qualquer processo. Pois, como assinala Taruffo, até mesmo o uso perfeitamente legítimo dos remédios oferecidos pelo ordenamento produz conseqüências negativas que são suportadas pelos sujeitos processuais: a propositura da demanda acarreta por si só a sujeição da parte contrária aos efeitos da sentença, a penhora gera sobre o bem um vínculo de indisponibilidade e assim por diante.

Dessa forma, o processo em si mesmo considerado já é capaz de causar um dano àquele que tem razão no campo do direito material. Isso porque a duração do processo e a conseqüente demora na prestação jurisdicional já são suficientes para caracterizar o mencionado *dano marginal*.

Entretanto, como o abuso do processo provoca, no mais das vezes – quer direta, quer indiretamente – a procrastinação do feito, costuma suceder aquilo que aqui se denomina *potencialização* do dano marginal, o qual deixa de ser fisiológico para assumir o caráter patológico.

Corroborando com a imprescindibilidade do dano na configuração do abuso do direito o jurista José Carlos Barbosa Moreira²²¹. Para ele, mesmo que não seja observada a alusão ao dano no art. 187, deve-se lembrar de que o ordenamento muitas vezes admite sanções distintas da obrigação de indenização.

Deste modo, dizer que seria necessário o dano na justificativa de que “é juridicamente irrelevante que o agente haja exercido o direito de forma irregular, e, por conseguinte não há utilidade em considerar abusivo o exercício”, seria o mesmo que admitir que a punição ao abuso do direito é somente indenizar, esquecendo-se de que o abuso pode ser sancionado pela simples desaplicação da regra que o beneficia²²².

²²⁰ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 124/125.

²²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de direito, p. 133.

²²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de direito, p. 133.

No entanto, Bruno Miragem²²³ entende que a exegese do art. 187 do novo Código Civil não deve ter a influência da cláusula geral de ilicitude subjetiva do art. 159 na interpretação *a contrario* do art. 160, I, do Código Civil de 1916.

Para Miragem²²⁴, o dano será elemento da responsabilidade, porém não do abuso:

Daí porque o dano será pressuposto da imputação da responsabilidade – art. 927 e seguintes do Código Civil – não da configuração do abuso, cuja norma é meramente conceitual da ilicitude sem culpa. Desta poderão advir outras consequências jurídicas que não a indenização, como a cominação de nulidade, a ineficácia, ou outras sanções que se aplicam de modo concomitante à sanção civil, como aquelas de caráter penal ou administrativo.

Para o autor não se exige para a aplicação do art. 187 do Código Civil de 2002 a existência do dano, pois para a configuração do abuso não necessitaria nem mesmo de relação jurídica já estabelecida entre as partes, bastando, pois, o exercício do direito que gere prejuízo a outrem.

Muito embora Miragem²²⁵ traga um novo perfil para a ilicitude no Código Civil de 2002, o próprio autor cita que nos casos de abuso do direito o prejuízo pode-se constituir em “danos atuais ou potenciais, supressão de prerrogativas jurídicas, imposição de deveres jurídicos de manter dadas relações ou efeitos jurídicos, em benefício daquele a quem proteja o fim econômico ou social, a boa-fé ou os bons costumes naquela determinada situação concreta”.

O mesmo autor traz, em outra publicação sobre o tema, uma visão diferente acerca do assunto. Admite que o art. 187 do Código Civil, ao prever o abuso do direito, o faz independente da caracterização de dano como elemento completante do ilícito indicado, mas, essa inexistência de previsão sobre o tema não significa que ele não possa existir. Assim, havendo o dano, o ilícito assume eficácia de indenização por força do art. 927, do Código Civil²²⁶.

Ainda, demonstra que se poderia afirmar que o dano pode ser analisado a partir de uma perspectiva diferenciada, não como um dano individualmente sofrido e indenizável conforme os pressupostos clássicos da responsabilidade civil, mas como “um dano que resulte justamente da violação do ordenamento jurídico, o que, em última análise, resultaria na lesão ao interesse transindividual de proteção da segurança

²²³ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado, p. 28.

²²⁴ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado, p. 37.

²²⁵ MIRAGEM, Bruno. Ilicitude objetiva no direito privado, p. 38.

²²⁶ MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 134.

jurídica, da efetividade do sistema jurídico, ou ainda reconduzindo a interesses legítimos da sociedade”²²⁷. Dessa forma, o autor admite que o abuso do direito gera *danos sociais*, ou seja, pode ser classificado como hipótese de dano a um interesse difuso de proteção da ordem jurídica²²⁸.

A configuração do abuso a qual se refere esse trabalho perfaz o Direito Civil e o Direito Processual Civil. Nesse âmbito do direito, qualquer configuração de abuso do direito ocorrida no abuso do processo, o qual se verá adiante, gera um prejuízo e consequências jurídicas para a parte a administração da justiça. Assim, mesmo que não ocorra a indenização pecuniária, o *status quo* precisa ser restaurado por meio de sanções ou providências processuais.

Por um olhar sistêmico acerca do instituto do abuso do direito não há como deixar de lado a existência de um dano, tendo em vista que este pode ocorrer tanto individualmente imediato decorrente do ato abusivo, como causa um prejuízo à ordem jurídica, à confiança do outro sujeito da relação jurídica e à confiança na efetividade do direito. Dessa forma, nos casos de ato abusivo, “na medida em que se inicia ou se pretende com aparência de regularidade em razão da existência de uma previsão abstrata que outorga direito ao titular que em seguida vem abusar do seu exercício, termina por poder caracterizar ofensa ao Direito e sua autoridade”²²⁹.

Assim, a responsabilidade do agente e conseqüentemente seus efeitos jurídicos sobre a conduta, como uma declaração de nulidade, anulabilidade, ineficácia, ou quaisquer sanções ou providências que tenham sido geradas por um dos sujeitos incorrerem em abuso do direito, causam dano, seja ele passível de dedução monetária ou um dano psicológico às partes por demora na prestação jurisdicional, por exemplo.

Por fim, demonstra-se que a utilidade prática da teoria do abuso do direito vem justamente por pressupor a configuração de um dano na esfera jurídica de outrem, verificando assim um prejuízo efetivo e consequências negativas, sejam elas patrimoniais ou não.

²²⁷ MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado, p. 134.

²²⁸ MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado, p. 135.

²²⁹ MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado, p. 135

2. ABUSO DO DIREITO PROCESSUAL

No primeiro capítulo, buscamos estabelecer a regra geral do direito civil pátrio em relação ao abuso do direito, concluindo que o ordenamento jurídico prevê o ato abusivo sob a Teoria Objetiva, na qual a caracterização do abuso do direito prescinde do dolo ou culpa do agente para sua responsabilização civil e contratual. O objetivo final é estabelecer se o mesmo entendimento quanto aos atos abusivos pode ser aplicado aos casos no Direito Processual Civil. Para tanto, neste segundo Capítulo, nos dedicaremos a investigar mais precisamente o campo do Processo Civil, encontrando um paralelo entre a natureza do abuso do direito processual e sua relação com a litigância de má-fé e os atos atentatórios à dignidade da justiça, o histórico do abuso do direito nos diplomas processuais civis brasileiros, os princípios basilares do processo civil norteados pela boa-fé processual e lealdade processuais, e ainda os deveres das partes na relação jurídica processual.

2.1. Conceituação

O Poder Judiciário é acionado quando o lesado busca pleitear o ressarcimento dos prejuízos de ordem moral ou patrimonial decorrentes da responsabilidade civil e analisa-se que o direito material realiza-se através do direito instrumental processual por meio da ação²³⁰. Desse modo, é por meio do exercício da função jurisdicional que se visa ao estabelecimento da justiça por meio do processo²³¹.

No abuso do direito processual transpõem-se as características e elementos já vistos no abuso do direito material, porém sua existência dá-se em uma lide processual. Dessa forma, “caracteriza-se pela preexistência de uma norma jurídica que atribua objetivamente o direito do sujeito processual a praticar determinado ato processual, em certo momento processual”²³².

²³⁰ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 46.

²³¹ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 91.

²³² SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional. Revista de Direito Privado, São Paulo, v.10, n. 40, 2009. p. 19.

Assim, o abuso do direito no Direito Privado e os limites nele estabelecidos, podem subsidiar o exame no processo civil, de modo que é indiscutível a influência do direito material do ato abusivo no exame do processo civil.

O art. 187 do Código Civil, ao estabelecer os limites como o fim econômico ou social, boa-fé ou bons costumes, como limites ao exercício dos direitos, afirma um finalismo ético do ordenamento jurídico, no sentido da “afirmação de *standards* de conduta, de respeito aos interesses legítimos dos demais indivíduos, da comunidade e aos fins perseguidos pelo Direito como um todo, e pelos diversos institutos, prerrogativas e faculdades”²³³.

Os deveres éticos trazidos pelo Código de Processo Civil submetem os sujeitos do processo a uma conduta que não se contraponha à marcha processual, reprimindo, dessa forma, quaisquer atos de litigância de má-fé e abuso do direito, conferindo ao juiz meios de repreensão e eliminação de tais atos²³⁴.

Dessa forma, a teoria do abuso do direito processual “não se atém aos limites objetivos da norma, nem se restringe a mero instrumento realizador da vontade concreta da lei, mas estende-se além desta, para alcançar a função publicista do processo, realizando, assim, a jurisdição, como instrumento de estabilização jurídica, social e política”²³⁵.

No entanto, tal qual como ocorre no direito material, ao exercer o direito que se tem, agora o seu titular, a parte, procurador ou interveniente acaba por desviar da finalidade do ato processual praticado, revestindo-se do mesmo propósito malicioso e anormal. Dessa forma, ao ultrapassar os limites da defesa dos interesses próprios, passa a prejudicar o outro litigante, terceiros envolvidos e afetando a confiabilidade da Justiça²³⁶.

Ao se utilizar das formas processuais devem as partes valer-se dos meios colocados à disposição para a realização do contraditório, mas, na medida em que a parte se utiliza da forma procedimental para desvirtuar o resultado do processo de sua destinação normal, dificultando a atuação da parte contrária, alterando a verdade dos fatos, procrastinando a marcha do processo, ou qualquer hipótese caracterizadora de

²³³ MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado, p. 135

²³⁴ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 94.

²³⁵ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 140.

²³⁶ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 19.

má-fé, caracteriza-se o abuso do direito processual tendo em vista que o processo não atingiu os fins compreendidos em seu escopo²³⁷.

Desse modo, constata-se que o exercício abusivo processual não atinge somente a outra parte ou terceiros, como ocorre no direito privado, “abrangendo, também, e diretamente, o Estado, uma vez que o processo é utilizado pelo indivíduo, por meio dos órgãos jurisdicionais, para prejudicar a outrem, e assim obter resultados ilícitos e não desejáveis no ordenamento jurídico”²³⁸.

Sobre o Estado como sujeito passivo do abuso, Leedsônia Campos Ranieri de Albuquerque²³⁹:

Essa invocação injustificada ao exercício de um direito subjetivo permite a repressão, ainda, quando não cause dano a parte contrária, pois representa um dano ao Estado e, conseqüentemente, a toda sociedade, uma vez que todo aparato judicial foi movimentado e desvirtuado de suas finalidades, além de gerar custos atribuídos à sociedade de forma inútil e desnecessária.

Como se tratou no abuso do direito, nos casos de atos abusivos processuais também se configura a *aparência de legalidade*, característica analisada (item 1.1).

Dessa forma, como o ato se configura pela sua aparência de legalidade ao praticá-lo, mas em decorrência de seu desvio à finalidade social do direito analisa-se que o ato processual é abusivo, não haveria como o legislador prever no Código de Processo Civil um rol exaustivo de condutas que possam representar o abuso do direito processual.

Para Humberto Theodoro Júnior²⁴⁰:

Consiste o abuso de direito processual nos atos 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-o, assim, o resultado justo da prestação jurisdicional.

Sobre o mau uso e a pretensa legalidade do ato, Andressa Paula Senna²⁴¹, entende que “todo direito processual conferido às partes, aos procuradores ou a qualquer interveniente do processo, se excedido em sua finalidade, deverá ensejar a caracterização do abuso”.

²³⁷ ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 140.

²³⁸ ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 93.

²³⁹ ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 93.

²⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p. 55.

²⁴¹ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 21.

Para efetivar esse resultado justo da prestação jurisdicional, o juiz deve lançar mão de seu poder de direção do processo, a fim de preservar o equilíbrio das relações entre as partes e a consecução dos fins do processo civil, “observando o princípio da probidade, deve ter em consideração tanto a efetividade da prestação jurisdicional, quanto, naturalmente, o respeito aos direitos e garantias processuais das partes”²⁴². Ainda, deve balizar os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa com o fim almejado pelo processo, que seria a efetividade do direito dentro da razoável duração do processo. (item 2.3).

Sobre o papel do magistrado nesses casos reservará um estudo mais aprofundado posteriormente (item 3.3), mas adianta-se que todo ato processual praticado deverá ser examinado pelo juiz à luz dos valores resguardados pelo sistema jurídico (princípios já estudados), contemplando que o Direito é um sistema jurídico social, devendo, enfim, sua interpretação considerar não apenas o ato na legalidade de seu formato, mas se sua finalidade foi justa às partes, procuradores ou intervenientes.

No entanto, é no campo processual que o risco do abuso do direito mais se intensifica, pois, como se vê frequentemente no Judiciário, “o recurso à chicana é de todos os tempos, e a lei quase nunca logra coibi-lo de forma inteiramente eficaz”²⁴³. No entanto, “os deveres de todos os sujeitos processuais acham-se claramente enunciados, as infrações também se encontram bem delineadas e as penas previstas são sérias e proporcionais à gravidade das possíveis ofensas”²⁴⁴.

2.2. O abuso do direito processual no ordenamento jurídico brasileiro

2.2.1. Código de Processo Civil de 1939

O Código Civil de 1939 foi o primeiro diploma processual a empregar a expressão “abuso do direito”, definindo-o por meio de dois dispositivos: o art. 3º e o art. 63²⁴⁵.

²⁴² MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: Ilícitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado, p. 202.

²⁴³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de direito, p. 128.

²⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p. 64.

²⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de direito, p. 127.

Dispõe o art. 3º que:

Art. 3º Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro.

Parágrafo único. O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuzer, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo²⁴⁶.

No direito processual brasileiro, Caio Mário da Silva Pereira²⁴⁷ analisa que o art. 3º do Código de Processo Civil de 1939 tratava a “repressão ao abuso de direito no exercício da demanda, punindo com perdas e danos a parte que procedesse em juízo, como autor, por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro; e, como réu, opusesse injustificada resistência ao andamento do processo”.

Foi a partir do Código de Processo Civil de 1939 que além de haver previsão de multas e custas diferenciadas, houve a condenação em perdas e danos para a parte que intentasse demanda por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro. Ainda também, o abuso de direito estava caracterizado no uso malicioso dos meios de defesa ou a resistência injustificada ao andamento do processo²⁴⁸.

Assim, existe um direito de demandar e um direito de defender-se, quando se é demandado. Aduz o civilista Everardo da Cunha Luna²⁴⁹ que “o abuso de direito, na defesa, limita-se à resistência ao andamento do processo, por *malícia*; na promoção da ação, estende-se ao dolo e à culpa, indistintamente”.

E a redação do art. 63 complementava:

Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar À vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.

§ 1º Quando, não obstante vencedora, a parte se tiver conduzido de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, o juiz deverá condená-la a pagar à parte contrária as despesas a que houver dado causa.

§ 2º Quando a parte, vencedora ou vencida, tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação, será condenada a pagar o décuplo das custas.

§ 3º Si a temeridade ou malícia for imputável ao procurador o juiz levará o caso ao conhecimento do Conselho local da Ordem dos Advogados do Brasil, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.²⁵⁰

²⁴⁶ BRASIL, Código de Processo Civil de 1939.

²⁴⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil, p. 257.

²⁴⁸ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Abuso de Direito Processual: Uma teoria pragmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 91.

²⁴⁹ LUNA, Everaldo da Cunha. Abuso de Direito, p. 125.

²⁵⁰ BRASIL, Código de Processo Civil de 1939.

Nesse dispositivo, o Código manteve a previsão do pagamento de custas e despesas para as hipóteses de lide temerária e ainda, a condenação era devida até mesmo se a parte saísse vencedora²⁵¹.

Para José Olympio de Castro Filho²⁵², a teoria do abuso no processo civil recebeu fortes influências do direito privado, uma vez que:

Assim, transplantaram-se para o processo civil as noções de abuso, dolo, fraude, culpa para compor a figura da *lide temerária*, ou para focalizar os direitos, deveres, ônus ou encargos ou limites à atividade das partes, tudo visando ao mesmo objetivo de não permitir que o processo, instrumento para a realização do direito, se constituísse em elemento para prejudicar a outrem (teoria subjetivista), ou em elemento para o exercício do direito em desacordo com a sua finalidade social (teoria objetivista).

Na realidade, é o processo civil campo muito mais vasto para o exercício abusivo do direito.

De acordo com o mesmo processualista, as classificações das modalidades de abuso eram: o dolo, a temeridade, a fraude, a simulação, a emulação, o mero capricho, o erro grosseiro, a violência, a protelação do feito, a infração ao dever de veracidade e o uso anormal do poder de disposição do processo²⁵³. Assevera que a má-fé manifestamente evidente do litigante terá de ser encontrada em sua resistência ao andamento do processo, sob tais formas de categoria²⁵⁴.

Observa-se que dessa classificação o autor amplia as hipóteses de incidência dos casos de abuso do direito, pois utiliza conceitos genéricos para a aplicação da teoria, podendo esta manifestar-se de variadas formas.

Ainda, Helena Najjar Abdo²⁵⁵ faz algumas observações acerca do instituto previsto no Código de Processo Civil de 1939: que nas modalidades discriminadas estão presentes os elementos básicos para a configuração do abuso do processo (aparência de legalidade, desvio de finalidade e exercício livre, não vinculado, de uma situação jurídica subjetiva); que se observam a existência de alguns elementos complementares à caracterização do abuso processual (falta de seriedade na prática do ato, ilicitude ou ilegitimidade do escopo perseguido pelo agente, lesividade à administração da justiça e a presença do elemento subjetivo, dolo ou culpa); e ainda que, diante dessa categorização se ressaltam infundáveis formais para a manifestação do abuso do processo, não havendo necessidade de uma enumeração exaustiva.

²⁵¹ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Abuso de Direito Processual, p. 91.

²⁵² CASTRO FILHO, José Olímpio de. Abuso de Direito no Processo Civil, p. 31.

²⁵³ CASTRO FILHO, José Olímpio de. Abuso de Direito no Processo Civil, p. 88.

²⁵⁴ CASTRO FILHO, José Olímpio de. Abuso de Direito no Processo Civil, p. 141.

²⁵⁵ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 145.

Conclui-se que as condutas processuais abusivas previstas pelo legislador de 1939 embora revogadas, não poderiam deixar de ser parâmetro para a análise futura do instituto do abuso do processo civil, sob pena de retroceder a evolução do instituto e incorrer na quebra do princípio da vedação do retrocesso.

Sobre o princípio observa-se que²⁵⁶:

O princípio da vedação ao retrocesso social tem como conteúdo a proibição do legislador em reduzir, suprimir, diminuir, ainda que parcialmente, o direito social já materializado em âmbito legislativo e na consciência geral.

Deste modo, a evolução do instituto deve pautar-se em uma análise sistêmica de toda sua história processual, na qual assumiu as mais diversas formas no Código de Processo Civil de 1939 e, como se verá adiante, foram substituídas por outras análogas nos próximos Códigos de Processo sem que se limitem sua incidência nas hipóteses literais, mas, segundo Helena Najjar Abdo, “tantas quantas permitir a criatividade da mente humana”.

2.2.2. Código de Processo Civil de 1973

No, ainda em vigor, Código de Processo Civil (1973), o mesmo propósito repressivo de punir o abuso de direito subsiste²⁵⁷, tendo em vista que o art. 16 impõe a responsabilidade por perdas e danos “àquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente”.

No entanto, o Código de 73 evitou a invocação genérica dos vícios do ato processual à luz da nomenclatura do direito civil (dolo, coação, simulação, fraude), como havia no Código de 39. O atual Código ampliou a expressão *dever de veracidade* e *dever de probidade* para a conduta não só das partes, mas de todos os que intervêm na relação processual e, assim, com a valorização do princípio da probidade, o estatuto pormenoriza situações vetadas e comina sanções específicas e genéricas abrangendo, igualdade, todos que intervenham no processo²⁵⁸.

²⁵⁶ SILVA JUNIOR, Luiz Carlos da. Vedação ao retrocesso social: uma análise pragmática. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano18, n.3651, 30 jun. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24832>. Acesso em: 23 abr. 2015.

²⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de direito, p. 128.

²⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p. 46.

Dessa forma, o Código não dispôs sobre indicações genéricas como ocorre com a nomenclatura do direito civil e preferiu pormenorizar as hipóteses em que incidem comportamentos denominados como casos de *litigância de má-fé* (art. 17, CPC/73). Todos esses casos constituem casos de abuso do processo²⁵⁹.

O Código de Processo Civil também acentuou os poderes de direção do processo e de instrução probatória ao juiz (arts. 125 e 130), e “ressaltou a sua submissão ao princípio da probidade, de modo a assegurar aos litigantes que a missão de fazer justiça e preservar a legalidade não pode ser deturpada e fraudada pelos encarregados da prestação jurisdicional”²⁶⁰, de modo que o art. 133 do CPC deixa expresso os deveres éticos do juiz e os casos em que responderá por perdas e danos.

Para coibir o abuso do direito processual o art. 14 enumera os “deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo” e, complementando a declaração de deveres, o art. 17 enumera comportamentos que considera configuradores da litigância de má-fé. Tais artigos serão estudados com mais atenção adiante.

Como será tratado, às partes é conferido o amplo direito de defesa como uma devida proteção ao direito do devido processo legal e do acesso à justiça. Porém, ao sancionar-se o abuso cometido na propositura da ação não se nega o acesso à justiça, pois se tem que observar que, tendo em vista a relatividade dos direitos, todos devem-se sujeitar à observância dos pressupostos e requisitos observados em lei, obstando o propósito de lesar outrem ou fraudar a lei²⁶¹.

O direito da demanda é a consequência do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF) e, tal direito em si, nunca é abusivo, pois “a teoria do abuso do direito processual não nega o permanente direito que a todos assiste de demandar ou defender-se, senão apenas visa evitar que o exercício de tal direito seja abusivo”²⁶².

²⁵⁹ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 156.

²⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p 46

²⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p 55.

²⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p 54.

No entanto, o abuso do direito de demanda, denominado *chantage forense*, acolhe que não se pode fazer do poder judicial instrumento de trabalho para a consecução de fins ilegítimos²⁶³.

Preceitua o art. 3 do Código de Processo Civil de 1973:

Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.²⁶⁴

Sobre tal dispositivo Luna entende que “se o indivíduo tem o direito, mas não tem o interesse, o exercício do direito de demanda é irregular, ilícito, abusivo, porque na legitimidade do interesse está a *ratio agendi*”. Assim, a norma contida no art. 3 do Código de Processo Civil implica que o exercício da ação, sem interesse ou legitimidade, é um ato processualmente abusivo, ou seja, constitui um abuso do direito no campo do processo civil²⁶⁵.

Assim, o direito de invocar à prestação judicial deve corresponder à um adequado exercício do poder, pois, não pode, sem justa causa, transformar-se em obstáculo à rápida solução do litígio. Deste modo, o papel do juiz é mais uma vez importante no sentido de somente admitir a produção de provas necessárias à apreciação da causa e indeferir diligências protelatórias (art. 130), bem como também no sentido de punir quaisquer tipos de fraude, simulação e hipóteses de litigância de má-fé (arts. 18, 129, 601, etc)²⁶⁶

Estando o direito de ação assegurado, seu exercício abusivo se dará quando desvirtuado da finalidade que lhe é inerente ou que moleste a outra parte, desnecessariamente, além do que já é obrigada a suportar com a demanda²⁶⁷.

No tocante ao abuso do direito de defesa, o Código de Processo Civil também declara a má-fé do réu quando “opuser resistência injustificada ao andamento do processo” (art. 17, IV) e “provocar incidentes manifestamente infundados (art. 17, VI). Igualam-se às observações feitas acerca do acesso à justiça ao autor, para a garantia de ampla defesa reconhecida ao réu. Dessa forma, “o direito de defender-se não pode

²⁶³ LUNA, Everaldo da Cunha. Abuso de Direito, p. 125.

²⁶⁴ BRASIL, Código de Processo Civil.

²⁶⁵ LUNA, Everaldo da Cunha. Abuso de Direito, p. 136.

²⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p 52.

²⁶⁷ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 99.

equiparar-se ao direito de agir leviana e maldosamente, resistindo à pretensão do autor de maneira a tumultuar e procrastinar o andamento do processo”²⁶⁸.

Defende-se que as partes e os procuradores possuem a liberdade de atuar com extrema convicção dentro do processo, no sentido de provar seus fatos e de elaborar a defesa de acordo com os fundamentos que acreditam dispor, dentro na legalidade. No entanto, “devem ter a cautela necessária para evitar que a estratégia de defesa no sentido de buscar o êxito na demanda não incorra em exagero ou mau uso no exercício das faculdades processuais”²⁶⁹.

Ademais, o art. 273, II, do CPC trata da hipótese da antecipação dos efeitos da tutela desde que “existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”, e, ainda conjugando ainda um dos dois fatores mencionados nos incisos, que “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” ou “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

Assim, para efeito de tutela antecipatória, é possível extrair do art. 17 do CPC alguns elementos que podem colaborar para a caracterização do abuso do direito de defesa²⁷⁰. Deste modo, antes que o processo chegue à sentença de mérito, o juiz, convicto da verossimilhança das alegações do autor, permite à ele *entrar no exercício prático das faculdades inerentes ao seu direito material subjetivo*, abusivamente negado ou resistido pelo réu²⁷¹. Desta forma, o Código de Processo Civil combate a protelação da lide por meio do art. 273, II, pois caracterizou o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório como causa ensejadora à antecipação da tutela pretendida no pedido inicial²⁷².

Por fim, deve-se reconhecer a importância do reconhecimento da tutela inibitória do ilícito como “instrumento de natureza processual, autônomo, para impedir a realização de qualquer dano em decorrência do ilícito”²⁷³. Desse modo, terá ela a função de evitar a realização do dano e conseqüentemente resguardar o direito da outra parte e a proteção do interesse deste que sofreria com a consequência do ilícito.

²⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p. 56.

²⁶⁹ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 18.

²⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda, p. 46.

²⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p. 62.

²⁷² ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 116.

²⁷³ MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: Ilícitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado, p. 180.

Acerca do processo de execução, o Código reprime os atos de improbidade do devedor mediante a imposição de multa de até 20% do valor do débito, sendo que nesses casos são considerados atos atentatórios à dignidade da justiça (art. 601, CPC). Outra observação é que o tratamento dado à fraude à execução pelo Código corresponde à consequência de ineficácia dos atos de disposição realizados pelo devedor no curso do processo executivo²⁷⁴.

Já no processo cautelar, à título exemplificativo, existe a previsão de que, sem prejuízo da reparação pela litigância de má-fé (art. 16), o requerente da medida preventiva “responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida”, no casos do art. 811 do CPC, sendo que a indenização é liquidada nos autos do procedimento cautelar (parágrafo único, art. 811, CPC).

2.2.3. Novo Código de Processo Civil de 2015

Sancionado em 16 de março de 2015, o Novo Código de Processo Civil entrará em vigor em menos de 1 ano, no dia 17 de março de 2016.

De início, cumpre destacar que o Código de Processo Civil de 2015 possui uma Parte Geral, a consolidar princípios e regras fundamentais do processo civil (arts. 1º a 12), o que não havia expressamente em normas no Código de 73. Dessa forma, o novo Código conta com uma *parte geral* e com uma *parte especial*, esta dividida em *processo de conhecimento e cumprimento de sentença*, *processo de execução* e *processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais*²⁷⁵.

Algumas observações acerca das características do atual pensamento jurídico são tecidas por Fredie Didier Jr. Pode-se observar que no atual Direito processual civil há um(a): a) *reconhecimento da força normativa da Constituição*, o qual “passa a ser encarada como principal veículo normativo do sistema jurídico, com eficácia imediata e independente, em muitos casos, de intermediação legislativa”; b) *desenvolvimento da teoria dos princípios*, aos quais são reconhecidos eficácia normativa; c) *transformação da hermenêutica jurídica*, preponderando um reconhecimento do poder criativo e

²⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p 56.

²⁷⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil. vol 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p 573.

normativo da atividade jurisdicional muito em razão da adoção das cláusulas gerais; e d) *expansão e consagração dos direitos fundamentais*²⁷⁶.

O novo modelo processual pode ser dividido em três grandes linhas: uma voltada à *teoria do processo civil*, responsável pela construção dos conceitos de base do direito processual civil; outra atinente à *tutela dos direitos mediante o procedimento comum* e outra relativa à *tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*²⁷⁷.

O Novo Código de Processo Civil consagra o modelo constitucional do processo civil, pois repete normas constitucionais que tratam da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV e NCPC, art. 3º, *caput*), da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII e NCPC, art. 4º, *caput*), do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV e NCPC, art. 7º), da proteção à dignidade da pessoa humana e dos princípios da legalidade, publicidade e eficiência (CF, art. 1º, III e 37, *caput*, e NCPC, art. 8º) e da fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX e NCPC, art. 11) e, a Parte Geral também inova, especificando e aclarando a verdadeira finalidade social do processo civil: a pacificação social²⁷⁸:

Sobre o Novo Código, alguns de seus idealizadores²⁷⁹:

Não se quis, com o novo Código, ‘zerar’ o direito processual, fazer ‘tabula rasa’ de tudo o que existe. Quis-se, sim, inovar, a partir do que já existe, respeitando as conquistas. Dando-se passos à frente. Assim é que devem ocorrer as mudanças das ciências ditas sociais, da lei, da jurisprudência: devagar. Porque também devagar mudam as sociedades. Nada de mudanças bruscas, que não correspondem àquilo que se quer, que assustam, atordoam e normalmente não são satisfatoriamente assimiladas. Não há razão para não se manter tudo o que de positivo já tínhamos concebido. Nada como se engendrar um novo sistema, de forma equilibrada, entre conservação e inovação.

Assentou o Novo Código a partir da ideia de *tutela dos direitos*, a qual seria o compromisso do Estado Constitucional com a efetiva tutela jurisdicional dos direitos tendo em vista que o Estado possui um *verdadeiro dever geral de proteção dos direitos*. Deste modo, nítida é a “razão pela qual a interpretação que o novo Código merece

²⁷⁶ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. vol.1, 17 ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2015, p.40/42.

²⁷⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, p 573.

²⁷⁸ ALVIM, Rafael: <http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/04/01/parte-geral-e-principios-constitucionais-no-cpc-2015/>.

²⁷⁹ WAMBIER, Teresa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins e; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao Novo CPC. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

caracteriza-se por um sintomático deslocamento – do *processo à tutela*²⁸⁰. O novo modelo passa de um Estado fundado na lei (Estado legislativo) para um modelo de Estado fundado na Constituição (Estado Constitucional)²⁸¹.

Nesse sentido, o Novo Código pode ser visto como uma concretização dos direitos fundamentais civis previstos na Constituição, pois a partir de uma perspectiva constitucional, o Código torna-se um instrumento idôneo para a consecução de sua *finalidade* e de *eixos fundados em sólidas bases teóricas*²⁸². No entanto, não basta somente o intuito pragmático, mas que o quadro teórico coerente previsto na legislação possa servir para uma efetiva aplicação prática a fim de “orientar a sociedade civil e o Poder Judiciário a respeito do *significado do direito* e para resolver os *problemas concretos* apresentados pelas partes”²⁸³.

Nesse sentido é que, ao repetir a norma constitucional que trata da razoável duração do processo, o Novo Código vai além, ressaltando que se deve buscar, em prazo razoável, “a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (art. 4º). Ao tratar do princípio da cooperação processual, novamente se tem o mesmo destaque: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º).

Percebe-se, portanto, que a resolução do mérito passa a ser sinônimo de efetividade, pois é o que, de fato, resolve a questão de direito material e contribui para a pacificação social. No entanto, contraditoriamente, por muito tempo o processo vem sendo utilizado como subterfúgio para não conhecer o mérito, invertendo a lógica e destoando das aclamadas instrumentalidade e efetividade processuais.

Essa posição política, por assim dizer, do CPC de 2015 fica muito clara em inúmeros outros dispositivos, que exigem uma postura proativa do magistrado, buscando sanar nulidades e julgar o mérito da demanda (NCPC, arts. 76, 139, inciso IX, 317, 321, 357, inciso IV, 370, 932, parágrafo único, 938, §1º, 1.007, §7º, 1.017, §3º e 1.029, §3º).

Sem adentrar em maiores discussões acerca do novo papel da formação da jurisprudência e dos precedentes no Novo Código de Processo Civil, resta observar que tais fontes agora constituem elemento de decisiva importância, tendo em vista que “os precedentes das Cortes Supremas constituem evidente enriquecimento do direito vigente e servem para lhe outorgar unidade – seja retrospectiva, solvendo problemas interpretativos, seja prospectiva, desenvolvendo-o para atender às novas necessidades

²⁸⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, p 573.

²⁸¹ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, p. 41.

²⁸² ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, p 571.

²⁸³ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, p 571.

sociais”²⁸⁴. Assim, estrutura-se um sistema de precedentes judiciais de forma que se reconheça eficácia normativa às orientações da jurisprudência²⁸⁵. Dessa forma, como se verá adiante, o problema do abuso do direito processual depende da correta aplicação de medidas punitivas pelo juiz e de uma forte valorização da jurisprudência nesse sentido. Como o juiz é o único sujeito que poderá aplicar medidas no sentido de coibir o abuso, seu papel é de suma importância para a consolidação da jurisprudência e de precedentes em casos de abuso processual.

Ademais, o Novo Código utiliza “expressões que permitem a construção de um sistema para a tutela dos direitos capaz não só de prestar tutela repressiva voltada contra o dano e vocacionada para a proteção de direitos patrimoniais”²⁸⁶. Nesse sentido, em atenção aos *novos direitos*, o Novo Código fala em *tutela do direito contra o ilícito e contra o dano*, no sentido de admitir a possibilidade de inibição do ilícito ou de sua remoção.

Eis o art. 497, parágrafo único, do Novo Código de Processo Civil:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo²⁸⁷.

Também, para a promoção da remoção do ilícito, o legislador abarcou diversas técnicas processuais, como as técnicas antecipatórias (arts. 294 e ss) ou as técnicas executivas (arts. 139, IV, 497, 498, 536, 537 e 538) que podem ser empregados pelo magistrado. Ademais, “a compreensão da técnica processual a partir da tutela dos direitos faz com que seja possível alcançar às partes *tutela específica* aos direitos, inclusive *tutela preventiva* contra o ilícito, isto é, tutela inibitória, quebrando-se com isso o círculo vicioso da violação dos direitos e do seu simples ressarcimento em pecúnia como resposta padrão do processo civil”²⁸⁸. Sobre as novas possibilidades de responsabilização do ilícito, dedicaremos um capítulo especial sobre o tema (Capítulo

²⁸⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, p 572.

²⁸⁵ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, p. 50.

²⁸⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, p 574.

²⁸⁷ BRASIL, novo Código de Processo Civil.

²⁸⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, p 574.

3), o qual tratará da moderna visão das medidas aptas a coibir o abuso do direito frente à responsabilidade civil processual.

Como última observação, privilegia-se o fato de que o Novo Código de Processo Civil também faz uso de expressões abertas a fim da prestação de *tutela aos direitos não patrimoniais*²⁸⁹, como pode vir a ser de um dano causado por abuso do direito processual.

Para Fredie Didier Jr., cláusula geral “é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado”²⁹⁰.

Nesse aspecto, faz-se uma pequena menção ao princípio da boa-fé processual, pois se trata de uma cláusula geral presente no art. 5º do Novo Código de Processo Civil orientando “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Deste modo, tal norma de conduta orienta os sujeitos processuais, impondo ou proibindo determinadas condutas.

Ademais, como se verá adiante a respeito dos casos de litigância de má-fé (item 2.5), por se tratar a boa-fé de uma cláusula geral processual é de se supor que haja uma infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo tornando qualquer enumeração legal das hipóteses de comportamento desleal extremamente ineficaz. Recaindo assim a boa-fé na relação processual, deve haver um arcabouço legislativo que privilegie e proteja a boa-fé, compondo assim a modelagem do devido processo legal, não sendo satisfatório, portanto, uma listagem exaustiva dos casos que desrespeitem a boa-fé²⁹¹.

A partir de um modelo jurisdicional que privilegie as cláusulas gerais é possível a admissão de um maior poder criativo da atividade jurisdicional²⁹². Dessa forma, o resultado de uma condenação somente capaz de produzir um equivalente monetário não é mais adequado frente à Constituição que arrola inúmeros direitos não patrimoniais dignos de tutela²⁹³.

Portanto, “a adoção pelo novo Código de expressões como tutela dos direitos, perigo na demora e medidas necessárias – justamente porque abertas e moldáveis

²⁸⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, p 574.

²⁹⁰ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, p. 51.

²⁹¹ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, p. 105.

²⁹² DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, p. 51.

²⁹³ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, p 573.

concretamente às mais diferentes situações de direito material carentes de tutela – constitui prova de sua atenção à realidade social e ao direito material que lhe cabe efetivamente tutelar”²⁹⁴.

2.3. Princípios que norteiam a boa-fé processual e a lealdade processual

O Direito Processual Civil está, como qualquer outra ciência, sujeito aos princípios norteadores consagrados na Constituição da República. Tais princípios constitucionais do Direito Processual devem ser aplicados sempre em primeiro lugar, fato decorrente da supremacia das normas constitucionais²⁹⁵.

Para que o ideal de tratamento justo e igualitário dos litigantes emanado como garantia da Carta Magna (art. 5º, LIV e LV, CF) seja efetivo, é necessário que o Código de Processo Civil também imponha deveres de conduta ética aos sujeitos do processo.

A seguir, elencam-se alguns princípios constitucionais aplicados ao Direito Processual Civil que possuem relevância e aplicam-se implicitamente ao abuso do direito processual. Tais princípios acabam servindo de orientação ao magistrado e operadores do direito para a interpretação correta do instituto e mostram de que forma esses conceitos podem ser aplicados diante de uma situação abusiva.

I - Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal, consagrado pelo art. 5º, LIV, da Constituição Federal dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A expressão *due processo of law* surgiu com um sentido estritamente processual, mas com o passar do tempo passou a ter um aspecto de direito material, o que originou as expressões usadas pela doutrina *substantive due processo of law* e também *procedural due processo of law*²⁹⁶.

Sob esse aspecto material, o devido processo legal muito se aproxima com o princípio da razoabilidade das leis e deve ser entendido como uma garantia do trinômio

²⁹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, p 574.

²⁹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol 1. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 41

²⁹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 43.

“vida-liberdade-propriedade” e, por meio dele, “se assegura que a sociedade só seja submetida à leis razoáveis, as quais devem atender aos anseios da sociedade, demonstrando assim sua finalidade social”.

Sobre a razoabilidade, o art. 8º do Novo Código de Processo Civil traz que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Sob o aspecto processual da garantia, este deve ser entendido como a garantia de pleno acesso à justiça e também ao acesso à ordem jurídica justa, não se observando nesse acesso a mera garantia formal de propor uma demanda, mas assegurando aos titulares de uma posição jurídica uma efetiva tutela jurídica a ser prestada pelo Poder Judiciário²⁹⁷.

Nesse sentido, é necessário reconhecer que²⁹⁸:

O devido processo legal, incrustado pelo contraditório e a ampla defesa (arts. 5, incisos LIV e LV da CR/88), visa um tratamento igualitário e justo a todos os litigantes, e tem como desígnio a manutenção de um processo limpo, legal e efetivamente capaz de proporcionar o verdadeiro acesso à justiça e à obtenção de resultados justos. O exercício regular do direito não é reprimido, mas o exercício de faculdades avindas de direito subjetivo, quando utilizadas para fins nocivos e contrários à finalidade da norma institucionalizadora, configuram desvio de sua finalidade caracterizadora de abuso do direito.

Desse modo, o devido processo legal é a garantia de que as regras processuais serão cumpridas e a sentença será justa. Nesse aspecto, a sentença não é aquele que atente ao direito pleiteado, mas aquela que “é decorrência lógica do processo legal no qual foi devidamente conferido direito de ampla defesa, contraditório, publicidade do processo e, dentre outros, a imparcialidade do juiz competente para conhecer e julgar a causa”²⁹⁹.

Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara³⁰⁰:

Não se poderia, porém, encerrar essa breve análise do mais importante dos princípios processuais sem afirmar minha crença no devido processo legal como um processo justo, isto é, um processo em que seja assegurado um tratamento isonômico, num contraditório equilibrado, em que se busque um resultado efetivo, adaptado aos princípios e postulados da instrumentalidade do processo.

²⁹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 44.

²⁹⁸ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 93.

²⁹⁹ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 22.

³⁰⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 49.

Importante ressalva faz Sergio Cavalieri Filho³⁰¹, ao analisar que o abuso de direito não pode ser usado como limite à garantia do devido processual legal, nem mesmo pode coibir o direito de acesso à Justiça, o contraditório e a ampla defesa.

Esse cuidado em se analisar o abuso de direito processual advém do princípio da proteção judiciária que, segundo o autor, constitui-se em várias garantias constitucionais: “a do direito de ação e de defesa (art. 5º, XXXV), a do devido processo legal (inc. LIV), a da ampla defesa e do contraditório (inc. LV), a do juiz natural e competente, a da fundamentação de todas as decisões (art. 93, inc. IV)”.

Cavalieri Filho³⁰², ainda encerra analisando que:

(...) não basta, portanto, alegar o abuso de direito de ação para impedir que alguém vá à Justiça, porque a lei (art. 187 do Código Civil) não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça ao direito. De igual modo, a mera alegação do abuso do direito processual não pode frustrar o devido processo legal, o contraditório, nem cercear a ampla defesa de ninguém.

Outra ponderação a se fazer diz respeito a chamada “deformalização das controvérsias”, a qual entende-se uma garantia da informalidade nos procedimentos em juízo. O movimento não diz respeito à extinção das formas processuais, nem na luta contra a forma, mas contra o formalismo excessivo que resulta na deturpação das formas³⁰³. De encontro a essa ideia há que se fazer referência ao princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual “os atos processuais solenes são considerados válidos ainda que praticados por forma diversa da prescrita em lei, desde que alcancem sua finalidade essencial”³⁰⁴.

Essa ressalva no princípio do devido processo legal é importante para observar que o abuso do direito pode estar ou não previsto no ordenamento jurídico, mas que, observadas situações que conflitem com o fim social almejado, a conduta deve ser repreendida. E, por muitas vezes, a sanção que será arbitrada pelo juiz basear-se-á em um ato aparentemente legal, mas que, como foi exaustivamente analisado, ultrapassa o fim econômico ou social, a boa-fé ou os bons costumes.

De todo modo, quando caracterizado, o abuso do direito processual caracteriza-se como um desrespeito ao princípio do devido processo legal, configurando-se ilícito

³⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, p. 179.

³⁰² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, p. 180.

³⁰³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 47.

³⁰⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 47.

processual, com o qual o litigante de má-fé arcará com as devidas sanções de natureza processual.

Ademais, observa-se que a Constituição Federal não abriu margem para a permissão de atos abusivos no âmbito do processo, “pois o uso malicioso ou excessivo das faculdades processuais naturalmente levará à prolação de sentença injusta e, quando menos, se não houver punição do abuso, à desigualdade de tratamento dispensado às partes e parcialidade do juízo”³⁰⁵.

Quando aqui se trataram dos princípios constitucionais presentes no Direito Civil, observou-se no princípio da legalidade uma estrita ligação com os ideais democráticos presentes na Constituição da República. Essa mesma proposta deve ser usada para a estruturação do Poder Judiciário no sentido de torná-lo mais democrático, mais apto a exercer a função jurisdicional de acordo com as exigências modernas da sociedade, efetivando, enfim, o princípio do devido processo legal em toda sua percepção.

Assim, o devido processo legal propicia às partes as liberdades compatíveis com os ideais solidaristas do Estado Democrático do Direito, mas, no entanto, “reprime-se, nas leis processuais, o abuso do direito, de forma a eliminar a pior mácula que uma atividade de pacificação social poderia apresentar, a mentira e, conseqüentemente, a injustiça”³⁰⁶.

Essa garantia da prestação de uma efetiva tutela jurisdicional deve ser adequada para garantir a verdadeira proteção às posições jurídicas das partes que tenham sido lesadas ou ameaçadas.

II - Princípio da isonomia

O princípio da isonomia, ou princípio da igualdade, foi disposto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, o qual declara que “todos são iguais perante a lei”.

No Novo Código de Processo Civil o princípio está disposto no art. 7º, o qual declara que “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

³⁰⁵ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 23.

³⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p. 52.

A ideia de isonomia liga-se ao princípio do devido processo legal pelo objetivo de um processo justo, tal como demonstra o art. 125, I, do Código de Processo Civil de 1973 (atual art. 139, I, do NCPC), o qual dispõe:

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;³⁰⁷

De acordo com Alexandre Freitas Câmara³⁰⁸, o princípio da isonomia “só estará sendo adequadamente respeitado no momento em que se garantir aos sujeitos do processo que estes ingressarão no mesmo em igualdade de armas, ou seja, em condições equilibradas”.

Deste modo, a condição que se deve cumprir para participar da relação processual é a igualdade de tratamento com o outro litigante. O processo justo compreende a noção de que as partes devem manter o equilíbrio e a paridade de armas com que relatam os fatos e provam seus direitos. Na medida em que se observa um ato abusivo, a desigualdade se instaura e um prejuízo é evidente para a outra parte. É, pois, dever do magistrado um tratamento que supra essa desigualdade para garantir-se a igualdade e o devido processo justo.

III - Princípio do contraditório

O princípio do contraditório está disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal e dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O processualista Alexandre Freitas Câmara³⁰⁹ define, sob o ponto de vista jurídico, o princípio do contraditório como a “garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo com a consequente possibilidade de manifestação sobre os mesmos”.

³⁰⁷ BRASIL, Código de Processo Civil Brasileiro.

³⁰⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 50.

³⁰⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 59.

Deste modo, vê-se que a discussão sobre o mérito da causa deve abranger tanto a possibilidade de informação quanto a possibilidade de manifestação no processo³¹⁰.

Traçando uma ligação entre o princípio do contraditório e da isonomia, Alexandre Freitas Câmara³¹¹ pondera que:

De toda forma, embora conceptualmente distintos os dois princípios, é adequado que os mesmos se encontrem, garantindo-se assim o que se chamou “contraditório efetivo e equilibrado”. O processo justo (ou, em outras palavras, o devido processo legal) exige não apenas contraditório, mas também isonomia, o que nos leva a concluir que a garantia constitucional do *due process of law* só estará verdadeiramente assegurada onde os dois conceitos – de contraditório e isonomia – conviverem harmonicamente, tendo as partes do processo não só a oportunidade de participação, mas identidade de oportunidades. Em outras palavras, há que se assegurar não só o contraditório, mas um contraditório que, além de efetivo (ou seja, capaz de permitir resultados adequados na formação do provimento jurisdicional), seja também equilibrado, o que se assegura com a igualdade substancial de tratamento deferida às partes.

Por todo o exposto vê-se que o princípio do contraditório muito se assemelha ao princípio da isonomia já tratado, o que assegura aos litigantes uma igualdade de poder ao mesmo tempo de litigar e de ter o direito de uma efetiva participação no processo.

IV - Princípio da tempestividade da tutela jurisdicional

Talvez o princípio que mais tenha relevância quando se trata do assunto do abuso do direito processual, o princípio em questão está inserido no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal com o seguinte teor: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

No mesmo compasso, o Novo Código de Processo Civil impõe ao juiz o dever de fiscalizar os atos das partes e demais intervenientes no processo a fim de “velar pela duração razoável do processo” (art. 139, II, NCPC); ao mesmo tempo que lhe ordena “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias” (art. 139, III, NCPC), tendo ambas a consequência do art. 80, IV, NCPC, a qualquer aplica-se multa ao litigante de má-fé que “opuser resistência injustificada ao andamento do processo”.

³¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 92.

³¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 61.

No Novo Código de Processo Civil de 2015 o princípio também é explícito no art. 6º, o qual dispõe que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

O que já se expos nesse estudo são as consequências desastrosas do ato abusivo quando confrontadas com a celeridade processual e no quase que inexistente interesse de uma das partes ver a solução resolvida.

O processo, da forma como se concebe atualmente, “adota o princípio de propiciar às partes uma justiça que propicie *resultados práticos* compatíveis com os direitos subjetivos envolvidos na lide (efetividade), e que se realize de forma *barata e rápida*”³¹².

Dessa forma, o direito de acesso à justiça compreende a justiça eficiente, pois os direitos devem ser tratados de forma efetiva, mas também tratados de uma forma célere, tendo em vista que “a lentidão é fonte de descrença no Judiciário e alimento para a injustiça social”³¹³.

A busca pela celeridade processual é “a construção de um sistema processual em que não haja dilações indevidas”³¹⁴, ou seja, o processo deve respeitar as situações estritamente necessárias a fim de desencadear um resultado justo visado pelas partes dentro de todos os outros princípios já analisados, enaltecendo o princípio do devido processo legal.

Diante de situações protelatórias, expõe Alexandre Freitas Câmara³¹⁵ que:

O princípio constitucional ora analisado, pois, legitima a punição de todas as condutas (comissivas ou omissivas) que tenham por propósito protelar o resultado final do processo. Assim, por exemplo, decorre do princípio da tempestividade da tutela jurisdicional a possibilidade de antecipação da tutela jurisdicional satisfativa como sanção contra o réu que abuso do direito de defesa (art. 273, II, do CPC). Assim, também, ficam constitucionalmente legitimadas as sanções contra litigância de má-fé (art. 17 do CPC) e a responsabilidade civil do juiz que injustificadamente retarda a prática de ato que deveria praticar (art. 133, II, do CPC).

O Novo Código de Processo Civil também faz a ligação entre a rápida duração do processo e o deferimento de tutelas de urgência em seu art. 9º, o qual dispõe que:

Art. 9º - Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:
I - à tutela provisória de urgência;

³¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p 53.

³¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda, p. 119.

³¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 68.

³¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 68.

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;
III - à decisão prevista no art. 701.³¹⁶

Aliás, o princípio retoma o estudo do dano para a caracterização do abuso do direito material. Isso porque conforme fora exposto, há um desvio do fim social do direito quando se verifica a prática do ato abusivo e se confronta com o princípio da celeridade processual.

No mesmo ponto de vista, o ato abusivo gera inquestionavelmente um prejuízo à relação processual dado que sempre terá como consequência a demora na efetivação da tutela jurisdicional. Devendo o magistrado analisar a verificação da conduta abusiva, as consequências, estabelecer o prejuízo e ainda sancionar o litigante para repará-lo, é inegável que durante esse tempo o processo encontra-se dependente dessa situação e há um inconveniente anormal decorrente do abuso³¹⁷.

2.4. Dos deveres das partes na relação jurídica processual

De acordo com Alexandre Freitas Câmara³¹⁸, o conceito de partes deve ser entendido como todas aquelas partes pessoas que participam do procedimento em contraditório, abrangendo assim as “partes do processo” e não somente as “partes da demanda”. Nessa toada, “a qualidade de parte pode ser adquirida de quatro formas: pela demanda, pela citação, pela sucessão e pela intervenção doutrinária”.

Essa abrangência do conceito de partes na relação processual é importante para analisar as diversas circunstâncias em que um sujeito pode-se valer para ingressar à lide e de que modo deve-se portar na demanda. Desse modo, qualquer parte da demanda possui alguns deveres que devem ser cumpridos ao longo do processo.

Um comparativo deve ser traçado entre os deveres das partes e de todos aqueles que de algum modo participem no processo e suas consequências no Código de Processo Civil de 1973 e no Novo Código de Processo Civil de 2015.

No art. 14 do Código de Processo Civil de 1973 são descritos, exemplificativamente, alguns comportamentos rechaçados no âmbito processual, nesses termos:

³¹⁶ BRASIL, Novo Código de Processo Civil.

³¹⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, p. 78.

³¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 178.

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.³¹⁹

Para Alexandre Freitas Câmara³²⁰, os deveres das partes poderiam ser reduzidos a uma única frase: “cabe às partes o dever de auxiliar o juízo no descobrimento da verdade e na efetivação das decisões judiciais, sem utilizar expedientes antiéticos”.

Nesse sentido, “o principal dever que grava as partes é o *dever de boa-fé*” (arts. 5º e 77, NCPC)³²¹. Como visto, a boa-fé é tratada como uma das normas fundamentais que estrutura o ordenamento jurídico brasileiro, bem como o processo civil, no sentido de ser um dever “que marca *todos os sujeitos* que de qualquer modo participam do processo”³²².

O processo oferece às partes a liberdade necessária para que possam litigar conforme o princípio da lealdade processual, da moralidade e da proibição de todos os que participam do processo (art. 14 e ss., Código de Processo Civil). Nesse sentido, a boa-fé, tanto na perspectiva objetiva, quanto na subjetiva aparece, no Novo Código de Processo Civil, como um dever de *colaboração*, no sentido de que “sem *mútua confiança* dificilmente se pode ver o processo como uma comunidade de trabalho”³²³.

Observa-se no parágrafo único do mencionado artigo que o descumprimento do inciso V constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, ou seja, além das sanções

³¹⁹ BRASIL, Código de Processo Civil.

³²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 179.

³²¹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil. vol 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 82.

³²² ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, p. 82.

³²³ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, p. 82.

civis, criminais e processuais, impõe ao litigante o pagamento de multa, não superior a vinte por cento do valor da causa.

Segundo Alexandre Freitas Câmara,³²⁴ “a existência de deveres das partes tem, como corolário lógico, a existência de uma responsabilidade das mesmas, a que se poderia chamar de *responsabilidade processual civil*”. Deste modo, a existência de deveres das partes constitui a existência de responsabilidade destas, chamada *responsabilidade civil processual*, a qual pode ser dividida em duas partes: a responsabilidade por dano processual e a responsabilidade pelas despesas processuais.

Sobre a primeira, dispõe o art. 16 do CPC/73 que “responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente”. Deste modo, a lei processual estabelece uma responsabilidade subjetiva, tendo em vista que exige um elemento volitivo, a má-fé, como requisito da responsabilização³²⁵.

Após, o art. 17 do CPC/73 descreve as condutas consideradas como litigância de má-fé. Como consequência, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, condenará o causador do dano a indenizar à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais as despesas processuais e os honorários advocatícios, além de multa não excedente a 1% sobre o valor da causa. No entanto, a indenização, a ser fixada imediatamente após a prática do ato punível, não excederá 20% sobre o valor da causa³²⁶.

Adiante, a regulamentação da responsabilidade pelas despesas processuais encontra-se a partir do art. 19 do CPC/73, a qual, somente por curiosidade de estudo, mas sem adentrar em maiores observações para não fugir do âmbito deste trabalho, estabelece que tal responsabilidade seria “um ônus de adiantar a verba necessária para a prática dos atos processuais, o qual recai sobre aquele que realiza ou requer a realização do ato no processo”³²⁷.

No atual art. 77 do Código de Processo Civil de 2015 algumas mudanças sobrevieram, dispondo a redação deste modo:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

³²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 181.

³²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 181.

³²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 181.

³²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, p. 182.

- IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;
- V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;
- VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.³²⁸

Pela simples comparação entre os artigos citados, observa-se que o Novo Código de Processo Civil retira o inciso II do art. 14 do Código de Processo Civil de 73 e acrescenta os incisos V e VI à redação do dispositivo.

Diante disso, indaga-se se a retirada do dever de lealdade e boa-fé das partes na relação processual não consistiria um erro do legislador ao dispor sobre essa seção. Tal indagação é errônea, pois o princípio da boa-fé foi contemplado pelo legislador em parte especial, no Capítulo I, das Normas Fundamentais do Processo Civil, no art. 5º, o qual versa que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

No entanto, mesmo que os deveres de lealdade e de boa-fé não estivessem mencionados expressamente no Código de Processo Civil observa-se que eles estão plasmados no rito processual “a orientar a boa postura dos sujeitos do processo, os quais devem sempre perseguir a tutela colimada, exercendo os direitos processuais que lhe são garantidos, em sua medida esperada e em seu exercício normal e legal”³²⁹. No entanto, resta observar os demais incisos acrescentados.

No inciso V observa-se um dever de natureza procedimental dos litigantes, no sentido de manter atualizados seus dados cadastrais sempre que houver qualquer alteração para que possam ocorrer intimações ao longo da demanda, aplicando-se o princípio do contraditório em ação.

No inciso VI, ao dispor que a parte não deve praticar inovações ilegais no estado de fato de bem ou direito litigioso, o legislador incorporou como dever o que já ocorria no instituto do atentado, antes previsto nos arts. 879, 880 e 881 do CPC de 1973 e agora representa dever processual.

Contudo, as mudanças mais significativas acerca dos deveres das partes e procuradores no Novo Código de Processo Civil estão previstas nos parágrafos do art. 77 e dizem respeito às punições correspondentes a cada inciso.

³²⁸ BRASIL, Novo Código de Processo Civil.

³²⁹ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 14.

Extraem-se dos parágrafos do art. 77 do NCPC:

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.

§ 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.

§ 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

§ 7º Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2º.

§ 8º O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar.³³⁰

Observa-se que diante das inúmeras possibilidades de caracterização de um desvio de finalidade ao cumprir com o dever processual houve uma rigorosidade maior da punição às condutas deflagradas como violadoras da boa-fé processual, isso porque há dois casos caracterizadores como ato atentatório à dignidade da justiça: o de não “cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e criar embaraços à sua efetivação” (inciso IV) e “praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso”.

Acerca do caso do inciso VI do art. 77, o litigante que “praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso” e não restabelecer a coisa ao estado anterior após a determinação do juiz ficará proibido de falar nos autos até a purgação do atentado e ainda ficará sujeito à aplicação da multa por ato atentatório à dignidade da justiça.

Assim, nos casos mencionados, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, o juiz, após ter advertido as partes, aplicará ao responsável multa de até 20% do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

³³⁰ BRASIL, Novo Código de Processo Civil.

Quando as partes empregam artifícios fraudulentos, ou mesmo servem-se do processo para faltar com o dever de verdade, o processo perde a finalidade que é a de dirimir o conflito entre elas³³¹.

Nesse sentido³³²:

Mas uma coisa é certa: a relação processual, quando se forma, encontra as partes conflitantes em uma situação psicológica pouco propícia a manter um clima de concórdia; e o processo poderia prestar-se, mais do que os institutos de direito material, ao abuso de direito. As regras condensadas no denominado princípio da lealdade visam exatamente a conter os litigantes e a lhes impor uma conduta que possa levar o processo à consecução de seus objetivos.

Com isso, demonstra-se o caráter punitivo no caso de descumprimento de provimentos mandamentais como os deveres das partes, pois fica bem representada a destinação da pena nesses casos: irá reverter para os cofres da União ou do Estado (art. 77, §3º, NCPC). Deste modo, a multa estipulada castiga aquele que se desviou da boa-fé, mas a ofensa é contra a autoridade estatal³³³.

No entanto, para algumas figuras no processo, as disposições a serem aplicadas são outras, conferindo o ordenamento jurídico tratamento apartado, como aquele que ocorre ao órgão do Ministério Público e ao juiz (arts. 85 e 133) e aos auxiliares do juízo, como os escrivães, oficiais de justiça e peritos (arts. 144 e 147)³³⁴.

Ao advogado, o Novo Código de Processo Civil disciplina a questão no § 6º do art. 77, o qual traz que “aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará”. Em outras palavras, aos advogados e membros da Defensoria Pública não se aplica a multa por ato atentatório à dignidade da justiça, tendo em vista que sua respectiva classe realizará a responsabilização profissional.

Sobre a tese de que aos advogados caberia a adoção da condenação da litigância de má-fé³³⁵.

³³¹ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 14.

³³² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.78.

³³³ PEREIRA, Hélio do Valle. Manual de Direito Processual Civil. 2.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 149.

³³⁴ PEREIRA, Hélio do Valle. Manual de Direito Processual Civil, p 151.

³³⁵ DIERLE Nunes; SILVA, Natanael Lud Santos. CPC Referenciado - Lei 13.105/2015. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015, p. 53.

Pela motivação das decisões que seguem a linha ora questionada verifica-se a tentativa de fazer vingar, *contrariamente ao direito positivo*, a legitimidade do uso do poder jurisdicional para penalizar advogados que, no exercício de sua atividade profissional, assumem, *na visão subjetiva do juiz*, postura atentatória à dignidade da jurisdição. Comumente o art. 14 do Código de Processo Civil é indicado porque dispõe serem deveres das partes, *e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*, proceder com lealdade e boa-fé. Para ser mais claro, há quem desenvolva o seguinte raciocínio: esse mesmo art. 14, com a nova redação que lhe foi confiada pela Lei 10.358/01, é posterior à regra constante do art. 32, parágrafo único, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), de modo que a primeira (norma posterior) teria revogado parcialmente a última (norma anterior). E por ser papel do juiz reprimir atos contrários à dignidade da justiça (art. 125, II, do CPC), a conclusão que daí sobressai para os defensores da tese é no sentido de que seria plenamente possível a condenação de advogados à multa por litigância de má-fé, até por força da interpretação conjunta do art. 14, *caput*, e art. 18, §1º, ambos do CPC.

Sublinha-se que o art. 32 do Estatuto da Advocacia estabelece que, em caso de lide temerária, poderá o advogado ser responsabilizado solidariamente com seu cliente, “desde que coligado com este para lesar a parte contrária”, fato este que será apurado em ação própria.

No entanto, a redação do Novo Código de Processo Civil é clara ao não autorizar o juiz a aplicação da multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição e pela condenação da litigância de má-fé aos advogados, os quais se sujeitam exclusivamente aos estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil.

Nota-se que a parte responde objetivamente pelos danos causados por seu advogado, ou seja, havendo a parte agido com má-fé, será penalizada, não há a necessidade de “comprovação de que houve culpa na contratação ou no acompanhamento do trabalho do causídico”³³⁶. Assim, mesmo que a falta seja do advogado, o artigo em questão é claro ao restringir a responsabilidade às partes como destinatárias e responsáveis pela litigância de má-fé, e não ao advogado³³⁷.

Faz-se somente uma observação para pontuar que “ao legislador não seria possível prever todas as diversidades de eventuais condutas fraudulentas ou que pudessem caracterizar excesso nos limites do exercício de um direito processual, deturpando as finalidades do processo e da lei”³³⁸. Assim, mais uma vez cabe ao juiz analisar se o ato processual foi extrapolado ou distorcido, devendo monitorar sua regularidade e legitimidade das condutas adotadas pelos sujeitos atuantes na demanda,

³³⁶ PEREIRA, Hélio do Valle. Manual de Direito Processual Civil, p. 151.

³³⁷ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 97.

³³⁸ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 16.

“cabendo a ele, por conseguinte, identificar e aferir eventual grau de anormalidade no exercício dos direitos, afastando os atos processuais produzidos com abusos e impondo sanções legais a quem produziu os atos atentatórios”³³⁹.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello³⁴⁰:

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, considerados os sucessivos pronunciamentos do STF (...), que o ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. Na realidade, o processo deve ser visto, em sua expressão instrumental, como um importante meio destinado a viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, achando-se impregnado, por isso mesmo, de valores básicos que lhe ressaltam os fins eminentes a que se acha vinculado. O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso do direito, pois essa é uma ideia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé – trate-se de parte pública ou privada – deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo.

Mais uma vez resta demonstrada a prejudicialidade dos atos abusivos tanto para uma relação jurídica processual em uma análise pormenorizada, mas também para o Estado, em uma visão sistêmica do instituto do abuso do direito.

2.5. Da litigância de má-fé

Visando dar efetividade aos deveres das partes, o Código de Processo Civil em seu art. 16 (atual art. 79, NCPC), estabelece que responderá “por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente”. E após, define os casos em que se configura a litigância de má-fé no ordenamento processual (art. 17, CPC; atual art. 80, NCPC), apontando as consequências devidas no art. 18 do CPC/73 (art. 80, NCPC).

Majoritariamente na doutrina, bem como na jurisprudência do STF (STF, 2ª Turma, AgRg em AgIn 251.316-4-MG, j. 23/11/1999), se estabeleceu que todos os casos de litigância de má-fé presentes no art. 17 do CPC se tratam de casos de abuso do processo³⁴¹. Isso porque os casos de ilícitos processuais tiveram origem na experiência prática a partir de casos de abuso do processo³⁴².

³³⁹ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 16.

³⁴⁰ Rcl 1723 AgR-QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2001, DJ 06-04-2001 PP-00071 EMENT VOL-02026-03 PP-00471.

³⁴¹ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 157.

³⁴² ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 107.

Desta forma, “o abuso do processo, embora independa de cláusula explícita descrita em lei, pode-se manifestar-se não só pelo emprego de meios e instrumentos em si mesmo desleais (casos tipificados de litigância de má-fé ou de atentado à dignidade da justiça), como também pelo *uso exagerado de meios que, em tese, nada tenham de ilícito*”³⁴³.

Assim, partindo do pressuposto do reconhecimento de que as hipóteses de litigância de má-fé são hipóteses de práticas abusivas, estabelece-se que o principal critério caracterizador presentes a ambas seria o desvio de finalidade³⁴⁴.

Como viu-se com o direito material, a simples violação à norma não se caracteriza abuso do direito, no direito processual também a violação de uma regra processual não se configura atuação abusiva processual³⁴⁵. Isso porque, sob influência do elemento do desvio de finalidade, “o abuso do processo não é toda e qualquer violação de regras processuais, mas apenas o exercício impróprio, incorreto ou desviado de uma situação processual de que é titular o agente do comportamento abusivo”³⁴⁶.

Assinala-se que a mera constatação do desvio de finalidade pode-se mostrar um critério demasiadamente rigoroso para caracterizar a abusividade do ato processual³⁴⁷. Assim, não precisa necessariamente o intérprete somente se valer do critério da aparência de legalidade e do desvio de finalidade para classificar o ato processual como abusivo, mas pode-se valer dos princípios basilares ou das cláusulas gerais como a boa-fé ou o devido processo legal (item 2.3).

Pode-se entender a lesividade do ato abusivo processual a partir dessas características³⁴⁸:

- i) o abuso do processo refere-se ao uso anormal ou incorreto da situações objetivas (faculdades, poderes, deveres e ônus) conferido ao sujeito processual;
- ii) tais situações são exercidas dentro de uma maior ou menor liberdade, consequência da conjunção dos limites legais impostos à conduta dos litigantes e das garantias constitucionais da legalidade e da liberdade;
- iii) o exercício dessa liberdade pode criar oportunidades para o abuso do processo;
- iv) o abuso do processo configura obstáculo à plena realização da instrumentalidade e dos escopos do processo.

³⁴³ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 108.

³⁴⁴ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 87.

³⁴⁵ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 87.

³⁴⁶ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 89.

³⁴⁷ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 93.

³⁴⁸ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 86.

Helena Najjar Abdo³⁴⁹, estabelece, além do critério do desvio de finalidade, algumas características que podem estar presentes na identificação do ato processual abusivo, como a *falta de seriedade do ato, a ilicitude e ilegitimidade do escopo visado pelo agente, a lesividade causada à administração da Justiça e a presença de dolo ou culpa*.

Resta, pois, examinar as hipóteses de litigância de má-fé presentes no art. 17 do atual Código de Processo Civil de 1973 que assim dispõe:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:
 I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
 II - alterar a verdade dos fatos;
 III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
 IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
 V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
 VI - provocar incidentes manifestamente infundados.
 VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.³⁵⁰

De acordo com a referência feita por Dierle Nunes e Natanael Silva³⁵¹ os antigos artigos 16 e 17 do Código de Processo Civil de 1973 são agora os artigos 79 e 80, respectivamente.

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:
 I. deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
 II. alterar a verdade dos fatos;
 III. usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
 IV. opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
 V. proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
 VI. provocar incidente manifestamente infundado;
 VII. interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.³⁵²

Pela simples leitura dos novos dispositivos vê-se que não houve alteração em suas redações.

Passo agora a estabelecer algumas diferenciações acerca de cada hipótese de litigância de má-fé presentes no Código de Processo Civil, atentando para o fato de que a cada uma dessas hipóteses deve estar presente o elemento do desvio de finalidade para sua caracterização no caso concreto.

Acerca do inciso I, “deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso”, trata-se de hipótese em que os fundamentos são apresentados em

³⁴⁹ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 94.

³⁵⁰ BRASIL, Código de Processo Civil.

³⁵¹ DIERLE Nunes; SILVA, Natanael Lud Santos. CPC Referenciado - Lei 13.105/2015. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015, p. 53/54.

³⁵² BRASIL, Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

“total falta de sintonia com a letra da lei, contrariando-a, sendo desnecessária a intenção malévola para a sua caracterização, bastando que ao homem de cultura mediana seja possível conhecê-la”³⁵³.

Também pode-se conceber que se trata de um abuso *macroscópico* do processo ou um abuso relativo à tutela jurisdicional globalmente considerada, pois o legislador tratou de considerar o impedimento para o uso irregular das situações objetivas processuais tanto na pretensão quanto na defesa³⁵⁴.

O inciso também não se configura quando há casos de interpretação da lei ou de discussão nos tribunais, mas quando “a verdade que lhes funda é inquestionável, de conhecimento comum das partes ou quando em confronto com outros fatos, estes se tornam incontrovertidos, sendo inadmissível outro que os contrariem”³⁵⁵.

No inciso II, que trata sobre “alterar a verdade dos fatos”, o legislador não quis cercear o uso da ação judicial ou meios de defesa como direito das partes, próprios das alegações que cada parte faz para provar sua controvérsia, mas condena “a manipulação da mentira como arma processual tendente a afastar a verdade e deformar a vontade judicial”. Tal inciso serve como orientação para um comportamento no processo sem que a justiça seja deformada, e, quando o litigante procede apartando a verdade, atua voluntariamente e com consciência de sua existência, denotando-se o dolo na sua conduta³⁵⁶.

Acerca de “usar o processo para conseguir objetivo ilegal” (inciso III) a parte tem, como real e oculta pretensão, um pedido que guarda a aparência de legal³⁵⁷. Como exemplo citam-se os casos de colusão das partes para servirem do processo para ato simulado ou conseguir fim proibido por lei (art. 129, CPC/73; art. 142, NCPC/15), mas, no entanto, a redação do art. 17, III, prescinde do conluio³⁵⁸.

Quando a parte “opuser resistência injustificada ao andamento do processo” (inciso IV), incidirá sobre ela a conduta da litigância de má-fé ao passo que se deve “evitar que as partes tomem providências inúteis, desnecessárias à realização do

³⁵³ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 111.

³⁵⁴ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 158.

³⁵⁵ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 112.

³⁵⁶ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 113.

³⁵⁷ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 114.

³⁵⁸ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 160.

contraditório, mas que, ao contrário, objetivam motivos ilegítimos, visando ao retardamento da prestação jurisdicional, consistente em ato comissivo ou omissivo”³⁵⁹.

Também, a hipótese caracterizadora desse comportamento se configura quando há o abuso dos meios processuais colocados à disposição dos litigantes, na medida em que as atitudes tendem à dificultar, embaraçar ou procrastinar a marcha processual do feito³⁶⁰, podendo tal comportamento ser comissivo (parte que se ausenta do domicílio para evitar intimação) ou omissivo (parte que não comparece à audiência causando o adiamento)³⁶¹.

No inciso V, trata-se do caso de “proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo” e se revela quando “o comportamento imprudente, precipitado, impensado do litigante, que cerceia o exercício do adversário, frustra o andamento normal do contraditório, ou se utiliza dele para exposição danosa ou vexatória, apesar de dispor de outros meios para atingir o resultado”³⁶².

A conduta reputada como temerária há de ser veiculada mediante o exercício aparentemente legal de uma situação subjetiva processual, na medida em que a temeridade costuma ser identificada a partir do elemento subjetivo (dolo ou culpa) ou com as figuras de malícia, audácia, mentira ou deboche³⁶³. Assim, a conduta temerária pode ser identificada com a culpa grave, a qual se traduz como uma conduta imprudente, inopinada ou de alguma forma leviana adotada pelo litigante³⁶⁴. Como exemplo, tem-se a produção de provas inúteis ou a oitiva de testemunha que nada contribuem para o desfecho da lide.

Na hipótese de “provocar incidentes manifestamente infundados” (inciso VI) o litigante retarda alguma etapa do processo, protelando a lide e a prolação da sentença. Para a configuração, “irrelevante o fim que visou o litigante, importante apenas o cometimento infundado do incidente”³⁶⁵.

Assim, o inciso VI cuida da hipótese de incidente suscitado sem razão, ou com a manifesta falta da razão, pois trata-se da ausência de “quaisquer elementos objetivos

³⁵⁹ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 115.

³⁶⁰ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 160.

³⁶¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de direito. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, p. 28.

³⁶² ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 116.

³⁶³ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 162.

³⁶⁴ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 163.

³⁶⁵ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 117.

que possam fazer supor no litigante a convicção sincera, embora errônea, de ter razão”³⁶⁶. Tal ato suscitado pela parte pode ser uma arguição de falsidade, exceção de incompetência, impedimento, suspeição, etc.

Quando a parte “interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório” deve-se ter um cuidado no que diz respeito ao respeito do duplo grau de jurisdição, pois, em tese, visa o recurso o reexame da matéria, a fim de invalidar ou reformar, total ou parcialmente, o julgado. Porém, quando o recurso se mostra propenso a somente protelar a realização do direito, deve seu exercício ser coibido pelo propósito da celeridade da demanda³⁶⁷.

A despeito de que tal exame quando à aferição do recurso como protelatório depender da subjetividade do juiz, José Carlos Barbosa Moreira³⁶⁸ traz a caracterização por meio de critérios objetivos: “i) razões recursais inovatórias e discussão de matéria preclusa; ii) razões recursais dissociadas da decisão impugnada; iii) falta de interesse de agir; iv) ausência de requisitos de admissão do recurso, e; v) repetição de argumentos recursais ao mesmo órgão prolator da decisão impugnada”.

Contudo, há situações que não são enquadradas no rol de hipóteses caracterizadoras da litigância de má-fé do Código de Processo Civil e que mesmo assim possam ser enquadradas como vulneradoras do regime de probidade processual. Nestes casos, não se afasta a aplicação geral do art. 186 do Código Civil, podendo a parte lesada “postular a reparação de danos pelos mecanismos processuais próprios, ainda que nos autos da ação primitiva esse exato aspecto não tenha sido debatido”³⁶⁹.

2.6. Dos atos atentatórios à administração da justiça

Como já se ressaltou, o presente estudo visa particularmente a disciplina do abuso do direito no processo civil e dos casos de litigância de má-fé, encontrados, sobretudo, no processo de conhecimento.

No entanto, faz-se um pequeno adendo aos casos de ato atentatório à administração da justiça no processo de execução, sem que tal mergulho tenha a pretensão exaustiva que em outro estudo caberia.

³⁶⁶ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 163.

³⁶⁷ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 117.

³⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de direito, p. 117.

³⁶⁹ PEREIRA, Hélio do Valle. Manual de Direito Processual Civil, p. 152.

Costuma-se afirmar que a execução seria um dos campos mais propícios para a prática do abuso tanto cometido por parte do exequente quanto do executado³⁷⁰.

Desta feita, o Código, no processo de execução, também reprime atos de improbidade mediante a imposição de multa de até 20% do valor atualizado do débito em execução, nele abarcados os juros, cláusula penal e correção monetária.

Humberto Theodoro Júnior³⁷¹ esclarece que:

Além disso, a principal medida no combate à fraude à execução consiste na *ineficácia* do ato de disposição, pena que o art. 592, inciso V, do CPC, aplica quando o devedor desvia a coisa devida, ou torna-se insolvente, privando a atividade jurisdicional do bem sobre o qual teria de apoiar-se para realizar a responsabilidade patrimonial.

O processo de execução traz algumas regras próprias quanto à litigância de má-fé, de acordo com os aperfeiçoamentos trazidos pela Lei 11.382/2006, tais como os arts. 600 e 601 do CPC:

Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que:

I - frauda a execução;

II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

IV - intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.³⁷²

Art. 601. Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução.

Parágrafo único. O juiz relevará a pena, se o devedor se comprometer a não mais praticar qualquer dos atos definidos no artigo antecedente e der fiador idôneo, que responda ao credor pela dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios.³⁷³

Para Humberto Theodoro Júnior³⁷⁴, todos esses comportamentos descritos no art. 600 do CPC enquadram-se nos moldes do art. 17, “mas foram individuados para melhor aplicação aos fatos típicos do processo executivo”. No entanto, para Helena Najjar

³⁷⁰ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 221.

³⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p. 62.

³⁷² BRASIL, Código de Processo Civil.

³⁷³ BRASIL, Código de Processo Civil.

³⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p. 61.

Abdo³⁷⁵ nem todas as hipóteses descritas no art. 600 do CPC se configuram como abuso do processo, pois faltariam elementos caracterizadores do abuso, como no caso da fraude à execução, “pois lhe falta a característica de ter sido praticada mediante o exercício de uma situação subjetiva processual”.

Quanto às previsões dos demais incisos, a referência à resistência presente no inciso III diz respeito àquela *injustificada*, não a legalmente prevista, pois a simples utilização de meios previstos não poderá ser considerada abusiva ou atentatória. Ademais, a resistência às determinações judiciais (inciso III) “deve se materializar em *recusa e atos formais*”³⁷⁶. Ademais, o dever indicado no inciso IV diz respeito ao executado “não esconder ou desviar bens para evitar o ato constrictivo”³⁷⁷.

No Novo Código de Processo Civil os atos atentatórios à dignidade da justiça estão dispostos dessa maneira:

Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

I - frauda a execução;

II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III - dificulta ou embaraça a realização da penhora;

IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.³⁷⁸

Diante das hipóteses trazidas pela nova redação, vê-se que a mudança ocorreu somente quanto ao prazo do inciso V, o qual o juiz arbitrará o número de dias suficientes para o executado indicar quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora.

Ademais, quanto à sanção, esta permanece inalterada, devendo o juiz fixar a multa não superior a 20% do valor atualizado do débito na execução. Nota-se que o art. 601 foi incorporado pelo parágrafo único do art. 774 do Novo Código de Processo Civil e que foi suprimido o parágrafo único do art. 601.

³⁷⁵ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 224.

³⁷⁶ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 225.

³⁷⁷ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 225.

³⁷⁸ BRASIL, Novo Código de Processo Civil.

Denota-se a acentuada preocupação do legislador em assentar a teoria do abuso do direito no sentido de reprimir seu abuso por todo o processo, estendendo-a, dessa forma, para o processo de execução³⁷⁹.

Desse modo, vê-se que as sanções encontram-se dispersas por todo o Código, em todos os tipos de processo, não havendo um leque suficiente para conter os inumeráveis casos de atos abusivos.

2.7. Análise da culpa ou dolo do agente na litigância de má-fé

Para os casos de abuso do direito a responsabilidade deve primeiramente pautar-se nos elementos necessários à responsabilização civil prevista no Código Civil. Como já exposto no primeiro capítulo, dentre os pressupostos da obrigação de reparar o dano estão: a ação ou omissão do agente, o dano e a relação de causalidade.

A ação ou omissão do agente verifica-se quando se identifica a conduta que deu causa ao evento danoso³⁸⁰.

Sobre a conduta do agente, o civilista expõe³⁸¹:

A conduta do agente causador do dano impõe-lhe o dever de reparar não apenas quando ocorre infringência a um dever legal (ato praticado contra o direito), mas também quando seu ato, embora sem infringir a lei, foge da finalidade social a que ela se destina. Este último é o caso da teoria do abuso do direito, sobre a qual estamos tratando.

Quanto à relação de causalidade, define-se como a imputação ao agente, da sua conduta ou omissão, ao resultado, ou seja, o dano³⁸².

Outro elemento é o dano. Este seria a prática de um ato ilícito que traz algum prejuízo para a vítima, sendo que o prejuízo é ocasionado pela diminuição de um bem jurídico qualquer do lesado³⁸³.

O dano, para Caio Mário da Silva Pereira³⁸⁴ é entendido como “toda ofensa a um bem jurídico”. No caso do dano em sede de abuso do direito, o tema já foi tratado em item anterior (1.8), o qual ilustra a indispensabilidade do dano em face da responsabilidade civil, mas demonstra que, sob o ponto de vista processual, qualquer

³⁷⁹ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 168.

³⁸⁰ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, p. 134.

³⁸¹ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, p. 134.

³⁸² CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, p. 148.

³⁸³ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, p. 134.

³⁸⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil, p. 53

conduta que tenha originado a caracterização do abuso do direito gera um prejuízo para as partes dentro da relação processual.

Para o abuso do processo, tais elementos também estão inseridos na conduta do agente ou, como nos casos dispostos no art. 14 ou art. 17 do Código de Processo Civil, que se verá adiante, a obrigação de reparar o dano é medida que se impõe.

A peculiaridade do abuso do direito no processo, no entanto, se deve ao fato de que praticamente todos os comportamentos incorretos dos sujeitos processuais consistem em atos abusivos³⁸⁵, pois encontram-se revestidos dos elementos básicos do abuso, como já vistos: a aparência de legalidade, o desvio de finalidade e o exercício de uma situação jurídica subjetiva (poder, dever, ônus ou faculdade).

De tal modo, a repressão ao abuso do direito processual abarca não somente a responsabilidade civil destinada a reparar o dano causado ao outro sujeito, mas uma responsabilidade processual no sentido de haver um desvirtuamento dos fins do processo, ainda que o ato cause dano apenas ao Estado no exercício da jurisdição³⁸⁶.

Sob as vestes da responsabilidade processual a teoria do abuso do direito tem também as mesmas características da responsabilidade civil tradicional, pois aplicam-se os princípios e regras desta ao processo. Desta forma, a distinção entre a responsabilidade civil e a processual é mais o meio pelo qual o dano é provocado, se de uma situação de direito material ou de um dano derivado do processo³⁸⁷.

Dessa forma, sustenta Humberto Theodoro Júnior³⁸⁸ que o abuso do direito pode ocorrer até mesmo em causas sem valor econômico, bem como a má-fé pode comprometer a lisura ética de causas com litígio patrimonial, mas “não será pela ausência de prejuízo patrimonial direto que o agente de má-fé deixará de ser punido pelo atentado cometido, que atinge, acima de tudo, a dignidade da justiça”.

Assim, discorre que “a característica que diferencia o abuso de direito privado do de direito processual está justamente no fato de que, no último caso, o principal ofendido não é a parte, mas a justiça, atingida que é em sua dignidade”³⁸⁹.

Tal dano pode ser passível de aferição em valores pecuniários ou pode ser um dano que diz respeito à indenização de caráter moral.

³⁸⁵ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 108.

³⁸⁶ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 15.

³⁸⁷ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 110.

³⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p. 56.

³⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p. 57.

Sobre essa forma de reparação, Inacio de Carvalho Filho³⁹⁰:

Enquanto no caso dos danos materiais a reparação tem como finalidade repor as coisas lesionadas ao seu *status quo ante* ou possibilitar à vítima a aquisição de outro bem semelhante ao destruído, o mesmo não ocorre, no entanto, com relação ao dano eminentemente moral. Neste é impossível repor as coisas ao seu estado anterior. A reparação, em tais casos, reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada pelo consenso do juiz, que possibilite ao lesado uma satisfação compensatória da sua dor íntima.

Assim, admite-se o dano moral decorrente de abuso do direito processual como consagrado pelo art. 5º, V e X, da Constituição Federal e, depreende-se que o legislador garante o dano moral na ordem substancial pelo inciso X, atribuída como faculdade ao cidadão, e na ordem forma, pelo inciso V, conferida como poder ao Estado em atribuir responsabilização por dano moral em caso de dano processual³⁹¹.

Cabe, entretanto, ao juiz, caso a caso, analisar se o dano causado pelo ato abusivo da parte afetou a vítima em circunstâncias tais que lesou sua personalidade, sua honra, sua integridade psíquica, seu bem-estar-íntimo, etc.³⁹². Assim, é indiscutível que o dano moral é indenizável e que a aferição de suas consequências varia de acordo com o específico prejuízo no caso concreto³⁹³. Também a mera circunstância de restar o direito sem satisfação durante o longo trâmite processual é passível de causar dano tendo em vista a excessiva duração do processo e a demora na prestação jurisdicional³⁹⁴.

O art. 186 do Código Civil também deixa claro que pode haver situações em que a conduta do agente viole direito e cause danos à outrem “ainda que exclusivamente moral”, configurando ato ilícito.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves³⁹⁵, ao conceituar o dano moral assevera que:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Demonstra-se que “por qualquer ângulo que se analisa a questão o abuso do processo *sempre* provoca danos, tanto de caráter patrimonial como moral, quer em relação ao particular ou ao próprio Estado”³⁹⁶.

³⁹⁰ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, p. 145.

³⁹¹ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 165.

³⁹² CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, p. 178.

³⁹³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil, p. 58.

³⁹⁴ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 124.

³⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, p. 359.

Já foi tratada também a regra geral do art. 186 do Código Civil quanto ao dolo ou culpa do agente, para, todo “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral”, fica obrigado a reparar o dano.

Diante dessa regra geral de responsabilidade subjetiva a demonstração de culpa é de todo necessária. No entanto, há casos específicos em que a culpa é presumida, cabendo, então, ao agente provar que não agiu com culpa, como nos casos em que há inversão do ônus da prova diante da responsabilidade objetiva. Nesses casos, não haveria lógica em exigir da vítima a comprovação de culpa do agente, pois poderia incorrer em diversas situações em que a vítima seria deixava irressarcida³⁹⁷.

Em tais condições, para a ocorrência da obrigação de reparar um dano, ocasionado por uso abusivo do direito, basta a demonstração da contrariedade da conduta com os fins sociais e econômicos, boa-fé e bons costumes, não havendo necessidade da intenção de lesar ou simples culpa³⁹⁸.

Cabe aqui uma pequena diferenciação quanto aos casos de culpa ou dolo no abuso do direito e no abuso do direito processual civil. Enquanto no abuso do direito, como já tratado, a caracterização não decorre da intenção do agente, ou seja, não se leva em conta critérios subjetivos como o dolo ou culpa na prática da conduta, no abuso do direito processual pode haver situações em que a culpa ou dolo do agente está estritamente ligado às situações descritas no art. 17 do CPC/73 (atual art. 80 do CPC/15).

Não que a culpa ou dolo sejam elementos caracterizados do abuso do direito processual, mas que, nos casos tratados no art. 17 do CPC, algumas hipóteses decorrem da intenção do agente em causar dano à vítima.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior³⁹⁹, todos os casos dispostos nos incisos do art. 17 implicam conduta intencional (má-fé), “cabendo ao juiz apreciar a configuração da malícia, segundo os elementos concretos da causa e as condições pessoais do litigante”. Ressalva-se a opinião do jurista no que diz respeito às “condições pessoais do litigante”, pois, como já se viu, Humberto Theodoro Júnior é adepto da

³⁹⁶ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 126.

³⁹⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, p. 135.

³⁹⁸ CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil, p. 43.

³⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p. 48.

concepção subjetiva do abuso do direito, na qual o elemento subjetivo da conduta é determinante para a configuração do abuso.

Para Humberto Theodoro Júnior⁴⁰⁰, o legislador, ao optar por qualificar a parte que comete abuso como “litigante de má-fé” e não como “litigante temerário”, deixa claro que no Código de Processo Civil se optou pela punição da conduta dolosa e não apenas da culposa. Dessa forma, como a conduta de má-fé pressupõe um elemento subjetivo, uma intenção malévola, só se deve punir a conduta lesiva quando inspirada na intenção de prejudicar⁴⁰¹.

José Carlos Barbosa Moreira⁴⁰², no entanto, entende que a descrição dos tipos do art. 17 do CPC ora inclui o elemento subjetivo, ora o exclui, pois a lei expressamente exige em alguns casos a atitude psicológica do agente na responsabilização e em outros dispensa tal indagação, bastando somente a verificação objetiva do tipo legal.

Também já foi observado que os casos de abuso do direito estão longe de ser taxativos e que, mesmo que haja previsão legal da litigância de má-fé e das condutas que caracterizam ato atentatório à dignidade da justiça, o abuso do direito em inúmeras vezes não está positivado pelo legislador.

Diante disso, mister se faz a constatação de que os casos de abuso do direito não são categóricos e que, por mais que haja hipóteses na litigância de má-fé que se observem o dolo do agente, um fenômeno está totalmente dissociado do outro. Isso porque a análise do magistrado deve ocorrer caso a caso, no momento que se observe um intuito ou se verifique o dano no sentido de causar à parte contrária prejuízo processual, o abuso do direito processual está caracterizado.

É também bastante comum “o recurso à boa-fé para tentar explicar a questão da necessidade ou desnecessidade de aferição do elemento subjetivo em sede de abuso do processo”⁴⁰³. Também se valoriza a boa-fé como critério caracterizador do abuso do processo na medida de sua ausência diante da conduta, conforme estudo de Judith Martins-Costa adiante (item 3.2).

O art. 17 do Código de Processo Civil já citado, ao enumerar os casos de litigância de má-fé, mostra que o litigante deve ter uma conduta intencional de burlar a lealdade e a boa-fé processuais, devendo o juiz, caso a caso, avaliar o exercício

⁴⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p 56.

⁴⁰¹ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869. 11 de janeiro de 1973). Vol. 1, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 171.

⁴⁰² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de direito, p.26.

⁴⁰³ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 120.

subjetivo da má-fé por parte do titular. Porém, uma vez que o ordenamento brasileiro optou pelo critério objetivo finalístico do âmbito do abuso do direito (item 1.5), é possível observar que o mesmo critério deverá ser adotado para o abuso cometido no âmbito de uma relação jurídica processual⁴⁰⁴.

Ocorre que normalmente o dolo ou a culpa estão acompanhados da conduta abusiva e há casos em que o desvio de finalidade se dá com a investigação da conduta do agente. Sobre a prescindibilidade do elemento subjetivo, Helena Najjar Abdo⁴⁰⁵:

A opção pelo critério objetivo não corresponde, todavia, à afirmação de que a conduta processual abusiva deva ser totalmente desprovida de qualquer caráter doloso ou culposo. Ou seja, eventual dolo ou culpa pode ou não estar presente no ato cometido por qualquer dos sujeitos processuais, sem que isso retire da conduta o seu caráter abusivo. O que a lei dispensa é a *perquirição do elemento subjetivo* no caso concreto.

A intenção de causar dano ao outro litigante no exercício de atividades no processo é também analisada por Celso Agrícola Barbi⁴⁰⁶ como sendo a conduta lesiva inspirada para prejudicar a outra parte, podendo ser de difícil compreensão e análise, o que leva, muitas vezes, ao impedimento de uma repressão da má-conduta das partes.

Diante do elenco do art. 17, Humberto Theodoro Júnior⁴⁰⁷ também compreende que há situações em que se torna difícil caracterizar o dolo do agente e, por isso, em alguns incisos o legislador omitiu a referência à *intenção* do agente, “autorizando a presunção de má-fé a partir de análise objetiva da ocorrência”.

Sobre a diferenciação entre a má-fé e a culpa grave, Celso Agrícola Barbi⁴⁰⁸ expõe que a lei brasileira não as distingue, porém inclui hipóteses em que haveria a necessidade da intenção malévola e outras em que tal intenção é dispensada, exigindo somente a culpa grave ou erro grosseiro. Como exemplos, o autor traz a necessidade da intenção de má-fé do agente no inciso III do art. 17 do Código de Processo Civil, e da desnecessidade, configurando como culpa grave, os incisos I e VI do mesmo artigo.

Uma análise pormenorizada de cada inciso do art. 17 do Código de Processo Civil é fundamental para entender a distinção entre tais elementos subjetivos, quais sejam: a má-fé e a culpa grave.

Acerca da primeira hipótese reveladora da má-fé, a dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso da lei deve ser entendida como uma “sustentação jurídica

⁴⁰⁴ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 121.

⁴⁰⁵ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 121.

⁴⁰⁶ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 123

⁴⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p. 56.

⁴⁰⁸ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 124

sabidamente impertinente, conscientemente feita ao desabrigo do ‘direito’ – não da ‘lei’” e, ainda, o fato incontroverso aborda as hipóteses do art. 334 do CPC, que é “aquele a respeito do qual não houve impugnação, pela confissão ou pela admissão”⁴⁰⁹.

Segundo Celso Agrícola Barbi⁴¹⁰ no inciso I do art. 17 do Código de Processo Civil se denota a existência de culpa grave, assimilada pela má-fé, pois o litigante deduz “pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso”, restando dispensada a intenção de causar o dano.

Observa também que se há uma interpretação diversa da lei pelos Tribunais ou pela doutrina, ou mesmo quando não houver jurisprudência pacífica a respeito da matéria, “não se pode negar à parte o direito de pleitear uma interpretação que lhe parece a mais correta e favorável à sua causa”⁴¹¹.

No inciso II do mesmo artigo, a lei trata da hipótese de o litigante “alterar a verdade dos fatos”, como no caso da parte alegar sua inexistência apesar de existir. Trata-se de caso em que o elemento subjetivo é indispensável, pois a intenção do agente é de dissuadir o magistrado quanto à verdade dos fatos e, se o faz por erro, não se configuraria a má-fé⁴¹².

O inciso III aborda o fato do litigante “usar do processo para conseguir objetivo ilegal”, conduta esta somente possível se a real intenção agente é burlar a finalidade do processo⁴¹³.

Já o inciso IV cuida da “resistência injustificada ao andamento do processo”. Normalmente tal fato se dá quando as partes, por vezes o réu, têm interesse em retardar o andamento do processo e protelar sua solução, configurando outro caso de má-fé processual⁴¹⁴.

De modo geral, não se pode opor à normal fluência do processo, criando incidentes infundados ou até recorrendo indevidamente. Citam-se como exemplos os casos que a parte alega a suspeição do magistrado para levar à suspensão do processo, quando faz impugnação ao valor da causa ocorrendo um transtorno desnecessário ao andamento do feito, quando requer a produção de provas impertinentes ou a anexação

⁴⁰⁹ PEREIRA, Hélio do Valle. Manual de Direito Processual Civil, p. 152.

⁴¹⁰ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 124.

⁴¹¹ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 125.

⁴¹² BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 125.

⁴¹³ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 125.

⁴¹⁴ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 126.

de volumosos e inúteis documentos, apenas para dar aparência de complexidade ao feito⁴¹⁵.

O inciso V do art. 17 do Código de Processo Civil reprime a conduta temerária em qualquer incidente ou ato do processo, podendo esta se manifestar tanto por dolo ou culpa.

Sobre a temeridade por dolo, Celso Agrícola Barbi⁴¹⁶ explica que esta “se traduz na consciência da própria sem-razão, por quem sustenta ter razão, quando o litigante espera ganhar a demanda mais por erro do juiz do que pela verdade da causa”. Já, no entanto, “a temeridade por culpa existe quando a parte não pondera suficientemente sobre as razões de sua pretensão, mas não basta qualquer culpa, é preciso que ela seja grave”.

Versa o inciso VI sobre a má-fé da parte que provocar “incidentes manifestamente infundados”. Deste modo, a lei não exige o elemento subjetivo, intencional, bastando o juiz entender que a falta de fundamento na provocação do incidente existe, caracterizaria litigância de má-fé.

Encerrando o rol do art. 17 do Código de Processo Civil, dispõe o inciso VII sobre a interposição de “recurso com intuito manifestamente protelatório”. Como já mencionado, sob pena de tornar inócuo o princípio constitucional do contraditório, a aplicação da pena por litigância de má-fé na hipótese em que a legislação processual assegura à parte sucumbente a faculdade de manifestar recurso, cuja interposição, por si só, não consubstancia conduta desleal e atentatória ao normal andamento do processo. Assim, pautando-se no critério subjetivo, a má-fé dependerá da apreciação do juiz, exigindo-se, na maioria das vezes, a existência de culpa grave⁴¹⁷.

Sintetizando a investigação da intenção do agente nos casos do art. 17 do CPC, Helena Najjar Abdo⁴¹⁸:

No que diz respeito ao processo civil brasileiro, o critério do dolo ou culpa pode ser conveniente para identificar o desvio de finalidade em algumas situações de abuso, como as previsões dos arts. 273, II (manifesto propósito protelatório do réu), e 17, IV (oposição de resistência injustificada ao andamento do processo), do CPC, em que os vocábulos “propósito” e “oposição” estão a indicar a conduta dolosa do sujeito. Todavia, em outras hipóteses, como a do art. 17, I (dedução de pretensão contra texto expresso de lei ou fato incontroverso), o Código dispensa a verificação do dolo ou culpa, bastando, para tanto, que a parte tenha agido com culpa leve, ou seja, sem a

⁴¹⁵ PEREIRA, Hélio do Valle. Manual de Direito Processual Civil, p. 152.

⁴¹⁶ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 127.

⁴¹⁷ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 119.

⁴¹⁸ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 121.

devida cautela, mediante negligência, imprudência ou mesmo imperícia, ao ponderar a viabilidade de sua pretensão ou defesa relativamente ao direito positivo e a fatos incontroversos.

Denota-se que em todas essas hipóteses exigia-se mais do que a situação descrita em lei, pois estava implícita à conduta recriminada um propósito obscuro, uma ofensa à boa-fé objetiva⁴¹⁹. Assim sendo, não há a necessidade de dolo propriamente como uma conduta voltada somente a prejudicar outro litigante, “mas é necessária, no mínimo, a leviandade, a inconsideração. Em outros termos, exige-se pelo menos a *culpa grave*, que engloba o *erro grosseiro*”, sendo que sob tal perspectiva, ultrapassa-se o limite da razoabilidade⁴²⁰.

Em suma, Humberto Theodoro Júnior⁴²¹ expõe que:

O abuso de direito processual, configurado pelo Código brasileiro, pressupõe má-fé, normalmente dolo, e às vezes culpa grave equiparável ao dolo. De qualquer maneira o ato de má-fé tem de destinar-se a procrastinar o processo, dificultar a atuação da parte contrária, falsear a realidade e comprometer a justa e profícua composição da lide. Deve apresentar-se, pois, como quebra do princípio da *probidade processual*.

Para Hélio do Valle Pereira, não se exige nas hipóteses do art. 17 do CPC (atual art. 80, NCPC), que haja a prova direta da má-fé, a qual normalmente será revelada por indícios, tendo em vista que a boa-fé é presumida⁴²².

No entanto, para Helena Najjar Abdo⁴²³, deve necessariamente haver uma efetiva prova da existência do abuso, pois sem esta não se pode impor qualquer condenação ao sujeito processual, “sob pena de violação, igualmente, às garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa”.

Assim, não bastaria somente a afirmação genérica da ocorrência do abuso, mas deve haver a prova do desvio de finalidade de que se valeu a parte, tendo em vista que vigora no processo civil a presunção da boa-fé a qual, entretanto, é *iuris tantum*, ou seja, admite prova em contrário. Assim, o abuso depende de provas e o ônus da coleta das provas dependerá daquele que alega a ocorrência do abuso⁴²⁴.

No entanto, quando a prova do abuso mostrar-se extremamente árdua, admite-se que o juiz possa abrandar a rigidez do ônus da prova na medida em que a parte não precisaria comprovar a ausência de motivo ou interesse *legítimo* da prática do ato pelo

⁴¹⁹ PEREIRA, Hélio do Valle. Manual de Direito Processual Civil, p. 152.

⁴²⁰ PEREIRA, Hélio do Valle. Manual de Direito Processual Civil, p. 152.

⁴²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p. 56.

⁴²² PEREIRA, Hélio do Valle. Manual de Direito Processual Civil, p. 153.

⁴²³ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 171.

⁴²⁴ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 173.

outro litigante, mas poderá provar a existência de um motivo *ilegítimo*, como nos casos em que o credor opta pela utilização de um meio mais gravoso na execução para o devedor (art. 620, CPC; art. 805, NCPC).

Ademais, como se verá adiante, o juiz dispõe de vários meios para a identificação da prova do abuso, como os poderes instrutórios (art. 130, CPC; art. 370, NCPC) ou das máximas experiências (art. 335, CPC; art. 375, NCPC), o que se justifica pelo caráter publicístico do processo e da lesividade que o abuso representa para a administração da justiça ⁴²⁵.

⁴²⁵ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 174.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL PROCESSUAL

Como analisado até o momento, o Direito Processual Civil evoluiu para a abrangência de situações que caracterizam o abuso do direito nas relações processuais.

Transpondo-se conceitos e apreciações do direito material, a teoria do abuso do direito processual transpassa a mera análise da litigância de má-fé e dos atos atentatórios à dignidade da justiça e, em determinadas ocorrências não existentes no rol exemplificativo dos artigos acerca da matéria, verifica-se o abuso, fato que somente poderá ser caracterizado no decurso da lide pelo magistrado.

Deste modo, a difícil tarefa do magistrado em caracterizar os casos processuais passíveis de punição do abuso do direito deve levar em consideração o disposto no art. 187 da legislação civil, o qual engloba diversos princípios, (itens 1.6 e 2.3).

Partindo desse pressuposto é necessário avaliar a importância dos princípios na formação da teoria do abuso do direito, pois, somente com eles analisa-se a finalidade social do direito e a efetiva tutela jurisdicional requerida.

Ademais, a consequência da prática de um ato abusivo, seja no âmbito material, seja processual, é a imposição de uma sanção ao responsável pela conduta abusiva.

O terceiro e último capítulo tratará das consequências e das possíveis punições aos litigantes que agirem em desconformidade com a boa-fé e a lealdade processual, maliciosamente ou não e, em que casos serão aplicáveis às sanções e os efeitos da litigância de má-fé ou do abuso do direito.

Adianta-se que as sanções e providências do abuso do direito processual encontram-se espraiadas ao longo do Código, em todos os tipos de processo, não representando, porém, suficientes para conter as inumeráveis formas abusivas de atuação que se utilizam os sujeitos do processo para desviar o processo de seu verdadeiro escopo.

Ainda trataremos sobre uma árdua tarefa dentro da seara processual: se existem critérios para a identificação do abuso do direito processual e se, averiguadas tais circunstâncias, pode-se recorrer a uma prevenção do abuso processual.

Desta forma, as medidas preventivas do abuso do processo serão impostas pelo magistrado, tendo em vista que ele detém uma gama de poderes e deveres de zelar pela dignidade da justiça.

3.1. Reparação de danos e sanções processuais aplicadas

Para Fernando Noronha⁴²⁶, os pressupostos da responsabilidade civil são: o dano, o cabimento no âmbito de proteção de uma norma (o dano verificado seja resultado da violação de um bem protegido), o fato gerador (ação ou omissão humana que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas consequências), o nexo de causalidade (danos possam ser juridicamente considerados causados pelo ato ou fato) e nexo de imputação (por se dever à atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela). No entanto, admite que normalmente, a doutrina e na jurisprudência, são três somente os requisitos: o dano, o nexo de imputação e o nexo de causalidade.

Desse modo, não se difere o dano causado por abuso do direito (art. 187) em relação ao dano causado por ilícito culposo (art. 186), quanto aos pressupostos do dever de indenizar. Mais do que isso, a imputação objetiva da responsabilidade que decorre do art. 187 exclui a culpa e indica o responsável do exercício abusivo como o “titular do direito” que ultrapassou os limites da lei⁴²⁷.

No entanto, a lesão aos direitos acarreta ao agente a responsabilidade de reparação pelos danos causados, por meio da reparação, mas, no âmbito processual, além de se configurar essa responsabilidade civil destinada a reparar o dano causado aos indivíduos, existe também a responsabilidade processual, “que se destina a reparar o dano causado aos indivíduos e ao Estado, sempre que ocorrer qualquer ato que desvie o processo de seus escopos teleológicos”⁴²⁸.

Dessa forma, na responsabilidade civil não há reparação sem dano, mas na responsabilidade processual o agente poderá ser responsabilizado mesmo que sua atuação não tenha trazido prejuízo à parte contrária, mas seu ato lesivo foi cometido em prejuízo ou detrimento da administração da Justiça⁴²⁹.

As normas gerais de conduta ética devem orientar o magistrado para a aplicação de sanções, prevenindo e reprimindo a ocorrência do abuso processual, além de

⁴²⁶ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, p. 491/492.

⁴²⁷ MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: Ilícitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado, p. 187.

⁴²⁸ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 160.

⁴²⁹ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 161.

estabelecer a supressão ou anulação do fato ou ato abusivo e assim restabelecer o *status quo anterior*⁴³⁰.

Com as ressalvas já feitas quanto à questão do dano em sede do abuso do direito processual, analisa-se a seguir a obrigação de indenizar para os casos de litigância de má-fé, previstas expressamente no diploma processual, e quanto aos casos de abuso do direito e descumprimento dos deveres das partes, nos quais o magistrado analisará o fato concreto se antijurídico for, que se entende como um desvio da finalidade social do direito.

3.1.1. Ao descumprimento de deveres das partes

Conforme já analisado, o art. 14 do Código de Processo Civil institui possibilidades das partes ou dos que de alguma forma participem no processo incorrerem no descumprimento de deveres processuais.

Em tal análise, observou-se que somente no inciso V do art. 14 do CPC/73 falava-se em sanção pecuniária (multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa) no caso de ato atentatório ao exercício da jurisdição, no fato do litigante não “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais” e “criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”.

No Novo Código de Processo Civil o legislador, no art. 77, impõe que nos casos de não “cumprir com exatidão as decisões judiciais, de natureza provisória ou final, e criar embaraços à sua efetivação” (inciso IV) e de “praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso” (inciso VI), constitui ato atentatório à dignidade da justiça, “devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta” (§2º do art. 77), devendo porém, tal conduta ser advertida pelo juiz que poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça (§1º do art. 77).

Silente o legislador nos demais casos dos incisos do art. 14 ou do art. 77, é “razoável entender-se que haja a necessidade da edição prévia de lei proibindo certo

⁴³⁰ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 161.

comportamento processual para a aplicação da sanção pecuniária, sob pena do ato do magistrado configurar natureza confiscatória”⁴³¹.

Porém, fato é que não haveria como o magistrado quedar-se silente em casos que afrontem a lealdade e a boa-fé processual, nem mesmo o poder jurisdicional seria efetivo no deslinde do processo se estivesse adstrito à preexistência de lei específica para reprimir a afronta aos deveres processuais.

Como já ponderado, no curso processual devem ser observados os objetivos do instrumento processual, tal como os princípios que os cercam. Deste modo, os atos processuais devem atender estritamente às finalidades antevistas, devendo o magistrado, em casos de mau uso desses atos, afastar, prevenir ou punir o uso indevido ou distorção das faculdades processuais, em nome do interesse público e da sociedade, a fim de preservar o modelo legal de processo e sua eficiência⁴³².

Na vasta multiplicidade de casos de abuso do direito processual que se pode imaginar não há como subsumir-se todas nas hipóteses restritas do art. 17 do CPC ou art. 80 do NCPC, porém, tais condutas não deixarão se sofrer as devidas consequências, “uma vez que há a probabilidade da conduta enquadrar-se em uma das situações veiculadas pelo art. 14 do CPC ou mesmo em alguma hipótese esparsa do Código de Processo”⁴³³, tendo em vista que há várias disposições ao longo do diploma que repelem condutas abusivas.

Sobre o assunto, Andressa Paula Senna⁴³⁴:

O art. 14 do CPC parece ter sido concebido pelo legislador exatamente para não deixar desacobertados os casos de abusos de direitos processuais que não foram, de forma expressa e específica, objeto do art. 17 do CPC – para que, em sendo o sujeito processual elencado no art. 16 do CPC, houvesse a penalização através do art. 18 do CPC – ou algum outro dispositivo ao longo do Código de Processo Civil que o censurasse.

Deste modo, não há conduta abusiva que possa ser tolerada dentro do modelo ideológico constitucional existente, nem mesmo “a procrastinação maliciosa, a infidelidade à verdade, o dolo, a fraude e toda e qualquer manifestação de má-fé ou

⁴³¹ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 27.

⁴³² SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 28.

⁴³³ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 32.

⁴³⁴ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 33.

temeridade” serão admitidos, sob pena de ferir os valores de equidade substancial consagrados na Magna Carta⁴³⁵.

Conforme visto, os demais incisos do art. 14 do CPC ou do art. 77 do NCPC carecem de força coercitiva, no sentido de impor uma sanção ao descumprimento da medida, mas isso não significa dizer que tais dispositivos configurar-se-iam como meros deveres morais e éticos.

Diante de uma conduta atípica, mas claramente abusiva e que não esteja contemplada pelo art. 17 do CPC (art. 80, NCPC) do diploma processual, o magistrado deverá interpretá-la de acordo as condutas abrangentes do art. 14 do CPC (art. 77, NCPC) e buscar na legislação processual a consequência mais adequada a ser suportada pelo agente infrator⁴³⁶.

Tendo em vista que nem todas as condutas a serem reprimidas e evitadas no trâmite do processo civil foram vislumbradas pelo legislador, resta saber de que modo ao juiz cabe analisar as consequências desses atos.

Foi visto que o art. 14 do CPC (art. 77, NCPC) seria a “válvula de escape” engendrada pelo legislador para os casos de imprevisão na lei acerca do mau uso ou uso excessivo dos direitos processuais e que, também o magistrado deve configurar tais hipóteses pautando-se basicamente em “preceitos valorativos, de eticidade, sem que se atinja o princípio da segurança jurídica que ora atuará em prol do agente que atua de forma abusiva”⁴³⁷.

Nesse sentido, além do princípio da segurança jurídica a favor do ofensor, está o princípio da legalidade, que, como já foi visto, não pode ser usado para punir o agente sem prévia estipulação legal, tal como expresso no art. 5º, II, da Constituição Federal, o qual expõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Deste modo, devem-se levar em consideração dois aspectos: de que o magistrado não pode inovar criando penas ou consequências processuais que a lei não previu, e de que “a configuração de ato abusivo é pendente da complementação da norma por elementos valorativos e recursos hermenêuticos para não reduzir, mitigar o

⁴³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p 53.

⁴³⁶ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 34.

⁴³⁷ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 34.

exercício do poder de polícia pelo magistrado na presidência do processo e fiscalização da legalidade dos atos processuais”⁴³⁸.

Contudo, como se viu, a teoria do abuso do direito comporta cláusulas gerais, como a função social e econômica, a boa-fé e os bons costumes, os quais são uma necessidade em razão do Código Civil de 2002 ser um "sistema aberto"⁴³⁹ dotado de mobilidade, como bem explica Judith Martins-Costa⁴⁴⁰:

As cláusulas gerais constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. (...) Considerada, pois, do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente "aberta", "fluida" ou "caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico".

Desta forma, as normas configuradoras do abuso do direito processual são abertas e imprecisas e, como visto, complementáveis por meio de interpretação e hermenêutica, mas, no entanto, as consequências para essas condutas estão adstritas aos casos previstos na legislação processual, “sem que seja permitido ao juiz praticar atos de reprimenda ou impor consequências processuais que a lei não tenha autorizado”⁴⁴¹.

No entanto, resta saber como que nos demais incisos que tratam da violação de deveres processuais em que não haja a cominação pecuniária será realizada a consequência processual ou providência judicial.

Já também foi ressaltado que em diversos espaços da legislação processual ocorrem as decorrências processuais ou sanções à algumas problemáticas não configuradas como litigância de má-fé, requerendo do juiz a interpretação para integrá-las nesses dispositivos. Em alguns casos, portanto, a decorrência para os casos de abuso processual serão simplesmente providências jurisdicionais adotadas para o resgate ou manutenção da legalidade e da finalidade processual.

Quanto a outras providências que podem ser tomadas pelo juiz, Humberto Theodoro Júnior⁴⁴²:

Além dos casos gerais do art. 17, o Código prevê, esparsamente, várias hipóteses em que a parte incorre em pena por desrespeito ao princípio da probidade, como, no art. 31 (despesas dos atos protelatórios, impertinentes, ou supérfluos, devem ser custeadas por quem os promoveu), art. 22 (réu que

⁴³⁸ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 35.

⁴³⁹ FANTONI, Luciana. A teoria do abuso de direito e os reflexos no novo código civil, www.BuscaLegis.ccj.ufsc.br, p. 10.

⁴⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado, p. 251

⁴⁴¹ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 36.

⁴⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p. 48.

não alegar na contestação fato extintivo do direito do autor e dilatar o julgamento da lide, pagará as custas e deverá o direito ao reembolso dos honorários advocatícios), art. 69 (réu que não faz, quando necessária, a nomeação à autoria), art. 161 (multa a quem lança cota marginal nos autos), etc.

Dentre elas está também a previsão do art. 599 do CPC (atual art. 772 do NCPC) na qual o juiz pode, em qualquer momento do processo, ordenar o comparecimento das partes e adverti-las que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça. Nesse sentido, estendendo-se a aplicação do processo de execução ao processo de conhecimento, é viável que o juiz possa ordenar esse comparecimento em juízo para alertar as partes quando houver algum indício ou ato preparatório para o desvio de finalidade nos atos processuais⁴⁴³.

Assim também o legislador no art. 339 no CPC/73, atual art. 378 do NCPC/15, impõe que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”, bem como acrescentando, na fase postulatória, (art. 340, CPC; art. 379, NCPC) que incumbe à parte “comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado” (inciso I), “submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária” (inciso II) e a “praticar o ao que lhe for determinado” (inciso III)⁴⁴⁴.

Do mesmo modo, a interpretação de tal dispositivo no processo de conhecimento seria a incidência do art. 125, III, do CPC, que no atual art. 139, III, do NCPC traz que o juiz dirigirá o processo incumbindo-lhe “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias”.

Como é interesse do Estado manter o respeito à tutela jurisdicional e à administração do Poder Judiciário, há também outras medidas eficazes nos casos de prevenção dos abusos e arbitrariedades: a inspeção; concessão ou recusa de requerimentos ou requisições de abreviar ou prorrogar prazos; advertência; retirada do direito de praticar certo ato processual futuro, posterior ao ato abusivo; reconhecimento da preclusão dos atos intempestivos; nulidade dos atos cometidos com mau uso do direito; etc⁴⁴⁵.

Quanto à nulidade do ato abusivo, entende-se ser uma adequada solução, pois pode servir à eliminação do ato praticado em desconformidade com a lei tendo em vista

⁴⁴³ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 39.

⁴⁴⁴ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 155.

⁴⁴⁵ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 40/44.

que teria desatendido o interesse de ordem pública, caso em que o juiz pode decretá-lo de ofício ou a requerimento da parte⁴⁴⁶.

Assim, o abuso do direito pode ensejar não só a obrigação de reparar os danos por ele causados, morais ou patrimoniais, mas, nos termos do art. 166 do Código Civil, pode levar à nulidade do ato ou negócio jurídico⁴⁴⁷.

Traçando um parâmetro com o princípio constitucional da isonomia, a consequência da declaração de nulidade do ato pelo magistrado visa “restaurar a ordem endoprocessual e a igualdade de tratamento dos litigantes”⁴⁴⁸.

Em suma, diz Senna⁴⁴⁹:

A exemplo do que foi brevemente visto acima, é sim possível entender-se o art. 14 do CPC como um dispositivo provido de eficácia plena, sem que o comando legal correria o risco de ser tido como meramente programático ou ser praticamente inutilizado. E isso não pode ser admitido, levando-se em conta tratar-se dos deveres mais elementares e essenciais que regem a movimentação e evolução do processo.

Ora, não seria lógico ter o legislador imposto deveres de procedimento aos litigantes e também procuradores e terceiros intervenientes, se, com a outra mão, tivesse subtraído do magistrado todas as possibilidades de punir os que inobservassem esses deveres.

Assim, em inúmeras hipóteses dispostas ao longo do Código de Processo Civil o legislador previu a reprimenda ao abuso do direito processual e ao descumprimento de deveres das partes, revelando que “o propósito da legislação processual de coibir e reprimir atos abusivos e arbitrários dentro do processo, pois este é indubitavelmente o primeiro dos pressupostos para que a marche processual siga célere e, acima de tudo, que a prestação jurisdicional seja justa e efetiva”⁴⁵⁰.

Exatamente por esse motivo é que se conclui que o magistrado deve se esforçar para realizar um esforço interpretativo para os casos não previstos em lei, dando eficácia plena e imediata aos dispositivos esparsos, pois, do contrário, seria um estímulo a “torpezas, má-fé, engodo, desvios de finalidade, chicanas, fraudes dentro do processo,

⁴⁴⁶ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 45.

⁴⁴⁷ LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Abuso de Direito, p. 106.

⁴⁴⁸ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 45.

⁴⁴⁹ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 45.

⁴⁵⁰ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 46.

usurpando-se do Poder Judiciário a sua força, autoridade e, sobretudo, sua dignidade, pelo que seu funcionamento seria pouco respeitado”⁴⁵¹.

3.1.2. Ao litigante de má-fé

Quanto à condenação do litigante de má-fé pela sua conduta maliciosa, o art. 18 do Código de Processo Civil (atual art. 81 do NCPC) estabelece duas diferentes consequências processuais. Uma delas tem natureza expiatória, a outra uma “característica indenizatória, ressarcitória dos prejuízos sofridos pela parte vítima”⁴⁵².

O mencionado dispositivo traz:

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento⁴⁵³.

Extrai-se do artigo 18 que a sanção do litigante de má-fé consiste: na “multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa, os prejuízos sofridos, os honorários de advogado e as despesas que efetuou a parte lesada”⁴⁵⁴.

Como já visto, os casos de litigância de má-fé no Novo Código de Processo permanecem inalterados. Entretanto, a mudança legislativa ocorreu no art. 81 do NCPC/2015, o qual trata sobre as condenações do litigante de má-fé.

Eis a nova redação:

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

⁴⁵¹ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 46.

⁴⁵² PEREIRA, Hélio do Valle. Manual de Direito Processual Civil, p. 153.

⁴⁵³ BRASIL, Código de Processo Civil.

⁴⁵⁴ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 131.

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.⁴⁵⁵

No caput do dispositivo observa-se que a condenação do litigante de má-fé foi alterada de “pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou”, conforme disposto no antigo art. 17 do CPC/73 para “pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou”.

E ainda, diante da indenização, esta será fixada pelo juiz, mas não há parâmetros para sua mensuração como havia no CPC de 73, o qual dispunha que “o valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento”. Ainda, encontra-se expresso que a indenização deverá ser liquidada nos próprios autos do processo.

Com essa mudança, houve uma rigorosidade no tratamento da litigância de má-fé, o que implica numa melhor reparação dos danos causados ao litigante prejudicado pelo abuso processual.

O art. 35 do CPC/73 (atual art. 96, NCPC), adota o critério de que “o valor das sanções impostas ao litigante de má-fé reverterá em benefício da parte contrária, e o valor das sanções impostas aos serventuários pertencerá ao Estado ou à União”. Diante disso, entende-se que o valor da multa não pode ser elastecido, devendo obedecer o limite legal de 1% devido à proteção ao princípio do não-confisco, uma vez que tal punição diz respeito à dignidade, imagem e administração da Justiça⁴⁵⁶.

Desta forma, a multa imposta nesses casos, a qual pode alcançar até um por cento do valor da causa, tem feição exclusivamente processual e apenas pode ser fixada naqueles autos, não em ação autônoma⁴⁵⁷.

Ademais, a fixação da multa não tem relação com outros possíveis prejuízos causados, nem mesmo com a quantificação de eventual indenização, mas sua

⁴⁵⁵ BRASIL, Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

⁴⁵⁶ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 48.

⁴⁵⁷ PEREIRA, Hélio do Valle. Manual de Direito Processual Civil, p. 153.

quantificação, feita pelo juiz, deve ser realizada “considerando a reprovabilidade da atitude do litigante”⁴⁵⁸.

Diversamente, a indenização destina-se a recuperar os prejuízos causados à parte vítima, sendo que estes consistem nos danos que a parte sofreu em seus bens ou negócios, ou mesmo no que perdeu ou deixou de lucrar, nos honorários advocatícios (arbitrados na forma do art. 20, §§3º e 4º do Código de Processo Civil), nas despesas judiciais que versam sobre os impostos, custas ou o que o lesado teve que gastar devido à conduta maliciosa do agente.

Deste modo, a indenização prevista em casos de litigância de má-fé trata-se de desdobramento do princípio subjacente ao art. 186 do Código Civil, incluindo até danos morais, “seguindo, em linhas gerais, o regramento próprio da responsabilidade civil”⁴⁵⁹.

Ressaltam-se dois aspectos: a possibilidade da condenação por litigância de má-fé mesmo sem o requerimento da parte adversa, mas de ofício pelo juiz, assim que o considerar necessário e, ainda, a obrigação de indenizar que independe do resultado final da demanda. Em outras palavras, caracterizada a litigância de má-fé, a parte prejudicada poderá requerer o reconhecimento do fato, bem como poderá assim impor, de ofício, o órgão judicial e, ainda, não se afasta que mesmo o vencedor venha a ser reconhecido como litigante de má-fé⁴⁶⁰.

O parágrafo primeiro do art. 18 do CPC/73, atual art. 81 do NCPC, trata sobre a pluralidade de litigantes de má-fé e regula que a responsabilidade por perdas e danos será distribuída conforme a proporção de seu respectivo interesse na causa e, caso houverem se coligado para tal fim, responderão solidariamente.

No parágrafo segundo do art. 18 (§3º do art. 81 do NCPC) a lei trata sobre o lugar da condenação e da liquidação da indenização, as quais se darão nos autos do mesmo processo, sendo desde logo em valor fixado pelo juiz, não superior a 20% (vinte por cento) (quantia não mais expressa no Novo Código de Processo Civil) sobre o valor da causa ou, quando não houver elementos para declarar o valor da indenização, se fará a liquidação por arbitramento.

Para Humberto Theodoro Júnior⁴⁶¹, a sanção pela litigância de má-fé deverá ser pronunciada de ofício pelo magistrado, pois considera ser um “atentado não apenas aos

⁴⁵⁸ PEREIRA, Hélio do Valle. Manual de Direito Processual Civil, p. 153.

⁴⁵⁹ PEREIRA, Hélio do Valle. Manual de Direito Processual Civil, p. 153.

⁴⁶⁰ PEREIRA, Hélio do Valle. Manual de Direito Processual Civil, p. 153.

⁴⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p 48.

direitos processuais da outra parte, mas principalmente à prestação jurisdicional (art. 18)”. Ademais, tendo em vista que o atentado cometido pelo litigante de má-fé atinge diretamente a justiça, cabe ao juiz aplicar a pena de ofício pois o cálculo da multa independe de levantamento *in concreto* do dano (§2º)⁴⁶².

A relevância da imposição dessa multa não decorre necessariamente da configuração de um prejuízo econômico de uma parte provocada pela outra, pois dispensa-se a prova do dano à parte, sendo essa necessária apenas quando a reparação for acima de 20% do valor da causa, devendo então comprovar o dano patrimonial efetivo⁴⁶³.

Deste modo, “considerando que os autos forneçam os elementos de convencimento necessários (quanto à caracterização da má-fé, à ocorrência dos danos e à sua extensão)” o juiz pode arbitrar desde logo a indenização, a qual deve ficar restrita a vinte por cento sobre o valor da causa. Deste modo, tudo leva a crer que o juiz que conheceu da causa tenha mais condições para reconhecer a incidência da litigância de má-fé, não devendo a condenação ser realizada em ação autônoma⁴⁶⁴.

Outra hipótese é a de que o juiz entenda que exista além da comprovação da má-fé, o indicativo de prejuízos, mas não tenha condições de quantificá-los. Nesses casos, o magistrado “deve fixar condenação genérica (sem fixar valores), propiciando que o interessado reclame a indenização por arbitramento”⁴⁶⁵.

No entanto, nos casos em que há a fixação desde logo pelo magistrado, é razoável concedê-lo certa discricionariedade, sob pena de incorrer em inutilidade ao exposto no art. 18 do CPC/art. 81 do NCPC. Desse modo, “havendo algum delineamento quanto à caracterização de prejuízos e sendo factível prognosticar a sua quantificação, é possível que seja deferida a perspectiva de imediatamente arbitrar o valor da indenização – tanto quanto possível evitando a instauração de ação de liquidação”⁴⁶⁶.

Essa indenização dos prejuízos que tiver sofrido a parte contrária muitas vezes não se aplica tão frequentemente, isso porque mesmo o magistrado tendo o arbítrio de aplicá-las de ofício, não está muito propenso a impô-las aos litigantes, pois, como

⁴⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p.57.

⁴⁶³ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 164.

⁴⁶⁴ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 47.

⁴⁶⁵ PEREIRA, Hélio do Valle. Manual de Direito Processual Civil, p. 153.

⁴⁶⁶ PEREIRA, Hélio do Valle. Manual de Direito Processual Civil, p. 154.

assevera José Carlos Barbosa Moreira⁴⁶⁷, “talvez, ao menos em alguns casos, porque o gravame vai recair sobre a pessoa da parte, quando a rigor se cuida de comportamento imputável exclusivamente ao advogado”.

Contudo, quando a condenação em indenização não cobrir integralmente as perdas e danos do prejudicado, precisando haver complementação, excedendo-se o limite legal de 20%, se justifica a propositura de ação autônoma⁴⁶⁸. Entende Andressa Paula Senna⁴⁶⁹ que, sendo o caso de uma discussão mais profunda acerca da caracterização da má-fé que tumultuaria o andamento da causa principal, pode-se cogitar na instauração de um incidente processual, o qual tramitaria apenso aos autos principais, contemplando assim, a economia dos atos processuais e da instrumentalidade das formas.

Tendo em vista que a reparação é destinada ao litigante prejudicado e não ao ente estatal e considerando a finalidade da indenização (reparar os danos que o outro litigante tenha suportado e não punir o agente que incorreu em abuso), “viável aceitar seja excepcionalmente desconsiderado o limite legal para que todos os prejuízos sofridos sejam ressarcidos”⁴⁷⁰.

Não sendo negada pela sentença, a parte pode reclamar indenização pela litigância de má-fé em ação autônoma, pois se a sentença rechaçar esse direito, a nova ação haveria de ser extinta por coisa julgada. Nessa mesma toada não poderá o tribunal sem recurso, reformá-la de ofício, tal qual a ressalva feita pelo art. 18 do CPC⁴⁷¹.

No processo de execução ocorreram algumas modificações no Novo Código de Processo Civil. Isso porque o art. 739-B do CPC de 73 expunha que “a cobrança de multa ou de indenizações decorrentes de litigância de má-fé (arts. 17 e 18) será promovida no próprio processo de execução, em autos apensos, operando-se por compensação ou por execução”, mas, no entanto, a nova redação traz, no art. 777, que “a cobrança de multas ou de indenizações decorrentes de litigância de má-fé ou de prática de ato atentatório à dignidade da justiça será promovida nos próprios autos do processo”.

⁴⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de direito, p. 128.

⁴⁶⁸ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 48.

⁴⁶⁹ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 48.

⁴⁷⁰ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 49.

⁴⁷¹ PEREIRA, Hélio do Valle. Manual de Direito Processual Civil, p. 154.

Desta forma, por simples leitura do dispositivo nota-se que a multa ou indenização agora arbitrada deve ser feita nos próprios autos, não necessitando formar autos apartados para a cobrança, deixando claro que “o valor ao qual faz jus a vítima da litigância de má-fé poderá ser invocado para compensar com possível dívida que simultaneamente esteja sendo reclamada”⁴⁷².

Além disso, a aplicação de uma sanção não excluirá a aplicação de outra, cominando-se tantas sanções quantos forem os atos de má-fé ou os atos abusivos⁴⁷³.

Como última análise acerca da litigância de má-fé, é importante ponderar que as condutas de litigância de má-fé mencionadas no art. 17 do CPC/73 (atual art. 80 NCPC) seriam espécies de abuso dos direitos processuais, pois teriam sido “segregadas em relação às demais posturas abusivas, por ter entendido o legislador que mereciam penalidade patrimonial (multa e indenização) imposta pelo Poder Judiciário, quando verificada a sua ocorrência no caso concreto”⁴⁷⁴.

Desse modo, apenas seria possível aplicar a pena pecuniária estabelecida no art. 18 (art. 81, NCPC) aos casos adstritos ao art. 17 do CPC (art. 80, NCPC), como assevera Andressa Paula Senna⁴⁷⁵:

Essa interpretação contempla a necessidade de haver edição prévia de lei, uma vez que somente a lei poderia permitir ao juiz interferir nos bens privados, punindo determinadas condutas desleais e inquestionavelmente ofensivas ao processo, sem que tal ato sancionatório corresse o risco de ser enquadrado como confiscatório e ofensivo aos dispositivos constitucionais que protegem rigidamente o direito à propriedade particular.

Cumprе esclarecer que, não é porque somente para tais condutas de litigância de má-fé o legislador aplicou a imposição pecuniária que as demais condutas não foram censuradas. Muito pelo contrário, pois, como se observou, nos deveres fixados pelo art. 14 do CPC/73 (atual art. 77, NCPC) o magistrado “não deixará de, no exercício de seu poder-dever de presidir e fiscalizar o processo, corrigir as irregularidades, resguardando o bom uso do processo e usando de outros meios – que não a sanção pecuniária – para manter a educação na política processual”⁴⁷⁶.

⁴⁷² PEREIRA, Hélio do Valle. Manual de Direito Processual Civil, p. 154.

⁴⁷³ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 168.

⁴⁷⁴ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 29.

⁴⁷⁵ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 29.

⁴⁷⁶ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 31.

3.1.3. Ao litigante que comete abuso do direito

No caso da liquidação do dano em sede de responsabilidade civil, a indenização deve traduzir a ideia de tornar indene, ou seja, restaurar a vítima à situação anterior ao ato ou à omissão. A fixação do *quantum* deve levar em conta a diferença entre o patrimônio anterior e o posterior ao ato ilícito. Deste modo, configurando o ato ilícito, pode-se então falar em responsabilidade derivada do abuso do direito⁴⁷⁷.

Em qualquer caso, verificando-se o abuso do direito, tem-se como consequência jurídica uma sanção. De acordo com a natureza do ato abusivo decorrerá a forma da sanção, podendo esta ser no sentido de compelir o agente da conduta abusiva a restaurar o estado anterior ou uma sanção pecuniária (responsabilidade civil), ou mesmo a própria invalidade do negócio jurídico⁴⁷⁸. Assim, a premissa é fixada no sentido de que o dano é elemento caracterizador do abuso do processo e a reparabilidade destes provem da mesma justificativa dos casos de responsabilidade civil: “o restabelecimento do equilíbrio destruído pelo dano, recolocando a vítima na situação em que se encontrava antes da ocorrência do citado dano”⁴⁷⁹.

Assim, qualquer espécie de dano pode decorrer do exercício abusivo do direito, tanto “danos patrimoniais quanto extrapatrimoniais, inclusive os danos à saúde, danos corporais, estéticos e à integridade moral, aí compreendida a honra, imagem, vida privada ou intimidade, bem como os causados à integridade psíquica”⁴⁸⁰.

Dessa forma, admite-se que os atos abusivos são atos que, embora sem intenção de prejudicar, causam dano, em virtude de seu uso inconsiderado ou sem interesse legítimo, passível de gerar responsabilidade⁴⁸¹.

A partir da moderna concepção da distinção entre ilicitude civil (contrariedade ao ordenamento jurídico) e culpa (violação de dever jurídico que o agente podia ou devia observar), tem-se que “a obrigação de indenizar, ganhando autonomia e estando agora situada em título próprio, *liberou a reconstrução do conceito de ilicitude*, de

⁴⁷⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, 174.

⁴⁷⁸ CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil, 42.

⁴⁷⁹ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 129.

⁴⁸⁰ MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado, p. 186.

⁴⁸¹ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 57.

forma a abranger também a ilicitude derivada do exercício jurídico de que não resulte consequência indenizatória”⁴⁸².

Dessa forma não se admite a corrente que sustenta que a noção de abuso do direito gira em torno da responsabilidade civil, como simples noção da culpa, pois assim não se aceita que o instituto seja autônomo, o qual que já se provou que é e, como tal, exige uma regulamentação singular paralela dos atos ilícitos em geral⁴⁸³.

Os casos de abuso do direito processual muito se parecem com os casos de descumprimento de deveres das partes e de todos aqueles que atuam no processo. Isso ocorre porque não há sanções específicas dentro da legislação processual, daí compreendidas como sanções patrimoniais, mas, a partir de interpretação e trabalho hermenêutico, as providências tomadas pelo magistrado devem se pautar nos princípios gerais do direito e dos princípios plasmados no Código Civil e de Código de Processo Civil.

Como analisado, em moderno entendimento, não se confunde mais a ilicitude na responsabilidade civil, e, dessa forma, não se entende que para os efeitos da tutela conferida se necessite a ocorrência de um evento danoso que tenha sido causado por culpa⁴⁸⁴.

Sobre as diversas formas de sanções do abuso, Judith Martins-Costa entende não haver sanções específicas para as situações de abuso, mas que, tendo em vista a autonomia conceitual entre ilicitude, culpa e dano, se permite “uma sistematização própria dos variadíssimos casos de exercício jurídico inadmissível afastada da antiga ideia de limites”⁴⁸⁵. Assim, percebe-se que “o exercício dos direitos, poderes, faculdades, liberdades e situações jurídicas é balizado por *critérios que o conformam situacionalmente, segundo medidas de intensidade só averiguáveis no caso*”⁴⁸⁶.

Por meio da cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem-se diversas consequências das hipóteses de responsabilidade civil por danos decorrentes da conduta abusiva do titular de um direito⁴⁸⁷.

Já o disposto no art. 927 do Código Civil consagra o dever de indenizar ao causador do dano, em razão das condutas tipificadas como ato ilícito (arts. 186 e 187).

⁴⁸² MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé, p. 424.

⁴⁸³ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 56.

⁴⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé, p. 424.

⁴⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé, p. 425.

⁴⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé, p. 425.

⁴⁸⁷ MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado, p. 186

Diante disso, o Código Civil em seu art. 944 consagra a regra que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Desta forma, a obrigação de reparar o dano causado não tem como medida a gravidade da conduta do lesante, nem outros fatores subjetivos, mas unicamente a extensão do dano causado⁴⁸⁸.

Quanto à sanção direta, esta se equipara aos casos clássicos de ato ilícito pelos efeitos causados, uma vez que comporta a reparação do dano pelos princípios da responsabilidade civil⁴⁸⁹.

Causando dano injusto a outrem, deve o agente ser compelido a repará-lo quando agir em desacordo com a lei e com a intenção manifesta de prejudicar terceiros, ou mesmo “quando tenha desatendido aos fins sociais da lei, ainda que a atuação do agente se tenha adstrito aos limites aparentes de seu direito subjetivo”⁴⁹⁰.

Destarte, a reparação civil com a obrigação de indenizar pelo dano causado é a hipótese mais frequente quando do exercício abusivo do direito, mas pode aquele que exercer um direito subjetivo de modo abusivo causando prejuízo a outrem obrigar-se à repará-lo, o que inclui o dano emergente e o lucro cessante⁴⁹¹. Tal atitude justifica-se pela abrangência dos arts. 402 e 403 do Código Civil de 2002 no que tange à perdas e danos, mas, no entanto, estas referem-se “àqueles que tenham causa *direta* e imediata na conduta do agente, ficando afastados as perdas e danos diretos”⁴⁹².

Para Fernando Noronha⁴⁹³, dano “é o prejuízo, de natureza individual ou coletiva, econômico ou não econômico, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada”. Deste modo, “o dano não resulta necessariamente da violação de uma norma jurídica; tal violação pode ou não ocasionar danos”⁴⁹⁴.

Deve-se atentar ao fato de que, para que haja a reparação dos danos decorrentes de abuso do direito, é indispensável a comprovação do dano, pois tal condenação tem natureza de *indenização*, ou seja, compensa-se os prejuízos efetivamente sofridos⁴⁹⁵. Assim, a efetiva diminuição patrimonial da vítima será critério para a aferição desta indenização⁴⁹⁶.

⁴⁸⁸ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, p. 460.

⁴⁸⁹ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, 196.

⁴⁹⁰ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, p. 183.

⁴⁹¹ CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil, 42.

⁴⁹² ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 129.

⁴⁹³ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, p. 497.

⁴⁹⁴ NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, p. 497.

⁴⁹⁵ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 132.

⁴⁹⁶ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 234.

No entanto, o ato abusivo comporta, além da sanção direta (reparação do dano), o desfazimento do ato (reparação *in natura*)⁴⁹⁷.

À parte da indenização analisada que necessitava da efetiva existência de prejuízo (reparação do dano), existe a possibilidade de aplicação de outras sanções, as quais prescindem da comprovação de qualquer prejuízo patrimonial ou moral⁴⁹⁸.

Como visto, o abuso do direito sendo analisado tanto como antijuridicidade ou como ilicitude, comporta, como consequência, a mesma de qualquer atuação sem direito (ato ilícito), ou seja, gera a obrigação à reparação no termo geral da responsabilidade civil prevista no art. 927 do Código Civil de 2002, ou a partir da interpretação *a contrario sensu* do art. 188, I, do Código Civil, mas também, como analisado, o abuso do direito, ultrapassando os limites da responsabilidade civil, adquire outras consequências⁴⁹⁹:

Visando assegurar o rápido alcance da tutela jurisdicional no primado do direito e da justiça, na dialética do contraditório, o legislador criou os institutos da preclusão, prescrição, decadência, perempção, nulidade; criou deveres e ônus em decorrência da prática de certos atos; estabeleceu várias normas de caráter preventivo e sancionador; inseriu, de forma explícita ou implícita, por todo corpo do código, a moralidade e a ética na conduta de todos que participam do movimento do processo, além de invocar a aplicação constante dos princípios que o norteiam, reconhecendo-os como deveres jurídicos, como ocorreu no art. 14, que fixa o princípio da probidade, ao impor às partes e procuradores o dever de lealdade e verdade que deve nortear todo o processo.

O civilista Inacio de Carvalho Neto observa que quando o abuso se verificar na prática de negócios jurídicos, haverá, em princípio a nulidade do ato e, ainda, como lembra Fernando Augusto Cunha de Sá⁵⁰⁰, citado pelo autor, podem ocorrer outras sanções, tais como:

(...) anulabilidade, inoponibilidade, rescindibilidade do ato ou negócio jurídico, admissibilidade de legítima defesa, própria ou alheia, contra ato abusivo, recusa de eficácia do consentimento do lesado como causa justificativa da lesão, impenhorabilidade de todos aqueles bens cuja penhora só possa explicar-se por emulação relativamente ao devedor, exclusão da compensação legal do crédito decorrente do ato abusivo, recusa de satisfazer um direito à indenização por dano de gravidade mínima e que também só possa explicar-se pela intenção de vexar o lesante, atribuição ao devedor da faculdade de requerer a fixação judicial do prazo de cumprimento da obrigação, que tinha sido contratualmente deixada ao credor, ou, na promessa unilateral, de um prazo de caducidade para o exercício do seu direito, quando a abstenção deste seja em qualquer das hipóteses abusiva, determinação da exigibilidade antecipada das restantes prestações, faculdade de rescisão ou de

⁴⁹⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, 193.

⁴⁹⁸ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 233.

⁴⁹⁹ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 139.

⁵⁰⁰ SÁ, Fernando Augusto Cunha de, p. 195.

invocar a *expectio non adimpleti* (ou *non rite adimpleti*) *contractus* no contrato sinalagmático, inversão do risco ou da consignação em depósito quando seja abusiva a falta de cumprimento da obrigação.

Deste modo, vê-se que a responsabilidade pela prática do abuso do direito não está adstrita a casos de reparação dos prejuízos causados, mas também pode haver outros possíveis efeitos, como citado, a tutela inibitória e o desfazimento dos efeitos do ato.

Helena Najjar Abdo⁵⁰¹ também analisa outras sanções aplicáveis afora a reparação de danos, como: (a) multa (litigância de má-fé, ato atentatório à dignidade da justiça, oposição de embargos de declaração ou embargos à execução protelatórios, ausência de cumprimento de sentença no prazo de 15 dias, imposição de agravo manifestamente inadmissível ou infundado, falsa alegação para o requerimento de citação por edital, propositura abusiva de ação coletiva, falsa afirmação de pobreza para gozar dos benefícios da assistência judiciária, etc); (b) restrição de direitos (como nos casos dos arts. 538, 881 e 196 do CPC); (c) sanções oriundas de poderes conferidos ao juiz (indeferimento de diligências protelatórias, antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, presunção de veracidade dos fatos alegados caso a outra parte se recuse a exhibir documentos, não recebimento de recursos que contrariem súmula do STJ ou STF, etc); (d) nulidade ou inexistência do ato (nulidade do processo por ausência de citação regular, citação nula quando realizada sem preceitos legais, nulidade do ato por erro de forma ou quando praticado durante a suspensão do processo, nulidade da execução, inexistência de atos de advogados que atuam sem mandato, etc); (e) ação rescisória (infirmar sentença ou acórdão resultante de abuso, conforme previsão do art. 485 do CPC); (f) sanções penais (crimes contra a administração da justiça, como os crimes de desobediência, art. 330, CP e desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito, art. 359, CP)

Também assevera Humberto Theodoro Júnior⁵⁰² que o ato abusivo no âmbito do processo pode gerar outros efeitos, como:

- a) nulidade: citação, por exemplo, maliciosamente praticada fora das prescrições legais (art. 247);
- b) multa: ex. – pena pela citação por edital, sob falsa e dolosa afirmação de pressupostos inexistentes (art. 233); punição para os casos de má-fé do art. 17 (art. 18), etc.;
- c) condenação em perdas e danos: ex. – processo cautelar e execução, nas situações dos arts. 574 e 810;

⁵⁰¹ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 235/243.

⁵⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p.57.

- d) responsabilidade criminal: ex. – crime de fraude de execução (CP, art. 179) e todos os delitos do capítulo “crimes contra a administração da justiça” (CP, arts. 344 e segs.).

Bruno Miragem⁵⁰³ também elenca algumas espécies de consequências jurídicas pela violação de normas de direito civil: a) nulidade dos atos praticados; b) ressarcimento ou reparação de danos; c) a execução forçosa da obrigação, pelos meios processuais disponíveis, inclusive com a constrição patrimonial do devedor; d) ineficácia do ato abusivo; e) tutela inibitória visando impedir ou fazer cessar o ilícito.

Quando se reconhece a invalidade do ato abusivo deve-se atentar ao fato de que “resulta de uma sanção de nulidade absoluta do ordenamento jurídico em relação ao caráter ilícito do mesmo”, pois essa nulidade traz mais do que uma ofensa ao interesse das partes, mas gera uma “ofensa à ordem pública, uma vez que atenta contra a autoridade do Direito, ao ofender o fim econômico ou social do direito subjetivo ou das demais prerrogativas jurídicas, a boa-fé ou os bons costumes”⁵⁰⁴.

No entanto, deve-se atentar ao fato de que o Novo Código de Processo Civil de 2015 privilegia a viabilização da prévia sanação dos atos viciados (art. 352) e da necessidade de aproveitamento tanto quanto possível dos atos processuais (arts. 282 e 283). Dessa forma, o Novo Código, preocupado com a viabilização de uma tutela efetiva e tempestiva dos direitos, pautou-se em *evitar que invalidades sejam decretadas*, impedindo assim que o “*custo temporal* que a repetição dos atos inevitavelmente implica, promovendo-se nessa perspectiva um processo com duração razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF e 4º, CPC)”⁵⁰⁵.

Para Leedsônia Campos Ranieri de Albuquerque, o legislador espalhou por todo o Código normas gerais de conduta ética que devem orientar o magistrado na configuração do abuso processual. Dessa forma, a medida preventiva serviria para alertar os sujeitos do processo que seus atos trarão repercussões negativas aos fins do processo; as medidas punitivas que consistem em sanções em perdas e danos decorrentes dos prejuízos sofridos; e as medidas saneadoras, que buscam restabelecer o equilíbrio que foi comprometido com o ato abusivo⁵⁰⁶.

⁵⁰³ MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado, p. 184.

⁵⁰⁴ MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado, p. 193.

⁵⁰⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil. p. 115.

⁵⁰⁶ ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 161/169.

Dentre as hipóteses de medida preventiva a nulidade tem um papel importante pois evita o prosseguimento do ato eivado de vício na medida em que gera a nulidade dos efeitos dos atos futuros e atinge os atos já praticados, restabelecendo a ordem no processo e o *status quo anterior*⁵⁰⁷.

Essas diferentes formas de se negar o exercício abusivo a parte demonstram que nem sempre a multa pecuniária prevista na legislação processual para a litigância de má-fé é eficiente para coibir o abuso. No processo se identificam diversas espécies de abuso, como a lide temerária, a fraude, a simulação, dolo, atos de emulação e a protelação indevida do processo e, nesses casos, no plano do direito processual, é quase que ineficiente a sanção pecuniária à outra parte⁵⁰⁸.

Assim, como analisa José Carlos Barbosa Moreira⁵⁰⁹, “há situações em que não é preciso, para punir o abuso, recorrer a sanções de ordem pecuniária: basta deixar de aplicar a regra consagrada do benefício que se quis maliciosamente fazer incidir”. Diante dessa frase o civilista exemplifica por meio de um episódio a seguinte situação: havendo litisconsórcio passivo, quando haja mais de um réu e nem todos tenham o mesmo procurador, o art. 191 do CPC manda contar o prazo da contestação em dobro. No seguinte exemplo os réus estavam assistidos, de fato, por procuradores diferentes, mas que, no entanto, compartilhavam do mesmo escritório e as contestações tinham teor absolutamente idêntico, reproduzindo as características formais e substanciais uma da outra. Diante disso, narra que a Câmara reagiu ao manifesto abuso negando a aplicação do art. 191 do CPC e declarando intempestivas as contestações, resultando as rés como revéis.

Assim, demonstra-se que há uma variabilidade de sanções possíveis, bem como evidencia-se que o critério de sua aplicação é dependente das circunstâncias concretas do abuso. Não há uma sistematização das sanções, mas devem-se prevenir condutas que visem impedir ou corrigir as consequências do ato abusivo. Da mesma forma, deve-se imputar ao titular do direito o dever de indenizar da conduta que resulte no ressarcimento de danos causados pelo ato abusivo⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 167.

⁵⁰⁸ MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado, p. 199.

⁵⁰⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de direito, p. 129.

⁵¹⁰ MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado, p. 185.

Para o magistrado analisar se a conduta desatendeu aos fins da norma, deve-se definir um ato como abusivo e ainda definir o ilícito praticado em face do ordenamento jurídico, tendo em vista que os princípios gerais do direito em muitos casos configuram regras normativas a serem aplicadas na omissão da lei posta. Deste modo, o juiz terá uma margem de flexibilidade para interpretar a norma jurídica, bem como determinar sua aplicação⁵¹¹.

Tais princípios estão dispostos expressamente nos arts. 4 e 5 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942 com redação dada pela Lei nº 12.376/2010):

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito⁵¹².

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum⁵¹³.

A explícita menção aos “fins sociais” prevista no art. 5º. da LINDB como regra de aplicação pelo juiz “configura claramente o reconhecimento de que deve ser coibida a prática de atos que desatendam a esses mesmos fins sociais”⁵¹⁴ e ainda que, por interpretação lógica do referido dispositivo, deve ser coibido o abuso do direito, pois, como visto, se caracteriza pelo ato praticado em desatenção à finalidade da lei e do Direito enquanto um sistema que visa os fins sociais.

A partir dessa explanação, observaremos que muitas vezes o papel do magistrado é de difícil interpretação, pois deve analisar meticulosamente a conduta do agente, desarmando o titular de um direito e obrigando-o à indenizar pelo próprio exercício do seu direito.

3.2. Prevenção ao abuso processual – critérios para a identificação do abuso do processo.

Os mecanismos de prevenção do abuso do direito processual são altamente efetivos em nosso sistema. Assim, não preocupado apenas em reprimir a lesão gerada

⁵¹¹ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, 183.

⁵¹² BRASIL, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

⁵¹³ BRASIL, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

⁵¹⁴ CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso de Direito, 183.

pelo abuso, o legislador apresentou também um sistema preventivo tendente a prevenir a ocorrência da litigância de má-fé⁵¹⁵.

Todavia, em muitos casos o resultado de um comportamento abusivo só é revelado com o prejuízo efetivo na esfera de outrem, “de modo que a solução repressiva acaba sendo muito mais frequente que a preventiva”⁵¹⁶. No entanto, tal ocorrência não decorre da falta de um arsenal legislativo apto à prevenir condutas abusivas. Muito pelo contrário, o Código de Processo Civil abarca diversos dispositivos pelos quais o juiz pode-se valer para zelar pela rápida solução da lide ou o indeferimento de diligências inúteis ou protelatórias (item. 2.5).

O juiz tem por função “decidir os casos com justiça e prover *adequada e tempestiva* efetivação de suas decisões”⁵¹⁷. Nesse sentido, no curso da lide tem como responsabilidade a *condução do processo* (art. 139, NCPC) e o *julgamento da lide* (art. 141, NCPC) e tem, como deveres, o de *esclarecimento*, de *diálogo*, de *prevenção* e de *auxílio* para com os litigantes⁵¹⁸. Nesse sentido, o que nos importa agora é o dever de prevenção que o magistrado possui, o qual pode ser entendido como o dever do órgão jurisdicional “prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos serem frustrados pelo uso inadequado do processo”⁵¹⁹.

O juiz atua como condutor do processo no sentido de que materializa a jurisdição nos limites da competência que lhe é atribuída, devendo exercer conforme os escopos processuais e princípios jurídicos, com imparcialidade e independência, cabendo-lhe a solução dos conflitos jurídicos⁵²⁰. Também, uma vez deduzida a pretensão em juízo, o impulso do magistrado é oficial, pois além de zelar pelo interesse da parte, há o interesse do Estado na solução justa, pacífica e célere do conflito⁵²¹. Além disso, possui o poder discricionário, pelo qual o juiz se utilizará para discernir os casos de abuso do direito processual e ainda deverá ser o “árbitro de questões que não se

⁵¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p.57

⁵¹⁶ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 221.

⁵¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil. p. 77.

⁵¹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil. 76.

⁵¹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil. 77.

⁵²⁰ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 129.

⁵²¹ ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 130.

encontram definidas em lei, limitadas, por vezes, em conceitos vagos flexíveis, cuja aplicação dependerá da interpretação equânime e do espírito jurídico do magistrado”⁵²².

Ademais, na condução do processo, “o juiz deve velar pela igualdade entre as partes, que é condição essencial para a observância do contraditório (arts. 7º e 139, I, do CPC), pela duração razoável do litígio (arts. 5º, LXXVIII, 6º e 139, II, do CPC) e tentar a qualquer tempo estimular as partes à autocomposição (art. 139, V, do CPC)”⁵²³.

O papel do magistrado no sentido de identificar a configuração do abuso do direito processual é de suma importância, pois tem ele a função de zelar pela ordem interna do processo, fiscalizando a atuação processual das partes, dos procuradores e terceiros intervenientes (art. 125, CPC/art. 139, NCPC). Ademais, deve averiguar se os atos cumprem as finalidades legítimas a que servem e se a atuação dos envolvidos respeita as disposições do Código de Processo Civil, “mantendo-se a legalidade e a dignidade da administração do Poder Judiciário”⁵²⁴.

Caberá também, ao juiz, determinar as provas necessárias à instrução do processo “indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (art. 130, CPC/art. 139, III, NCPC) e, ao se convencer de que os litigantes se serviram do processo para praticar atos simulados ou conseguir fim proibido por lei “o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé”, redação trazida pelo art. 142 do Novo Código de Processo Civil.

A partir da desmistificação da identificação entre ilicitude e dano, foi possível observar outras possíveis formas de sanção civil do ilícito. A partir de uma perspectiva processual é possível observar a necessidade de serem protegidos bens extrapatrimoniais da personalidade ou de interesse comunitário, fato este que desconstruiu o pensamento de que *tudo pode ser compensado pela pecúnia*⁵²⁵.

Deste modo, o juiz tem o dever de utilizar todas as técnicas processuais disponíveis para a obtenção da tutela dos direitos (art. 537, NCPC) com o fim de prevenir e reprimir os atos atentatórios à dignidade da justiça (art. 80, NCPC)⁵²⁶.

Assim discorre a eminente civilista Judith Martins-Costa⁵²⁷:

⁵²² ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 132.

⁵²³ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil. 77.

⁵²⁴ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 51.

⁵²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé, p. 422.

⁵²⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil. 77.

A percepção segunda a qual por vezes é mais importante *prevenir* ou *eliminar* o ilícito do que *reparar* o dano (como no caso da tutela de busca e apreensão de produtos que evidenciam contrafação de marca comercial ou a tutela preventiva em matéria ambiental) permitiu, pois, fosse reconstruída conceitualmente a categoria de ilicitude civil, ensejando tutela processual contra os *atos contrários ao direito* – e não mais, necessariamente, os atos danosos.

Já tratadas no decorrer desse trabalho, listam-se algumas medidas de tal natureza

528.

- a) outorga de poderes expressos ao juiz para dirigir o processo, de maneira a impedir que haja quebra do tratamento igualitário das partes, ou qualquer manobra procrastinatória, ou, ainda qualquer ato contrário à dignidade da justiça (art. 125);
- b) outorga ao juiz de poderes para dirigir a instrução probatória, permitindo apenas a produção das provas necessárias à elucidação do conflito, e indeferindo todas as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130);
- c) no caso de processo simulado ou fraudulento, tem o juiz o dever de proferir sentença que obste aos objetivos ilícitos das partes conluídas (art. 129);
- d) no caso de pretensões manifestamente infundadas, tanto do autor como do réu, o juiz pode antecipar o julgamento da causa, seja indeferindo a petição inicial (art. 295), seja julgando-lhe o mérito sem levar o processo à audiência (art. 300);
- e) nas diligências fora da comarca, o juiz deve marcar prazo para o respectivo cumprimento, a fim de evitar manobras de eternização do feito (art. 203);
- f) no caso de rescisória de sentença transitada em julgado, o autor fica obrigado a depositar 5% do valor da causa, para garantir multa para a hipótese de a ação ser unanimemente declarada, inadmissível ou improcedente (art. 488, II);
- g) no processo de execução, o juiz pode, em qualquer momento da marcha processual: I - “ordenar o comparecimento das partes”; II - “advertir ao devedor que o procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça” (art. 599). Em tal situação a parte será advertida, também, da multa em que poderá incorrer caso persista na prática do ato ofensivo à dignidade da justiça (art. 601).

Acerca da prevenção do abuso em algumas situações específicas e para elucidar que as medidas preventivas estão presentes ao longo de todo o Código de Processo Civil⁵²⁹:

- (i) autoriza o juiz a exigir caução para concessão em caso de concessão de medida liminar (CPC, arts. 799 e 804); (ii) requer o depósito prévio da importância de 5% sobre o valor da causa como condição de procedibilidade da ação rescisória (CPC, art. 488, II); (iii) determina que o juiz estabeleça o prazo em que devem ser cumpridos os atos deprecados (CPC, art. 203); (iv) impõe multa de 10% sobre o valor do débito ao executado que não dá cumprimento à sentença no prazo de 15 dias (CPC, art. 475-J); ou, ainda, (v) desestimula a interposição de recursos ao dispensar a parte do pagamento de

⁵²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé, p. 422.

⁵²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p.

57.

⁵²⁹ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 225.

despesas, em primeiro grau de jurisdição, nos processos de competência dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95, art. 54).

Deste modo, “é com esse desígnio de manter, sob a direção do juiz, um processo limpo moralmente, e eficaz na busca da rápida solução do litígio – que, se conexas a repressão do abuso do direito processual, anunciada nos dispositivos que descrevem e punem os atos de litigância de má-fé”⁵³⁰.

Como foi frisado no capítulo referente aos deveres das partes (item 2.3), o legislador, ao elencar proibições e fixar deveres, não foi taxativo e utilizou expressões genéricas, abertas e amplas, proibindo, por exemplo, “praticar atos inúteis”.

O propósito do legislador não poderia ser outro além de conferir ao magistrado um legítimo propósito de poder-dever, no sentido de verificar, em cada caso concreto, “a prática deliberada de algum abuso de direito processual e identifica-lo como tal, enquadrando-o em uma das hipóteses abertas dos arts. 14 ou 17 do CPC”⁵³¹.

Por isso, cabe ao juiz determinar, caso por caso, segundo os referidos critérios, não apenas se existe um ato abusivo, mas também as consequências sancionatórias que dele derivam. Algumas vezes, haverá lugar à restauração natural, nomeadamente através da remoção do que se fez com abuso de direito; ao passo que, outras vezes, ocorrerá, tão somente, indenização pecuniária dos danos. Além desta responsabilidade civil, poderão verificar-se sanções de várias ordens, visando impedir que o autor do ato abusivo obtenha ou conserve as respectivas vantagens⁵³².

Observa-se que “com o surgimento e acatamento da teoria do abuso do direito como ato ilícito pela atual legislação, terá força a tese pela qual a atividade do julgador é, sobretudo, ideológica”⁵³³.

Há também críticas a respeito da teoria que a consideram uma insegurança jurídica, no sentido de que haveria uma imprecisão conceitual dos limites estabelecidos em lei levando a um alto grau de subjetividade do magistrado, pois “a incidência da norma a partir de atividade de subsunção de um determinado comportamento *a priori* legitimidade juridicamente (exercício do direito subjetivo) a eventual contrariedade em

⁵³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, p. 51.

⁵³¹ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 23.

⁵³² FANTONI, Luciana. A teoria do abuso de direito e os reflexos no novo código civil, p. 6.

⁵³³ TARTUCE, Flávio. Direito Civil – Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil, p. 169.

relação a conceitos indeterminados”, seria uma circunstância de interpretação muito pessoal do magistrado⁵³⁴.

No entanto, difere-se de uma análise ideológica, baseada em princípios gerais do direito, princípios constitucionais, princípios de direito civil, princípios processuais civis, etc, conforme analisados, de uma análise arbitrária, na qual o magistrado infundadamente aplica uma sanção por ato abusivo. Dessa forma, a imposição de sanções pelo magistrado deve respeitar os limites atinentes à aplicação de penalidades, bem como a garantia ao contraditório, ao acesso à justiça e a ampla defesa, assim como a necessidade de prova da ocorrência do abuso⁵³⁵. Ademais, a sanção do ilícito leva em consideração somente o resultado do evento danoso ou o exame da presença de hipóteses que autorizam a invalidação do ato abusivo (nulidade) ou a restrição total ou parcial de ineficácia jurídica⁵³⁶.

Conforme analisado, o ato abusivo prescinde da análise da culpa do agente, assim, para o ato gere responsabilidade, basta que o seu exercício tenha ocorrido de maneira anormal ou irregular, pois na apreciação da anormalidade o juiz irá examinar, “à luz de dados materiais e objetivos, se o ato danoso transborda efetivamente da justa medida que o titular do direito deve observar por ocasião do seu exercício”⁵³⁷.

Dessa forma, o juiz orientado por valores originários da ordem jurídica interna e munido do poder de polícia e presidência do processo, ao verificar o desvio de finalidade e a mera aparência de legalidade no ato processual praticado pela parte, procurador ou eventuais intervenientes no processo, deverá imediatamente configurar o ato em alguma das situações genéricas listadas pelo Código⁵³⁸.

Deste modo, exige-se a maturidade da jurisprudência e da doutrina, no sentido de que se deve completamente evitar o ativismo judicial, sob pena do instituto ser um risco ao tratar das cláusulas gerais do direito. Desse modo, devem-se empreender esforços a fim de que nas cláusulas gerais do direito não se encontrem sentidos destoados do que o legislador inicialmente pretendeu, nem que se obtenham

⁵³⁴ MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado, p. 179.

⁵³⁵ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 228.

⁵³⁶ MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado, p. 180.

⁵³⁷ MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado, p. 21.

⁵³⁸ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 24.

significados não autorizados em termos lógicos ou mesmo decisões não razoáveis ou desproporcionais⁵³⁹.

É em razão disso que os magistrados devem empreender esforços interpretativos na análise do abuso do direito no sentido de criar padrões hermenêuticos e complementarem as normas jurídicas vagas, para que, dessa forma, aproveitem da “abertura semântica concedida pelo legislador” sob pena de restar desaproveitada tais situações pelo Poder Judiciário⁵⁴⁰.

Acerca da *vocação sistematizadora* da boa-fé do art. 187 do Código Civil, pode-se entender, conforme Judith Martins-Costa⁵⁴¹ que:

É perfeitamente cabível postular que o art. 187 seja tido como *eixo de um sistema de ordenação do exercício jurídico lícito* (ou, inversamente, de um sistema de coibição do exercício jurídico ilícito), arrumando, em grupos de casos *axiologicamente* orientados aos valores encerrados no sintagma “boa-fé”, hipóteses ainda hoje vistas de modo disperso e desconexo.

Desta forma, o princípio da boa-fé mostra-se como um instrumento para resolver os dilemas do abuso, na medida em que desmarca, no caso concreto, “a extensão dos direitos e faculdades que não foram objeto de maior precisão legislativa”⁵⁴².

Assim, é papel da jurisprudência a tarefa de precisar os limites do exercício do direito subjetivo a serem transpassados, devendo o julgador atentar que o art. 187 necessita do “excesso manifesto” ao abusar de um direito. Esse elemento do ato abusivo corresponde a um *dever de fundamentação qualificado* do magistrado, no sentido de que “indica ao juiz o ônus de fundamentar sua decisão de modo a demonstrar cabalmente a existência do comportamento abusivo”⁵⁴³.

Ainda, para resguardar a segurança jurídica, deve o juiz demonstrar *qual* foi o limite para o exercício de direito subjetivo violado (fins econômicos ou sociais, boa-fé, bons costumes), bem como *de que modo* foi violado, pois não existe uma catalogação de casos de abuso do direito, não se determinando em tese, senão em razão da situação de fato conhecida pelo juiz⁵⁴⁴.

⁵³⁹ MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado, p. 181.

⁵⁴⁰ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 25.

⁵⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé, p. 437.

⁵⁴² MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé, p. 540.

⁵⁴³ MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado, p. 182.

⁵⁴⁴ MIRAGEM, Bruno. Abuso de Direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado, p. 182.

Nesse sentido, em artigo publicado acerca do abuso do direito como um impeditivo à marcha processual, Andressa Paula Senna⁵⁴⁵, esclarece:

Louvável a postura do legislador infraconstitucional, pois previu a dinâmica e a complexidade das abusividades e arbitrariedades que possam conturbar a função jurisdicional, atribuindo ao juiz, com base nos critérios mencionados, a função de diferenciar o ato processual legítimo do ato processual abusivo de acordo com as mais variadas facetas e particularidades de cada caso concreto, sendo atendida a finalidade-utilidade do conceito de permanecer aberto e permeável, sofrendo oscilações e transformações derivadas da mudança de valores da sociedade.

Assim, a legislação outorgou à jurisprudência a função criativa de preencher a vagueza semântica dos conceitos determináveis, dotados de elevado grau de generalidade e abertura, colhendo diversas condutas e figuras abusivas, cabendo aos magistrados estabelecer os limites e a dimensão da aplicação desses elementos influenciados pelos usos e costumes objetivamente firmes e reconhecidos no ambiente social.

Observa-se que assim, o legislador fez a opção por normas genéricas de tal modo que o magistrado possa, em razão de valores éticos, princípios oponíveis, atualização de preceitos legais e a evolução histórica, cultural e política da sociedade, configurar ao caso a conduta como abusiva⁵⁴⁶.

Contudo, em que momento deve o magistrado determinar as consequências por conduta abusiva ou a condenação por litigância de má-fé?

Entende Andressa Paula Senna, que havendo imediata possibilidade de se determinar a censura por conduta abusiva, deve o magistrado procedê-la, fixando desde já a pena restritiva. Deste modo, essa atuação do magistrado antes da sentença servirá como uma função educacional, no sentido de coibir outras práticas que ainda poderiam ser exercidas no decorrer do processo esperando-se que a parte “altere seu comportamento e faça respeitar o normal andamento do processo”⁵⁴⁷. Deste modo, as consequências que não tem caráter punitivo em termos de sanção pecuniária, como as violações aos art. 14, incisos I, II, III e IV do CPC (art. 77, incisos I, II, III e V do NCPC), podem acontecer em qualquer momento processual, pois sua execução independe de formação de título executivo, representando apenas cumprimento de ordem judicial.

No entanto, as demais sanções pecuniárias previstas no art. 14 do CPC ou art. 77 do NCPC e também as do art. 17 do CPC e art. 80 do NCPC, que tratam sobre o ato

⁵⁴⁵ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 24.

⁵⁴⁶ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 25.

⁵⁴⁷ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 52.

atentatório à dignidade da justiça e a litigância de má-fé, respectivamente, devem somente ser aplicadas no momento da prolação da sentença, ao passo que as execuções sejam com base em título judicial (art. 475-N, CPC; art. 515, NCPC)⁵⁴⁸.

Assim, conclui-se que ⁵⁴⁹:

Nesses casos, o magistrado tem o dever de analisar cuidadosamente o caso concreto para garantir que a opção adotada – seja pena pecuniária ou consequência processual – será eficaz e surtirá, além do efeito retributivo, também o efeito preventivo, educando tanto o sujeito que incorreu em ato abusivo no processo, bem assim atendendo à função educacional em relação a toda sociedade, fazendo respeitar a dignidade da Justiça e incentivando o exercício regular das faculdades processuais.

Leedsônia Campos Ranieri de Albuquerque entende que caso seja suscitada em primeira instância o juiz deverá decidir em sentença ou, se antes dessa fase, deverá se pronunciar em decisão interlocutória. Em decisão interlocutória, no entanto, deverá responder ao pedido de responsabilidade na mesma decisão que se configura o incidente do abuso⁵⁵⁰.

Também se analisa a possibilidade da condenação contida no dispositivo da sentença ainda que tenha sido declarada por decisão interlocutória, fato que facilita a execução tendo em vista que poderá ser processada nos mesmos autos do processo⁵⁵¹.

Deste modo, para a boa análise do ordenamento jurídico nos casos de abuso do direito processual, deve o magistrado partir do pressuposto da completude do sistema, localizando e identificando na legislação processual algumas espécies de consequências que poderiam ser utilizadas pelo descumprimento do dever de lealdade e boa-fé.

⁵⁴⁸ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 53.

⁵⁴⁹ SENNA, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional, p. 54.

⁵⁵⁰ ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri. O abuso do direito no processo de conhecimento, p. 163.

⁵⁵¹ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo, p. 234.

CONCLUSÃO

A partir da análise histórica realizada e das teorias que trataram sobre o instituto, propôs-se, no presente estudo, delimitar o surgimento da teoria do abuso do direito processual dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Como objetivo, o presente trabalho retratou a existência da teoria do abuso processual expondo seus principais elementos característicos, bem como suas peculiaridades nas medidas e sanções cabíveis em caso do ato abusivo.

O primeiro capítulo do trabalho tratou de tecer um panorama acerca do abuso do direito em seu aspecto material. Suscintamente foram analisadas as origens da teoria e as correntes e objeções que se formaram a partir dos elementos teóricos do instituto. Assim, sob a influência da construção doutrinária dos juristas estrangeiros, o abuso do direito nasce no Brasil à previsão normativa do art. 160, I, do Código Civil de 1916, o qual tratava das cláusulas de exclusão da ilicitude.

Já no Código Civil de 2002, apesar do legislador dispor a teoria como espécie de ilicitude objetiva, trata-se de categoria autônoma, tendo em vista que a ilicitude pressupõe, como se viu, uma violação frontal à lei, diferentemente do abuso do direito, caracterizado pelo exercício com excesso aos limites impostos pelo fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes. Ademais, demonstra-se a independência da teoria tendo em vista que não exige nem mesmo dolo ou culpa para sua configuração.

Como mostrado, o direito deve ser exercitado regularmente, nos limites dentro do qual foi criado, observando para sua utilização os ditames do fim social ou econômico do direito, a boa-fé e os bons costumes, nos quais se incorporam valores, princípios e diretrizes de conduta. Dessa forma, o exercício dos direitos subjetivos não poderá ser discricionário, devendo o seu conteúdo bem como seu exercício estar subordinado às possibilidades de agir previstas normativamente.

Acerca do abuso do direito material, encerrou a primeira parte do estudo mediante a apreciação das diferenças entre o ato abusivo e o ato ilícito, bem como fazendo uma análise acerca da prescindibilidade do dolo ou culpa como elementos subjetivos caracterizadores do abuso do direito.

Notou-se também a imprescindibilidade da existência do dano para a aplicação do art. 187 do Código Civil, bem como para o abuso do direito processual, no qual o dano é consequência primária, tendo em vista que sempre quando há atos abusivos no âmbito processual existe o dano, tanto para as partes, quanto para a Justiça.

Já no segundo capítulo do trabalho foi observado que a teoria do abuso do direito, qual como acontece no direito material, foi transplantada para o Direito Processual visando evitar que o processo não atendesse às suas finalidades e as partes usassem dele como instrumento para prejudicar outrem, intencionalmente ou não. Sob o prisma da relação jurídica processual foram tecidos elementos caracterizadores do abuso do processo, e chegou-se a conclusão que o principal elemento caracterizador do abuso do processo é o desvio de finalidade, o qual também pode vir acompanhado de outros elementos, como a ausência de boa-fé.

Foram tecidas algumas considerações acerca da instrumentalidade e dos escopos do processo e suas reflexões nas garantias constitucionais do devido processo legal, isonomia, contraditório, ampla defesa e a tempestividade da tutela jurisdicional.

Ainda, que a caracterização do abuso processual não se limita às figuras juspositivas do direito nem mesmo se encontram engessadas no rol do art. 17 do CPC (art. 80, NCPC), como tampouco se restringem aos limites objetivos da norma, tal como a conduta aparentemente legal do agente, mas extrapola essa aparência de legalidade para abarcar os escopos jurídicos, sociais e políticos do processo.

Conforme se mostrou, o abuso do direito processual pode ser encontrado em todos os campos do direito processual, como no processo de conhecimento, no processo de execução e no processo cautelar e, em cada estágio procedimental deste, há um campo de atuação que pode ser desrespeitado.

A relevância da disciplina do abuso do direito processual não decorre somente do prejuízo trazido à outra parte da demanda, mas abarca também uma ofensa à dignidade da justiça.

Ademais, quando o prejuízo afeta a outra parte da lide não decorre necessariamente a configuração de um prejuízo econômico, sendo que em muitos dos casos de abuso do direito ocorre a responsabilização com providências judiciais tomadas ao longo da lide.

No terceiro capítulo se analisou as projeções do abuso do processo no que tange a responsabilização das partes pelo seu cometimento. Viu-se que a consequência básica diante da prática de um ato abusivo, tanto no âmbito material, quanto processual, é a imposição de uma sanção responsável pela conduta abusiva.

Com o ainda em vigor Código de Processo Civil de 1973, a multa por litigância de má-fé pode ser aplicada de ofício pelo juiz, desde que não exceda 1% sobre o valor da causa e a indenização será até o limite de 20% sobre o valor da causa (art. 18, §2º,

CPC). Já, com a nova redação do dispositivo no Novo Código de Processo Civil de 2015, o litigante de má-fé deverá pagar multa, que será superior a 1% e inferior a 10% do valor corrigido da causa e indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu.

Ainda, mesmo quando arbitrada a indenização de até 20% sobre o valor da causa (art. 18, §2º, CPC) não será preciso comprovar o dano patrimonial efetivo, apenas em quantia acima desse valor. No entanto, o Novo CPC não estipula um limite para a indenização, tão somente deixa a critério do magistrado a análise do ato abusivo, o que demonstra a força com que o instituto foi abraçado no Novo Código.

Ainda, que o abuso no âmbito processual poderá ter também medidas preventivas, sendo que a legislação pátria abarca diversos mecanismos de reprimenda a esses abusos e, por uma interpretação mais perspicaz do juiz, todos os atos abusivos são passíveis de punição.

Assim, o desestímulo ao abuso do direito processual sobrevém por meio da declaração dos deveres de probidade das partes (art. 14, CPC; art. 77, NCPC) e das sanções que são instituídas para cada modalidade de descumprimento e dos poderes conferidos ao juiz para prevenir e reprimir os atos de má-fé no processo de conhecimento (arts. 16 a 18, CPC; arts. 79 e 80, NCPC) e no processo de execução (arts. 599 e 601, CPC; 772 e 774, NCPC).

Ademais, há sanções ao longo de todo o diploma processual que reprimem condutas abusivas processuais que vão contra o dever de probidade, lealdade e boa-fé no ordenamento, como a imposição de multa, a declaração de nulidade ou ineficácia do ato, a restrição de direitos ou a responsabilidade criminal do agente. Tais sanções se encontram ao longo do Código para que delas o magistrado ou o Tribunal apliquem a fim de reconhecer e dar autonomia ao instituto do abuso do direito processual.

Nota-se que a crescente aplicação da teoria do abuso do direito deve-se, majoritariamente, à jurisprudência, tornando-a extensiva em diversos campos do direito, como no Direito de Família e Sucessões, Direito das Coisas, contratos, Direito Público, Direito Administrativo, até o centro deste trabalho, o Direito Processual Civil.

Assim, não adianta ter o legislador combatido medidas abusivas se das sanções e providências não fazem uso o Poder Judiciário.

O que se pode ter certeza é que: existindo a má-fé processual haverá a reparação do prejuízo como uma consequência obrigatória do disposto no art. 16 do CPC (art. 79, NCPC).

Viu-se também que a teoria do abuso do direito deve traduzir uma nova visão sobre a realidade jurídica processual a qual está inserida e que o direito positivo deve ser adaptado conforme a interpretação da teoria. Isso porque pondo em choque a constante mutação da realidade social e as novas formas de se burlar a lei, há um aumento de hipóteses de aplicação da teoria.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **A boa-fé na relação de consumo**. Revista de direito do consumidor, n. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ALBUQUERQUE, Leesônia Campos Ranieri. **O abuso do direito no processo de conhecimento**. São Paulo: LTr, 2002. 175p.

ALVIM, Rafael. **Parte geral e princípios constitucionais no CPC 2015**. <http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/04/01/parte-geral-e-principios-constitucionais-no-cpc-2015/>.

ABDO, Helena Najjar. **O Abuso do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 271p.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. vol 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 623p.

_____. **Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. vol 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 623p.

BAPTISTA MARTINS, Pedro. **O abuso do direito e o ato ilícito**, 3.ed. atual. Por José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil** (Lei nº 5.869. 11 de janeiro de 1973). Vol. 1, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BOULOS, Daniel M. **Abuso de Direito no novo código Civil**. São Paulo: Método, 2006. 318p.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. reformulada e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 1501p.

CALCINI, Fábio Pallaretti. **Abuso do direito e o novo Código Civil**. Revista dos Tribunais São Paulo, RT v.830, dez. 2004. p. 27-45

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol 1. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 603p.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008. 272p.

CASTRO FILHO, José Olímpio de. **Abuso de Direito no Processo Civil**. 2. ed. revis. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1960. 223p.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

CHIMENTI, Ricardo Cunha, et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004. 527p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed., p. 78. São Paulo: Malheiros, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 421p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DANTAS, Santiago. **Programa de direito civil**, Vol. 1. Editora Rio, 1977.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, 1995, vol I, 10. ed. Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. I, 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

DIERLE Nunes; SILVA, Natanael Lud Santos. **CPC Referenciado - Lei 13.105/2015**. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. vol.1, 17 ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2015. 786p.

DIERLE Nunes; Delfino Lúcio. **Novo CPC e a litigância de má-fé contra advogados**. justificando.com/2014/09/04/novo-cpc-e-litigancia-de-ma-fe-contra-advogados/

FILHO, José Olympio de Castro. **Abuso do direito no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense: 1940.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 562p.

FANTONI, Luciana. **A teoria do abuso de direito e os reflexos no novo código civil**. www.BuscaLegis.ccj.ufsc.br

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 1. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____ **Responsabilidade Civil**. 9 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. 966p.

LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso de Direito**. São Paulo: Atlas, 2007. 158p.

LUNA, Everaldo da Cunha. **Abuso de Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. 146p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 237p.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**. São Paulo: TR, 1999.

_____ **Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé**.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso de Direito: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 268p.

_____ **Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro**. Revista dos Tribunais São Paulo, RT v.842, dez. 2005. p. 11-44.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Abuso de direito**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, Sintese v.26, nov. 2003. p. 125-134.

NEGRÃO, Theotonio. GOUVÊA, José Roberto F. **Código Civil e legislação Civil em vigor**. 23 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2004. 1814p.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 736p.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual de Direito Processual Civil**. 2.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. 933p.

PINHEIRO, Frederico Garcia. **Abuso de direito processual na jurisprudência do STJ**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10998/abuso-de-direito-processual-na-jurisprudencia-do-stj/3#ixzz2jhQKJGvd>>. Acesso em: 04.11.2013.

SENNA, Andressa Paula. **O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional.** Revista de Direito Privado, São Paulo, v.10, n. 40, out./dez.2009. p.9-59.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. **Abuso de Direito Processual: Uma teoria pragmática.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 429p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 15. ed. revista. São Paulo: Malheiros. 1998. 863p.

STOCO, Rui. **Abuso do Direito e má-fé processual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 275p.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.** 3. edição, v. 2, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin; BARBOSA, Heloísa Helena. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República,** vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 342.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro.** Revista Forense Rio de Janeiro, Forense v.344, out. 1998, p. 43-65.

WAMBIER, Teresa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins e; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo CPC.** Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.