



UniCEUB - Centro Universitário de Brasília
FAJS – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

ALEXANDRE FURTADO PRIETO

**O ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO E A SEGURANÇA JURÍDICA NO
ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL**

Brasília
2014

ALEXANDRE FURTADO PRIETO

**O ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO E A SEGURANÇA JURÍDICA NO
ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL.**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do
Curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de
Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de
Brasília - UniCEUB

Orientadora: Débora Soares Guimarães

Brasília
2014

ALEXANDRE FURTADO PRIETO

**O ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO E A SEGURANÇA JURÍDICA NO
ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do
Curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de
Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de
Brasília - UniCEUB

Brasília, 27 de setembro de 2014.

Banca Examinadora

Professora orientadora Débora Soares Guimarães

Professor

Professor

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela força e saúde que nunca me faltaram e foram essenciais para o desenvolvimento deste tema.

À minha orientadora pelas correções e incentivos sem os quais esse trabalho não seria concluído.

Aos meus pais, pois sem eles nada disso seria possível.

A todos os meus amigos que contribuíram para que jamais me faltasse vontade de aprimorar meus conhecimentos e ânimo para concluir da forma mais bem feita possível o curso de Direito.

RESUMO

O presente trabalho aborda um estudo sobre o abuso do direito de ação, no âmbito do processo civil, e sua repercussão negativa sobre o princípio da segurança jurídica. Nesse cenário, buscar-se-á analisar o aparente conflito entre os direitos fundamentais à ação e à celeridade processual, bem como a noção de relativização de direitos e dos princípios da moralidade e da boa-fé como meios de prevenção e fundamentos para a repressão do abuso do direito de ação. Com aporte no método dedutivo e na pesquisa dogmático-jurídica, buscar-se-á, também, demonstrar que a teoria do abuso do direito é autônoma e, portanto, independente do ato ilícito, sendo que a responsabilidade civil é apenas umas das maneiras pelas quais o sistema deve coibir os atos abusivos. Ao final, serão enfocados os graves danos que um processo movido pelo exercício abusivo da demanda pode causar, ainda mais quando servem para motivar decisões favoráveis ao agente que cometeu o ato abusivo, contribuindo para a falta de credibilidade no sistema, a violação dos princípios que o fundamentam e, conseqüentemente, tornar-se causa de insegurança jurídica.

Palavras chave: Abuso do direito de ação. Insegurança jurídica. Conflito aparente de direitos fundamentais. Relativização de direitos.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – artigo

CC/02 – Código Civil de 2002

CC/16 – Código Civil de 1916

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

SUMÁRIO

Introdução	8
1. Jurisdição e Direito Processual	11
1.1 Jurisdição	11
1.1.1 Origem	11
1.1.2 Conceito	14
1.1.3 Características	15
1.1.4 Princípios norteadores	17
1.1.5 Jurisdição contenciosa e voluntária	20
1.1.6 Formas de jurisdição	23
1.2 Direito processual	25
1.2.1 Conceito e origem (teorias)	26
1.2.2 Princípios norteadores	29
2. Direito de ação e abuso do direito	32
2.1 Direito de ação	32
2.1.1 Conceito e teorias evolutivas	32
2.1.2 Características	36
2.1.3 Condições da ação	37
2.1.4 Elementos identificadores	42
2.2 Abuso do direito	44
2.2.1 Conceito	45
2.2.2 Características e regulamentação	50
2.2.3 Efeitos	56
3. O abuso do direito de ação e a segurança jurídica processual	60
3.1 O princípio da segurança jurídica e o devido processo legal	60
3.2 O abuso do direito de ação e os efeitos previstos na legislação processual	66
3.3 Meios de prevenção e repressão do abuso do direito de ação: alterações necessárias	71
Conclusão	78
Referências	81

INTRODUÇÃO

O homem, a partir do momento em que se reuniu em grupo para se proteger dos perigos oferecidos pela natureza, percebeu que havia a necessidade de estabelecer regras de comportamento que evitassem o colapso do convívio em sociedade.

Posteriormente, os fatos do mundo exterior foram observados e analisados para fundamentar a criação de normas não escritas e o surgimento do Direito Natural. A evolução dos agrupamentos humanos fez com que houvesse a necessidade de regular a convivência por meio de normas escritas. Então, o Direito Positivo substituiu o Direito Natural.

As disputas entre as pessoas também evoluíram, sendo solucionadas de formas diferentes, desde a arbitragem, conciliação e intermediação até chegar na resolução de conflitos pelo Estado-juiz.

A viabilidade da atuação do Estado como pacificador de conflitos só é possível mediante a premissa de que o exercício da jurisdição deve se realizar de acordo com os ditames de princípios aceitos pela sociedade, como o da boa-fé, além de adotar o comportamento probo, ético e honesto como regra.

A jurisdição se caracteriza por ser o dever do Estado de dizer o direito ao caso concreto que necessite de uma solução, tendo em vista a preservação da paz e da harmonia sociais. O exercício da jurisdição se dá através do processo, meio pelo qual os cidadãos buscam resolver os seus conflitos.

Quando as próprias partes não conseguem solucionar os seus problemas, elas recorrem à segurança de atribuir a um terceiro, imparcial e habilitado, a responsabilidade de decidir sobre a controvérsia da melhor maneira possível, baseando-se nas leis e princípios norteadores do sistema jurídico em vigência à época da lide.

Portanto, o processo não se constitui em um jogo de interesses no qual o mais esperto ou mais forte prevalece sobre o mais ingênuo ou mais fraco, mas sim em instrumento a serviço da jurisdição, cujo objetivo é declarar os direitos de cada um e possibilitar os meios necessários para que esses direitos sejam, de fato, efetivados concretamente.

Nesse contexto, a ação completa essa tríade processual, sendo o método que os litigantes possuem de provocar o juiz, uma vez que este é inerte e não pode iniciar o processo de ofício, a

fim de que o magistrado resolva determinada pretensão com base na aplicação e interpretação das leis que regem o objeto da lide.

Ora, ao passo que toda demanda é conseqüência do entendimento diverso que as partes têm ao ler a mesma norma, é certa a obrigatoriedade de essa leitura ser realizada com observância de critérios éticos orientados pela boa-fé, pelo respeito ao próximo e por um padrão de comportamento social e moralmente aceito.

O direito de ação é garantia fundamental do cidadão, prevista no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, mas, assim como todo direito, não é uma prerrogativa absoluta, comportando regras e limites que delimitam o seu exercício.

O presente trabalho busca exatamente mostrar quais as conseqüências processuais resultantes do exercício abusivo do direito de ação. Partindo-se da noção da relativização de direito e tendo em vista os princípios constitucionais da celeridade processual, efetividade do processo e segurança jurídica, será analisado como o direito de ação pode ser vedado pelo sistema jurídico, quando utilizado de maneira desvirtuada.

Após delinear as características e modos pelos quais o abuso do direito se manifesta, o foco se voltará para os efeitos e as sanções previstas para coibir o abuso do direito de demandar. Nessa fase, o principal é deixar claro que as conseqüências do abuso do direito são graves e os meios, atualmente existentes na legislação, para preveni-lo e combatê-lo, são insuficientes.

Os danos, causados por atos abusivos, muitas vezes ultrapassam os limites pecuniários previstos pelo legislador como sanção para o comportamento marcado pela abusividade. O abuso do direito possui um campo de abrangência superior ao dos atos ilícitos, sendo que a responsabilidade civil é apenas uma das formas pelas quais os atos abusivos devem ser combatidos.

Levando em consideração os princípios constitucionais da celeridade processual e da efetividade do processo, fica clara a violação à norma constitucional quando o agente propõe uma demanda sem um fundamento sério e razoável que a justifique.

Ao fim, chegar-se-á a conclusão de que o abuso do direito de ação pode ser causa de insegurança jurídica, na medida em que pode gerar sentenças e decisões favoráveis àquele que abusou do seu direito. Considerando que todo ordenamento jurídico busca a segurança, ou seja, uma previsibilidade mínima e certa coerência quando da interpretação e aplicação das leis, a demanda não pode ser meio de fundamentar caprichos e atos ilegítimos de qualquer uma das

partes, sob pena de violação ao direito não somente do outro litigante, mas principalmente dos princípios que orientam todo o ordenamento jurídico.

Nesse contexto, o primeiro capítulo tratará dos dois primeiros elementos que norteiam o Direito Processual: a jurisdição e o processo, verificando as origens, conceitos e controvérsias que sedimentaram o entendimento sobre os dois institutos.

No segundo capítulo, será feita uma análise acerca do último elemento da tríade processual: a ação. Nesse momento, os elementos, características e condições da ação serão o enfoque para se entender como a demanda existe e o que a fundamenta. No mesmo capítulo, ainda, o abuso do direito será verificado, de que modo ele ocorre, quais os requisitos para sua existência e quais os seus efeitos no mundo jurídico, dando ênfase ao abuso do direito de ação. Ao final, ficará comprovado que a teoria do abuso do direito em nada conflita com o princípio fundamental do acesso à justiça, pelo contrário, contribui para solidificação de outras garantias fundamentais como a razoabilidade, a celeridade e a efetividade do processo.

Por fim, o último capítulo fará um paralelo entre o princípio da segurança jurídica e o abuso do direito de ação, demonstrando como esse abuso pode ser causa de insegurança jurídica.

1 JURISDIÇÃO E DIREITO PROCESSUAL

A jurisdição, o processo e a ação são os elementos essenciais que resultam na moderna ciência processual, sendo que a autonomia do Direito Processual está diretamente relacionada com a evolução dos conceitos desses três institutos. Neste capítulo, pretende-se analisar as características dos dois primeiros elementos, para só no capítulo seguinte se aprofundar sobre ação, tema principal deste trabalho.

1.1 Jurisdição

Primeiramente, verificar-se-á o que originou e propiciou a necessidade da jurisdição. A análise das suas características, dos seus princípios e da sua natureza é fundamental, mas só será feita após se perceber os motivos pelos quais o Estado teve que estabelecer regras, bem claras, para limitar a liberdade dos indivíduos que desrespeitassem as normas previstas no sistema jurídico.

1.1.1 Origem

A partir do momento em que o homem se uniu organizadamente e com estabelecimento de regras, para melhor superar os perigos da vida, surgiu a sociedade e com esta os conflitos de interesses entre esses homens. Na tentativa de acabar com as desavenças, a jurisdição exerceu e exerce papel fundamental, mas a forma com que é conhecida atualmente se desenvolveu apenas durante o Estado Moderno.¹

Na Antiguidade, prevaleceu a resolução de conflitos em que os próprios litigantes solucionavam o problema. Há duas formas de resolver o conflito dessa maneira: a autodefesa e autocomposição.²

Na autodefesa, um dos sujeitos envolvidos se torna juiz da própria causa (em um duelo, por exemplo, os dois agem de forma direta), sendo que normalmente o mais forte ou mais esperto impunha sua vontade sobre o mais fraco. Logo, essa forma de resolução de conflito

¹ PEREIRA, Estevam Augusto Santos. *Teoria Geral do Processo*. 20ª edição (revista e atualizada). Brasília, 2011, p.99-100.

² PEREIRA, Estevam Augusto Santos, op.cit., p.10-12.

raramente era aplicada de forma justa, uma vez que a decisão se resumia no interesse da parte que vencia pela força ou esperteza e não por ter razão.³

Os casos de autodefesa são bem limitados em razão da autoridade do Estado. O artigo 345 do Código Penal prevê como crime “o exercício arbitrário das próprias razões”, sendo que as hipóteses legais que a permitem são a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o estado de necessidade (art. 23 do CP). No âmbito civil, são exemplos de autodefesa: a possibilidade de o possuidor esbulhado ou turbado restituir ou manter a posse, por sua própria força, desde que o faça logo e sem agir além do necessário para a restituição ou manutenção dessa posse (art. 1210, § 1º do CC) e, no caso de raízes ou ramos de árvore ultrapassarem a extrema do prédio, o proprietário do terreno invadido poderá cortá-los, até o plano vertical divisório (art. 1283 do CC).⁴

A diferença essencial entre a autodefesa antiga e a atual é a possibilidade de revisão jurisdicional desta, enquanto que aquela tinha força absoluta, não podendo ser revista pelo poder estatal ou pela Justiça.⁵

A autocomposição se constitui no altruísmo de uma ou de ambas as partes em abdicar de seus interesses ou parte deles em favor do adversário. Pode ser realizada por meio de desistência, submissão ou transação. Na primeira, há renúncia à pretensão, a pessoa lesada desiste de satisfazer seu interesse; na segunda, não há resistência à pretensão, a parte que lesou reconhece a razão da outra parte e, por fim, na transação as duas partes abrem mão de parte de seus interesses, há um acordo. O avanço desse método de composição de conflitos é evidente, já que as partes evitavam a discórdia e a possibilidade da solução por meio da força mediante uma das três hipóteses acima delineadas.⁶

Admite-se a autocomposição nos casos em que o objeto da discórdia não se refira a direitos indisponíveis, como os direitos da personalidade, por exemplo. O Código de Processo Civil estabelece que haverá sentença de mérito quando o réu reconhecer a procedência do pedido (art. 269, II, hipótese de submissão), quando as partes transigirem (art. 269, III, hipótese de transação) e quando o autor renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação (art. 269, V, hipótese de

³ PEREIRA, Estevam Augusto Santos, op.cit., p.10-11.

⁴ Os exemplos são de PEREIRA, Estevam Augusto Santos, op.cit., p.11.

⁵ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1. São Paulo, 1977, p.32.

⁶ FERNANDO, Marcos. *Autotutela, autocomposição e jurisdição*. Disponível em: <http://artigojus.blogspot.com/2011/09/autotutela-autocomposicao-e-jurisdicao.html>. Acesso em 13/03/2014.

desistência).⁷ Essa forma de resolução de conflito é interessante, pois permite às próprias partes resolverem seus litígios e pode evitar uma demanda desnecessária (autocomposição extrajudicial) ou o prolongamento do processo (autocomposição judicial), mas é insuficiente como meio de se resolver a maioria das lides, pois depende da vontade das partes em ceder a direito ou à sua pretensão.

Por fim, as partes começaram a confiar a solução de seus problemas a um terceiro alheio ao conflito, de confiança dos litigantes. Surgiu, então, o instituto do arbitramento, primeira forma imparcial de composição, pois foi pioneira na transferência da decisão do conflito para terceiro alheio ao litígio. Inicialmente, essa tarefa coube aos sacerdotes devido à sua ligação com divindades e à crença de que, por causa disso, tomariam decisões mais acertadas. Essa responsabilidade foi passada, posteriormente, aos árbitros e pretores. Na Idade Média, o senhor feudal era o responsável por aplicar a justiça nos domínios de seu feudo.⁸

Em um primeiro momento, tendo base nos costumes, as decisões dos sacerdotes eram respeitadas pelas partes, uma vez que elas próprias concordavam previamente em acatá-las, fase que foi denominada de arbitragem facultativa. Posteriormente, com o fortalecimento do Estado, os imperadores convenceram os administrados que também podiam distribuir a justiça de forma imparcial. Houve então a chamada arbitragem obrigatória e, com ela, as autoridades públicas estabeleceram regras destinadas a pautar as decisões dos árbitros, a fim de conseguir uma maior confiança nos julgamentos. Algumas dessas regras se referiam à forma que os árbitros deveriam seguir para aplicar a justiça. A sucessão de atos no sentido de se resolver o conflito foi se tornando uma praxe, que passou da forma oral à escrita. Somente com a organização política do Estado, essa forma foi substituída pelo processo, por meio da justiça pública decorrente do poder de império estatal.⁹

O advento das ideias liberais do século XVIII, em oposição aos regimes absolutistas vigentes, de John Locke (1632-1704) e principalmente de Charles de Secondat, Barão de Montesquieu (1689-1755), contribuíram muito para o desenvolvimento da noção de jurisdição, pois o pensamento dos iluministas foi essencial para o sucesso da Revolução Francesa e o aparecimento do Estado com os três poderes definidos. Para Montesquieu, é tendência do

⁷ Exemplos de PEREIRA, Estevam Augusto Santos, op.cit., p.12.

⁸ *Ibidem*, p. 100.

⁹ PEREIRA, Estevam Augusto Santos, op.cit., p.13-14.

homem que tem poder, abusar dele e, por essa razão e pela disposição das coisas, o próprio poder deve frear o poder.¹⁰

O Estado moderno, contudo, não segue as políticas liberais e não intervencionistas que predominaram durante o século XVIII, quando eram necessárias devido ao receio do retorno do regime absolutista. No chamado Estado Social, este assume as funções ligadas à vida e ao desenvolvimento da nação e dos indivíduos que a compõem. Até mesmo no Estado Liberal, onde as funções estatais eram extremamente restritas, a jurisdição sempre foi de responsabilidade do Estado, tendo em vista que a eliminação de conflitos é fundamental para a preservação da paz na sociedade e a preservação dos valores humanos.¹¹

Assim, o Estado reconhece como função essencial a efetiva realização dos valores humanos, o que coloca em destaque a função jurisdicional, uma vez que ela deve solucionar os conflitos das pessoas por meio de um processo efetivo que busque a realização da justiça. Dessa forma, pode-se dizer que o Estado contemporâneo tem o objetivo de promover o bem comum ou o bem social e para realizar essa tarefa, ele se vale da jurisdição como meio de pacificação com justiça. Por isso, a função jurisdicional é de responsabilidade do Estado que, inclusive, objetiva uma ordem social cujo fim é o bem-estar e a justiça sociais (CF/88, art. 193).¹²

1.1.2 Conceito

Entende-se que a jurisdição é função do Estado, na medida em que obriga os órgãos estatais a realizar o direito por meio do processo a fim de dirimir conflitos; é poder, pois decorre da soberania estatal manifestada por órgãos criados por uma Constituição e também é atividade, já que depende do juiz para movimentar o processo e exercer o poder a fim de cumprir a função que a lei lhe compete.¹³

É importante ressaltar que essa atividade, esse poder e essa função serão exercidos somente com a existência do processo. Por isso se diz que o processo é o instrumento pelo qual se exerce a jurisdição, pois sem ele o conflito não chega ao conhecimento dos julgadores e não há sentido

¹⁰ MONTESQUIEU. *Do Espírito das leis*. Tradução portuguesa, vol. 1. São Paulo, 1962, p.179-180.

¹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 27ª edição. São Paulo, 2011, p.43.

¹² *Ibidem*, p.43.

¹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op.cit., p.83.

em aplicar qualquer norma, se os interessados não manifestam sua vontade em resolver o conflito. Essa manifestação se materializa somente com o processo.¹⁴

O termo jurisdição é de origem latina (*iurisdictio*), sendo a união do substantivo *iuris*, que significa direito e do verbo *dicere*, que significa dizer. Logo, a tradução literal é dizer o direito, é a responsabilidade do Estado de aplicá-lo nos casos concretos em que os conflitos não puderem ser resolvidos pelas próprias partes, tendo por base uma lei previamente positivada no sistema. É, pois, a função exercida pelo Estado para resolver e compor conflitos, mediante a atuação do direito objetivo.¹⁵

1.1.3 Características

A doutrina clássica estabelece cinco elementos que caracterizam a jurisdição: conhecimento de lides (*notio*), chamamento (*vacatio*), aplicação do direito (*iudicio*), coerção (*coertitio*) e execução (*executio*).¹⁶

A *notio* é a competência dos órgãos jurisdicionais de conhecer litígios, promover a regularidade do processo, verificar a existência de pressupostos processuais, as condições da ação e recolher os documentos probatórios. A *vacatio* é a possibilidade de requisitar a presença de todas as pessoas que sejam indispensáveis para o normal andamento do processo. A *iudicio* é o elemento que traduz o conceito de jurisdição. É o dever de aplicar o direito em face de uma lide. Por fim, a *coertitio* e a *executio* têm relação com a obrigatoriedade de se cumprir as decisões tomadas pelo órgão jurisdicional. A primeira refere-se às coerções que objetivam manter a ordem e o regular desenvolvimento do processo, é o poder de obrigar testemunhas, peritos, vítimas ou qualquer pessoa necessária para a solução do litígio a comparecerem em juízo, além de privar a liberdade de testemunhas e do acusado se necessário for. A segunda é o direito de tornar obrigatória e fazer cumprir uma decisão ou sentença.¹⁷

Atualmente, fala-se em elementos formais e substancias da jurisdição. Os elementos formais, segundo a lição de Alfredo Rocco, dizem respeito à necessidade de haver um órgão especialmente criado para julgar (juiz), já previsto no ordenamento jurídico anteriormente ao

¹⁴ A ideia de instrumentalidade do processo, sendo este definido como o conjunto de atos coordenados dos órgãos da jurisdição a fim de fazer valer a vontade da lei, é desenvolvida por CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, tradução de J. Guimarães Menegale, vol. 1. São Paulo, 1965, p.39.

¹⁵ PEREIRA, Estevam Augusto Santos, op.cit., p.102-103.

¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 2. 3ª edição. Bauru, 1977, p.11.

¹⁷ PEREIRA, Estevam Augusto Santos, op.cit., p.104/105.

ajuizamento da demanda e independente, para poder desempenhar sua atividade de maneira imparcial e sem subordinação. Além disso, deve existir um procedimento preestabelecido, com formas prévias, que assegurem um contraditório no qual os interesses dos litigantes sejam resolvidos conforme o direito objetivo de maneira a se buscar uma solução justa da lide.¹⁸

De acordo com Giuseppe Chiovenda, os elementos substanciais são divididos no poder de julgar e de executar. O poder de julgar (a *notio* da doutrina clássica) corresponde tanto a uma sentença de mérito quanto a uma decisão cujo objetivo é delimitar os limites e os modos da própria atividade jurisdicional. O poder de executar corresponde a *coertitio* do período clássico e, embora apareça na fase de conhecimento e em medidas cautelares, é mais evidente na fase de execução, no momento em que se obriga o vencido a cumprir a sentença proferida.¹⁹

Além dessas noções da jurisdição, é possível constatar duas importantes características que a diferenciam de outras funções do Estado, quais sejam: o caráter de atividade substitutiva e o efeito da coisa julgada. A jurisdição é atividade substitutiva, pois é realizada por um terceiro estranho a lide (o juiz) em detrimento dos sujeitos diretamente interessados pela resolução do conflito. A responsabilidade é transferida a uma pessoa imparcial e desinteressada naquele problema, que atua de maneira a substituir a vontade das partes litigantes a fim de solucionar o litígio. Se o magistrado ou qualquer auxiliar da Justiça (escrivão, oficial de justiça, contador) tiver interesse no conflito ou razões para favorecer ou desfavorecer umas das partes (parentesco, amizade íntima ou inimizade capital) não poderão atuar no processo, pois a imparcialidade é uma exigência da lei. (CPC, art. 134, 135, 312; CPP, art. 95/103, 252, 254).²⁰

A substitutividade da jurisdição é essencial para caracterizá-la, pois somente nela o Estado, por atividade sua, substitui a vontade das partes que estão em conflito, sendo, inclusive, vedada a hipótese de agir por conta própria para satisfazer seus interesses, mesmo se a pretensão for legítima.²¹

A coisa julgada é um efeito exclusivo da jurisdição, pois nenhuma outra função estatal possui essa característica, sendo consequência de uma sentença que transitou em julgado, cujo efeito é a imutabilidade devido à impossibilidade de se recorrer, ou seja, reformar essa decisão

¹⁸ ROCCO, Alfredo. *La sentenza Civile*. Milão, 1962, p.5.

¹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe, op.cit., p.31.

²⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. op.cit., p.150/151.

²¹ FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. 1. 12ª edição atualizada. Editora Saraiva, 1996, p. 168.

(há exceções a isso como, por exemplo, a ação rescisória e a revisão criminal, mas essas questões não são relevantes para o objeto deste trabalho). A própria Constituição Federal estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (CF/88, art. 5º, XXXVI), sendo que essa característica de imutabilidade só pode ser atribuída a atos jurisdicionais, excluindo-se os atos administrativos ou legislativos. Logo, somente o conflito que for apreciado pelo Poder Judiciário pode se tornar, quando a decisão transitar em julgado, indiscutível pelas partes e pelos próprios juízes que não poderão julgar essa questão novamente.²²

1.1.4 Princípios norteadores

Os princípios que regem a jurisdição são: a investidura, aderência ao território, indelegabilidade, inevitabilidade, inafastabilidade, juiz natural e inércia.²³

A investidura remete à ideia de que o exercício da jurisdição é condicionado à existência de alguém regularmente investido na autoridade de juiz. Como já dito antes, a jurisdição é uma função do Estado, pessoa jurídica que depende de pessoas físicas para exercer suas funções, sendo os juízes essas pessoas, neste caso. Não basta ser juiz para satisfazer esse princípio, ele deve estar devidamente investido na função jurisdicional, pois do contrário não poderá realizar um julgamento válido (exemplo: juiz aposentado).²⁴

O princípio da aderência ao território corresponde à limitação da jurisdição à soberania nacional do país no âmbito do seu território. O juiz só poderá atuar dentro do território do Estado que o investiu na função jurisdicional. Ainda, há vários juízes no país distribuídos em seções judiciárias (Justiça Federal), comarcas (Justiça Estadual) ou circunscrições judiciárias (termo equivalente às comarcas, utilizado apenas no Distrito Federal), sendo que cada um deles só exerce sua autoridade nos limites do território designado por lei à sua jurisdição.²⁵

Portanto, surge a necessidade das autoridades judiciárias cooperarem entre si no exercício da atividade jurisdicional, na medida em que só podem atuar dentro do limite territorial no qual

²² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. op.cit., p.154.

²³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. op.cit., p.155.

²⁴ *Ibidem*, p. 156

²⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op.cit., p.156.

foram investidos para a função jurisdicional. Para isso, há o instituto das cartas precatórias (juízes de mesma hierarquia no mesmo país) e rogatórias (juízes de países diversos). Por fim, vale ressaltar que a territorialidade da jurisdição não se confunde com o lugar onde os efeitos da sentença se produzirão. Por exemplo, a decisão judicial que confirma o divórcio produzirá efeitos em todo o território nacional, uma vez que, repita-se, o lugar onde tem de ser proferida a decisão não se confunde com o lugar que ela pode produzir efeitos. A decisão aqui no Brasil pode ter efeitos até mesmo em outro país, basta que seja respeitado o processo de homologação daquela decisão em território estrangeiro.²⁶

A indelegabilidade refere-se à impossibilidade constitucional de haver delegação de atribuições feita pelos Poderes do Estado. A Constituição já define qual será a área de atuação do Poder Judiciário, sendo que nenhuma outra lei ou deliberação feita pelos seus membros pode alterar o que foi estipulado pela Carta Magna. O juiz também não pode estabelecer critério para delegar atribuições a outro órgão, pois o magistrado é agente público do Estado, age em nome deste e não por direito próprio e exerce uma função pública, da qual não pode transferir a competência segundo sua conveniência.²⁷

Há exceções a essa regra, uma vez que, por exemplo, o STF pode delegar a juízes de primeira instância a responsabilidade para execução de seus julgados. Porém, se no processo executivo houver questão que demande julgamento, o autos deverão retornar ao Tribunal. O art. 93, XIV da Constituição permite a delegação aos servidores para a prática de atos de mero expediente sem caráter decisório e de administração.²⁸

A inevitabilidade diz respeito à impossibilidade das partes oporem qualquer instituto para impedir que a jurisdição produza seus efeitos. Os litigantes devem se submeter ao que foi decidido pelo órgão jurisdicional, uma vez que este é resultado da soberania do poder estatal e prevalece sobre a vontade ou não das partes em evitar que a autoridade estatal delibere sobre o conflito.²⁹

²⁶ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, vol.1. 9ª edição revista, ampliada e atualizada. Editora JusPodivm, 2008, p.83.

²⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op.cit., p.156-157. Os autores explicam que essa regra constitucional é doutrinária e não há previsão expressa na Constituição. Há exceções como os arts. 201 e 492 do CPC (cartas de ordem), mas afirmam que não há delegação nas cartas precatórias, pois nestas o ato processual é limitado pelo território da comarca (limitação territorial) e há cooperação entre o juízo deprecante e deprecado.

²⁸ Os exemplos são de DIDIER JR, Fredie, op.cit., p.85.

²⁹ FILHO, Vicente Greco, op.cit., p. 168.

De acordo com o princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV da CF/88), a todos é garantido o acesso ao Poder Judiciário e, diante disso, não se pode deixar de atender quem venha a juízo solicitando uma solução a uma pretensão e o juiz não pode alegar lacuna ou obscuridade na lei para não proferir decisão (art. 126 do CPC). Daí decorre o direito fundamental de acesso à justiça.³⁰

O princípio do juiz natural tem relação com o da inafastabilidade e estabelece que ninguém pode deixar de ter um pronunciamento judicial feito por magistrado independente e imparcial, indicado por normas constitucionais e legais. Os denominados tribunais de exceção, criados para julgar determinadas pessoas ou crimes de determinada natureza, são vedados pela Constituição. Ressalta-se que as Justiças Especiais (Trabalhista, Eleitoral e Militar) não violam essa regra, porque são instituídas com anterioridade aos fatos que são de sua competência.³¹

O princípio da inércia é consequência do objetivo de pacificação social do processo, uma vez que se este fosse iniciado de ofício pelo juiz, acabaria se criando desavenças onde elas não existiam antes. Além disso, o magistrado poderia se ligar ao ato de sua iniciativa e dificilmente julgaria de forma imparcial e, por isso, os órgãos jurisdicionais devem ser inertes, ou seja, a prestação jurisdicional dependerá da manifestação das partes interessadas em levar a questão controversa a juízo.³²

Alguns ainda falam sobre o princípio do duplo grau de jurisdição que, embora não previsto expressamente na Constituição, é reconhecido pelos princípios gerais norteadores do nosso ordenamento jurídico. Este princípio pressupõe uma instância inferior, de primeiro grau, e uma instância superior, de segundo grau, mas, por não estar expresso em nenhuma norma, é possível derogá-lo em casos especiais, o que permitiria deixar algumas causas sem recurso para a justiça de segundo grau ou estabelecer competência originária a tribunais superiores, suprimindo a instância inferior.³³

Os argumentos da maioria que entende ser esse princípio acolhido pelo nosso sistema jurídico são três: há sempre a possibilidade de decisões conterem vícios, devendo ser possível sua reforma em instância superior; o reexame de decisões de juízes do primeiro grau por juízes

³⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op.cit., p.157.

³¹ *Ibidem*, p.158.

³² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op.cit., p. 152/153 e FILHO, Vicente Greco, op.cit., p. 168.

³³ Nesse sentido PEREIRA, Estevam Augusto Santos, op.cit., p.108 e em sentido contrário MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol.4. Rio de Janeiro, 1960, p.5.

de instância superior faz com que aqueles tenham maior cuidado ao examinar a lide, sob pena das suas sentenças serem reiteradamente reformadas, o que pode levar ao desprestígio; raramente alguém se conforma com um único julgamento que lhe seja contrário.³⁴

1.1.5 Jurisdição Contenciosa e Voluntária

Há certos atos, que mesmo sendo feito por particulares, têm importância para a coletividade e transcendem o interesse das partes diretamente interessadas nesses atos. São exemplos disso o casamento, pois é relevante para a sociedade evitar o casamento de pessoas impedidas e o crime de bigamia, definir a situação jurídica dos filhos, o direito sucessório dos parentes, assim como a constituição de uma sociedade mercantil, já que a atividade desta tem interesse jurídico para terceiros e não somente para os sócios.³⁵

Assim, alguns atos necessitam da participação de um órgão público para se tornarem válidos, devido à repercussão social gerada por ultrapassarem os interesses privados que os motivaram. Limita-se o princípio da autonomia e da liberdade que normalmente prevalece sobre a vida privada dos indivíduos, em razão do interesse social de determinados atos da vida privada. Isso é o que a doutrina costuma denominar de administração pública de interesses privados.³⁶

O legislador, então, confiou a algumas pessoas a tarefa de cuidar dessa administração pública de interesses privados. Embora seja exercida pelo juiz e por órgãos administrativos, essa é uma função administrativa que não se qualifica como jurisdicional, pois a realização do ato jurídico exige apenas uma autorização judicial ou de alguma autoridade específica, não havendo uma pretensão resistida e sim a constituição de uma situação jurídica nova. A esse tipo de ato praticado pelo juiz, caracterizado pela ausência de uma lide, dá-se o nome de jurisdição voluntária.³⁷

A doutrina clássica entende que a jurisdição voluntária não teria natureza de jurisdição exatamente pelo fato não compor lides e por não ter caráter de atividades substitutiva das partes

³⁴ Conforme SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual civil*, vol. 1. 18ª edição. São Paulo, 1995, p.95.

³⁵ Os exemplos são de CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p.172.

³⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p.172 e PEREIRA, Estevam Augusto Santos, op.cit., p.119.

³⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 172/173 e PEREIRA, Estevam Augusto Santos, op.cit., p.119-120.

(vide item 1.1.3).³⁸ Outros, também adeptos da teoria clássica ou administrativista, afirmam que a jurisdição voluntária não é jurisdição, pois as decisões do Estado nessa hipótese jamais adquirem o efeito da coisa julgada.³⁹ A teoria clássica é vista como a administração pública, exercida pelo Poder Judiciário, de interesses privados. Em sentido contrário, há a teoria revisionista ou jurisdicionalista que reconhece o exercício da atividade jurisdicional na jurisdição voluntária.

São exemplos do exercício da administração pública de interesses privados feitos por órgãos extrajudiciais: escritura pública (tabelião); casamento, nascimento e óbito (registro civil); registro de imóveis (oficial de registro de imóveis); protesto (oficial de protestos). Os órgãos administrativos independentes do Poder Judiciário também exercem essa função quando, por exemplo, o Ministério Público intervém no ato de criação das fundações (CPC, art. 1200) e, há arquivamento dos estatutos da sociedade na Junta Comercial.

Por fim, chega-se à jurisdição voluntária propriamente dita que pode ser: um ato de mera recepção, como a publicação em juízo do testamento particular (CPC, art. 1130); de natureza meramente certificante, tal como a legalização de livros comerciais; pronunciamento judicial, como a separação consensual e a abertura de testamento cerrado (CPC, art. 1120 e 1125 e ss., respectivamente).⁴⁰

Ao estudar os princípios da jurisdição, viu-se que esta é inerte e, portanto, deve ser provocada para ser exercida. Isso ocorre quando há uma lide, um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, expressão consagrada do pensamento de Francesco Carnelutti. Esse conflito exige uma solução por meio da atuação do direito objetivo ao caso concreto, função dos órgãos jurisdicionais. Essa atuação da lei aos casos concretos é chamada de jurisdição contenciosa.⁴¹

A partir dessas conceituações, pode-se perceber algumas diferenças determinantes entre os dois tipos de jurisdições. Ao se dizer que na jurisdição voluntária não existe uma lide, entende-se que há ausência de conflito, não havendo, portanto, uma atividade substitutiva feita pelo juiz (vide item 1.1.3) a qual caracteriza a jurisdição contenciosa. É que nesta, o réu pode não

³⁸ MARQUES, Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I, p.89.

³⁹ ALLORIO, Enrico. *Problemas de derecho procesal*: Tradução De Santiago Sentís Melendo, vol. II, p.33.

⁴⁰ Exemplos de PEREIRA, Estevam Augusto Santos, op.cit., p.120.

⁴¹ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, 1915, p.1, autor para quem: “o Poder Judiciário é o que tem por missão aplicar *contenciosamente* a lei aos casos particulares”.

contestar o pedido do autor, ou seja, inexistente uma pretensão resistida, mas, ainda assim, o juiz deverá analisar o pedido inicial e poderá rejeitá-lo mesmo nos casos de revelia (CPC, art. 320).⁴²

Além da ausência de lide e a não ocorrência de atividade substitutiva, a jurisdição voluntária se diferencia da jurisdição contenciosa porque naquela não existem partes: uma que pede e outra contra quem se pede uma providência jurisdicional. A jurisdição voluntária tem o objetivo apenas de constituir uma situação jurídica nova, não há pedidos de pessoas contra outras, ou seja, há ausência de duas partes, enquanto que a jurisdição contenciosa pressupõe a existências delas.⁴³

Em sentido contrário, Alexandre Freitas Câmara entende que a pretensão é que distingue a jurisdição contenciosa da voluntária. O processualista rebate todos os argumentos dos que defendem a teoria clássica, afirmando que a lide não é essencial, sendo algo meramente acidental e não determinante ao exercício da jurisdição, pois existem casos de jurisdição contenciosa em que inexistente conflito (ex: separação consensual), não podendo, portanto, ser este um elemento que configure uma atividade administrativa do Estado.⁴⁴

Na jurisdição voluntária, também haveria atividade substitutiva das partes, já que a lei impede que os interessados na questão resolvam livremente sobre determinado ato. Exemplo disso é a necessidade de retificação judicial da alienação de bens dos incapazes, mesmo se representados ou assistidos. Exigindo que essa alienação se de por ato judicial, há evidente substituição da atividade do incapaz e do representante ou assistente pelo magistrado. Quanto ao não alcance do efeito da coisa julgada na jurisdição voluntária, entende que esse efeito é atributo de alguns provimentos jurisdicionais e não de todos (ex: sentença cautelar), razão pela qual também não se pode considerar esse argumento para tirar a natureza jurisdicional daquela jurisdição.⁴⁵

Por essas razões, conclui que há processo sem lide, mas não sem pretensão, sendo que esta é o elemento diferenciador entre os dois tipos de jurisdição aqui analisados. O Estado só exerce a função jurisdicional se provocado (princípio da inércia) e por meio de manifestação em juízo de

⁴² PEREIRA, Estevam Augusto Santos, op.cit., p.120.

⁴³ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p.82.

⁴⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol.1. 18ª edição inteiramente revista. Rio de Janeiro, 2008, p.76.

⁴⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit., p.77.

uma pretensão. Se esta pretensão se referir a um negócio jurídico de direito privado, haverá jurisdição voluntária, caso contrário, existirá jurisdição contenciosa.⁴⁶

1.1.6 Formas de jurisdição

Sabe-se que a jurisdição é una e indivisível, pois como expressão da soberania estatal, não pode ser dividida. A divisão da jurisdição resultaria na possibilidade da existência de várias soberanias, o que não tem nenhum sentido. A classificação da jurisdição é feita, mais por questões didáticas, em espécies, por meio de um critério de classificação baseado em alguns fatos diferentes que a determinam. Nesse contexto, a jurisdição é classificada de acordo com o seu objeto (civil ou penal); pelos órgãos judiciários que a exercem (comum ou especial); pela posição hierárquica desses órgãos uns em relação aos outros (superior ou inferior); pela fonte do direito que motiva o julgamento (de direito ou de equidade).⁴⁷

As pretensões submetidas ao Poder Judiciário possuem naturezas das mais variadas. Há ações penais, civis, empresariais, administrativas, tributárias e, com base nisso, a competência para julgar essas causas é exercida por vários juízes, uns competentes para apreciar questões penais e outros, as demais. Assim, a jurisdição penal trata das pretensões punitivas no âmbito criminal e a jurisdição civil se refere a todas as demais questões não penais, sendo empregada em sentido muito amplo.⁴⁸

Entretanto, é importante esclarecer que as jurisdições penais e civis não são exercidas isoladamente. A sanção penal se diferencia da sanção civil, mas é certo que em muitos casos elas se unem gerando consequências para os dois tipos de ilícito. Assim, por exemplo, quem contrai novo casamento sendo casado incorre em duas penalidades: nulidade do segundo casamento (CC, art. 1521, VI, sanção civil) e crime de bigamia (CP, art. 235, sanção penal). O Código Penal também prevê, no art. 91, I, o efeito secundário da sentença penal condenatória de “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”. Essa sentença penal substitui uma sentença civil que pudesse declarar aquele dano passível de indenização e o trânsito em julgado na esfera criminal torna indiscutível a existência da obrigação de indenizar.⁴⁹

⁴⁶ *Ibidem*, p.77.

⁴⁷ Classificação de CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p.160.

⁴⁸ *Ibidem*, p.161.

⁴⁹ *Ibidem*, p.161-162.

A Constituição Federal criou e delimitou a competência de vários órgãos responsáveis por julgamentos de ações. As denominadas Justiças Especiais exercem a jurisdição especial, sendo competentes para julgar causas em áreas específicas do direito material, daí seu nome. Integram aquelas a Justiça do Trabalho (CF, arts. 111/116), responsável pelas pretensões decorrentes da relação de trabalho, a Justiça Eleitoral (CF, arts. 118/121), competente para julgar matéria que trata sobre eleição política e a Justiça Militar (CF, arts. 122/124), que julga causas referentes ao direito penal militar e à Lei de Segurança Nacional.⁵⁰

As demais justiças cuidam das matérias que não se incluem nas de competência das Justiças Especiais e, por essa razão, são chamadas de Justiças Comuns, responsáveis pelo exercício da jurisdição comum. São elas a Justiça Federal e Justiça Estadual (CF, arts. 106/110 e 125/126, respectivamente). Assim como ocorre em relação às jurisdições civil e penal, a comum e a especial também interagem, visto que a jurisdição é una e deve considerar o que foi decidido por qualquer uma de suas formas. Nesse contexto, o art. 109, I da Constituição Federal estabelece que se a União, autarquia ou empresa pública federal intervir no processo, este deverá ser enviado à Justiça Federal mesmo se já estiver tramitando perante outra Justiça, prosseguindo o feito a partir de onde se encontra. Da mesma maneira, se há conflito de competência e decide-se pelo deslocamento desta para outra Justiça, os autos serão remetidos para o órgão competente e apenas os atos decisórios serão prejudicados (CPC, art. 113 § 2º).

A insatisfação do ser humano diante de decisões desfavoráveis é notória. Aquele que sai vencido em uma lide geralmente não se contenta com a decisão e busca uma nova oportunidade para provar sua razão no processo. Esse é um dos motivos pelo qual vigora, na maioria dos sistemas jurídicos existentes, o princípio do duplo grau de jurisdição (vide item 1.1.4), o qual viabiliza um novo julgamento da causa decidida pelo juiz por um órgão do Poder Judiciário considerado superior.⁵¹

Assim, a jurisdição inferior é aquela cujo exercício se dá por juízes que analisam o processo de forma originária. Na Justiça Estadual são os juízes de direito distribuídos em comarcas por todo o estado e no Distrito Federal e Territórios, são lotados por circunscrições judiciárias. A jurisdição superior, no entanto, é exercida por órgãos que têm competência para julgar os recursos interpostos contra as decisões dos juízes inferiores, ou de primeira instância.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 164.

⁵¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p.165.

Nada impede, contudo, que o processo se inicie nos referidos órgãos jurisdicionais superiores, sem que isso configure supressão de instâncias, quando a lei assim o prevê, em virtude de condições da pessoa ou da natureza do processo. (Ex: CF/88, art. 102, I, b – competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar os membros do Congresso Nacional em infrações penais comuns).⁵²

Por fim, há a jurisdição de direito de equidade e a de direito. A decisão por equidade ocorre quando se resolve o conflito sem as limitações impostas pela lei, mas o juiz deve utilizá-la apenas quando a lei assim a prevê (CPC, art. 127). Enquanto a jurisdição de direito se encarrega da maioria dos casos que são levados aos órgãos jurisdicionais, a jurisdição de equidade só pode ser aplicada em casos específicos, nos quais o legislador permite esse tipo de decisão. Entretanto, nos processos arbitrais as partes podem convencionar no sentido de o julgamento ser por equidade (Lei nº 9.307/96 – Lei da Arbitragem -, art.11, II) e nos Juizados Especiais, esse tipo de julgamento é sempre admissível, mesmo quando não há autorização das partes. (Lei nº 9099/95, art. 25)⁵³.

1.2 Direito Processual

Em linhas anteriores, já foi dito que o processo é o instrumento que permite o exercício da jurisdição, já que esta, para aplicar a vontade da lei ao caso concreto, deve ser provocada por meio de atos cujo objetivo é ver o Estado dizer o direito através de seus órgãos jurisdicionais (vide item 1.1.2). A esses atos, deu-se o nome de processo, sendo o seu escopo a atuação do direito objetivo.⁵⁴

O Direito Processual é, resumidamente, o conjunto de leis e princípios que disciplinam o processo.⁵⁵ A doutrina diverge em conceituar esse ramo do Direito, mas sua delimitação é essencial para o efetivo exercício da função jurisdicional do Estado.

O presente trabalho dará ênfase aos meios processuais civis de prevenção e repressão do abuso do direito, principalmente o direito de ação, razão pela qual se mostram necessárias algumas explicações e esclarecimentos sobre o direito processual civil.

⁵² *Ibidem*, p.165-166.

⁵³ PEREIRA, Estevam Augusto Santos, *op.cit.*, p.86.

⁵⁴ CHIOVENDA, Giuseppe, *op.cit.*, p. 37-39.

⁵⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vol. 1. 17ª edição. Editora Saraiva, 1994, p. 15.

1.2.1 Conceito e origem

Primeiramente, será feita uma análise acerca da origem do Direito Processual, bem como dos debates e contextos históricos que permitiram o desenvolvimento do assunto e a consolidação de seu conceito.

1.2.1.1 Conceito

A doutrina estrangeira não é unânime quando se fala em conceito do Direito Processual. O processualista colombiano Hernando Devis o define como:

“ramo do Direito que estuda o conjunto de normas e princípios que regulam a função jurisdicional do Estado em todos os seus aspectos e que, portanto, fixam o procedimento que se há de seguir para obter a atuação do direito objetivo nos casos concretos”.⁵⁶

É válido mencionar o entendimento de doutrinadores italianos sobre o tema, pois a doutrina italiana, em matéria processual, é a que mais influencia o Direito brasileiro. Assim, para Enrico Tullio Liebman, o Direito Processual deve ser visto como:

“ramo do Direito destinado precisamente à tarefa de garantir a eficácia prática e efetiva do ordenamento jurídico, instituindo órgãos públicos com a incumbência de atuar essa garantia e disciplinando as modalidades e formas da sua atividade”.⁵⁷

Entre os brasileiros, o Direito Processual é definido como “o complexo de normas e princípios que regem o exercício conjunto da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado”.⁵⁸

Essas definições permitem chegar à conclusão mais óbvia de que o Direito Processual é o conjunto de normas que regem o processo. Entretanto, alguns ressaltam que ele é o “ramo da ciência jurídica que estuda e regulamenta o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional”.⁵⁹

A partir deste último conceito, percebe-se que a jurisdição e não o processo, como pode parecer a primeira vista, em razão da terminologia, é objeto central do Direito Processual, razão pela qual parte da doutrina sugere a mudança da denominação da disciplina para Direito Jurisdicional.⁶⁰ No entanto, a nomenclatura Direito Processual é a mais aceita e consagrada, não

⁵⁶ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general del proceso*, tomo I, p.6.

⁵⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, vol. 1, tradução brasileira de Cândido Rangel Dinamarco, p.3.

⁵⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p.46.

⁵⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit., p.5.

⁶⁰ AROCA, Juan Montero. *Evolución y futuro del derecho procesal*, p.71.

havendo dúvidas sobre o alcance da expressão e a qual ramo do Direito se refere quando utilizada, motivo que determina a preferência pela mencionada terminologia.⁶¹

A jurisdição, como função do Estado resultante de sua soberania, depende de outros institutos, além do processo que viabiliza seu exercício (ação, sentença, recursos, coisa julgada, por exemplo) e, por isso, o Direito Processual abrange não só a jurisdição, mas também todos esses institutos jurídicos que permitem sua efetiva aplicação.⁶²

Conforme já visto (item 1.1.6), a jurisdição se divide, quanto ao seu objeto, em penal e civil. A partir daí, pode-se definir o Direito Processual Civil como aquele que regula as lides não penais, não empresariais, não trabalhistas e não sujeitas a nenhuma das justiças especiais. O processo civil, então, abrange o direito comercial, tributário, administrativo, constitucional, financeiro e todas as pretensões que não se relacionam com a justiça especial e penal.⁶³ Para os objetivos deste trabalho, interessa somente o estudo da jurisdição civil em sentido estrito, ou seja, só das normas, princípios e leis que tratam do direito civil e do direito processual civil.

1.2.1.2 Origem

Há três fases nítidas na evolução do Direito Processual: a fase imanentista, a fase científica e a fase instrumentalista.⁶⁴ Esta separação é a mais relevante no desenvolvimento da ciência processual, uma vez que foi desenvolvida em meio a debates sobre a autonomia do Direito Processual e sobre a conceituação de seus elementos.

A fase imanentista caracteriza-se pela negação da autonomia científica do Direito Processual. O processo era visto como mero conjunto de formalidades para a atuação prática do direito material (direito civil, direito penal, etc). Este é direito substantivo, enquanto que o processo era direito adjetivo, secundário, só existia para atender às necessidades daquele direito.⁶⁵

Em meados do século XIX, sob a influência do jurista alemão Bernhard Windscheid (1817-1892), o conceito de ação que vinha do direito romano foi posto em discussão, sendo que para esse professor, a *actio* romana e a moderna ação estariam vinculadas ao direito subjetivo

⁶¹ CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit., p.6.

⁶² CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit., p.5.

⁶³ FILHO, Vicente Greco, op.cit., p.67

⁶⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit., p.7.

⁶⁵ *Ibidem*, p.7.

material que visavam tutelar, ou seja, ao direito que teria sido violado. Já Theodor Muther (1826-1878), ao estudar a *actio* romana e chamada *Klage* (ação) germânica, chega a conclusões diferentes entre o alcance dessas ações, pois para este jurista a ação não só existiria para amparar o direito, mas também seria o modo de exigir do Estado o dever de eliminar a lesão por aquele que a praticou. Haveria, então, um direito de agir contra o devedor e contra o Estado.⁶⁶

Essa controvérsia foi o marco para as novas diretrizes que tomara a doutrina processual, já que a ação, como um dos elementos do Direito Processual (os outros, conforme já visto, são a jurisdição e o processo) passou a ser encarada sem estar subordinada ao direito material.⁶⁷ A separação do direito de ação e do direito material, segundo Eduardo Couture, constituiu

“um fenômeno análogo àquele que representou para a física a divisão do átomo, pois foi a partir deste momento que o direito processual adquiriu personalidade e se despreendeu do velho tronco do direito civil”.⁶⁸

Nesse contexto, Oscar Von Bulow (1837-1907), em sua obra denominada *A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*, desenvolveu a teoria do processo como relação jurídica e integrante do direito público. Deve-se a ele a consagração da autonomia do Direito Processual em relação a qualquer outro ramo do Direito. A publicação da referida obra iniciou a fase científica do Direito Processual porque, a partir daí, foram fixados os conceitos essenciais que compõem a ciência processual, tais como os de ação, processo e coisa julgada.⁶⁹

Na medida em que não se podia mais duvidar da autonomia científica do Direito Processual, iniciou-se a última fase, a instrumentalista. Neste momento, o processualista se preocupou mais em melhorar os meios que objetivam o efetivo exercício da prestação jurisdicional, dando importância à celeridade e à segurança da tutela jurídica sem se esquecer de aproximá-la ao máximo da noção de justiça. O processo não é mais visto só como instrumento de atuação do direito material, mas também como meio à disposição do Estado para cumprir seus objetivos sociais, jurídicos e políticos.⁷⁰

Essa é a fase que vive a atual legislação brasileira, uma vez que tem buscado privilegiar aquele que deve receber uma prestação jurisdicional utilizando-se de regras que realmente

⁶⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p.272.

⁶⁷ PEREIRA, Estevam Augusto Santos, op.cit., p.22-23.

⁶⁸ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, 1976, p.63-64.

⁶⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit., p.8.

⁷⁰ *Ibidem*, p.9.

transformem uma sentença positiva em uma rápida e efetiva tutela igual ou correspondente ao que foi pleiteado.

1.2.2 Princípios norteadores

O Direito Processual, assim como qualquer ciência, está sujeito a princípios que orientam a interpretação da disciplina. Os princípios processuais mais importantes estão presentes na Constituição da República, sendo denominados de princípios constitucionais do Direito Processual. Vale ressaltar que esses princípios se diferenciam dos princípios gerais do Direito, uma vez que o art. 126 do CPC prevê o uso da analogia pelo juiz quando houver lacuna na lei. Se não houver norma análoga, os costumes deverão ser aplicados e somente sem estes é que a decisão será tomada com base nos princípios gerais do Direito. Os princípios constitucionais, por outro lado, devem ser aplicados em primeiro lugar, não em último, já que as normas constitucionais prevalecem sobre qualquer outra norma jurídica.⁷¹

O Princípio do Devido Processo Legal é o mais importante deles, sendo causa de todos os demais. Origina-se da expressão inglesa *due process of Law*, aparecendo pela primeira vez na Carta de João sem Terra de 1215 que estabeleceu a obrigatoriedade do julgamento pelos pares do julgado, ou seja, este só se submeteria às leis do seu país, leis que sua sociedade considerasse razoável. Atualmente, está consagrado no art. 5º LIV da CF/88: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Ressalta-se que a palavra processo está empregada em sentido bem amplo, referindo-se a atos legislativos, judiciais, administrativos e até mesmo nos atos negociais.⁷²

Ao se falar de direito ao processo, não está se remetendo apenas àqueles atos coordenados cujo objetivo é viabilizar o exercício da jurisdição, mas sim ao procedimento todo que permita às partes a possibilidade de convencer o juiz ou a autoridade competente por meio de provas e sustentando suas razões, legitimando de fato a jurisdição.⁷³

⁷¹ CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit., p.33.

⁷² DIDIER JR, Fredie, op.cit., p.30.

⁷³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p.90.

A partir dessa constatação, percebe-se que o Princípio do Contraditório é consequência do devido processo legal, sendo tão importante que a doutrina moderna afirma não existir processo sem contraditório.⁷⁴

O que caracteriza esse princípio é a obrigatoriedade da participação das partes: o juiz deve ouvir todos os envolvidos na lide, comunicando-os acerca dos atos processuais relevantes e devendo dar a oportunidade de se manifestarem sobre eles. Ressalta-se que não basta que a parte seja ouvida, ela deve o ser em condições de poder influenciar no convencimento do juiz.⁷⁵ Logo, a informação e a possibilidade de manifestação são elementos indispensáveis para a efetiva existência do contraditório.

A participação dos interessados na formação do provimento jurisdicional deve ser plena até que o provimento se torne definitivo, mesmo nos casos em que o juiz decide *inadita altera parte* (sem ouvir uma das partes – CPC, arts 929, 932, 937, 813 ss.) para evitar o *periculum in mora*, já que o desrespeito a esse princípio gera a inconstitucionalidade do ato ou norma.⁷⁶

Embora previstos no mesmo dispositivo constitucional (art. 5º LV da CF/88), os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa se diferenciam. Esta qualifica aquele, de modo que a atuação do direito de defesa se realiza através do contraditório.⁷⁷ Assim, a ampla defesa é direito fundamental de ambas as partes e consiste na adoção dos meios adequados para o exercício do contraditório.

A ampla defesa e o contraditório devem ser assegurados nos processos (em sentido amplo) que possuam litigantes ou acusados, razão pela qual é dispensável no inquérito policial onde ainda não existe litigante ou acusado, mas sim indiciado.⁷⁸

A Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal cuja redação é a seguinte: “a todos no âmbito judicial e administrativo, são asseguradas a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁷⁴ Nesse sentido DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p.178.

⁷⁵ DIDIER JR, Fredie, op. cit., p.45.

⁷⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p.63.

⁷⁷ MENDONÇA JR., Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. Editora Malheiros. São Paulo, 2001, p.55-57.

⁷⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p.89.

Sabe-se que o processo deve demorar algum tempo. Se for muito lento, não promoverá justiça porque os danos já serão grandes, mesmo se quem tiver razão obter a tutela jurisdicional pleiteada; se for muito rápido, gera inseguranças e provavelmente dará causa a um resultado injusto. Por meio do Princípio da Tempestividade da Tutela Jurisdicional, busca-se evitar uma demora excessiva do processo, devendo apenas se prolongar pelo tempo estritamente necessário para se alcançar o resultado mais justo. Elevado a princípio constitucional, legitima-se a sanção a comportamentos omissivos ou comissivos que tenham o fim de protelar o resultado final do processo.⁷⁹

O Princípio do Acesso à Justiça, mais conhecido como direito de ação, foi ampliado pelo Constituição da República de 1988 e agora engloba também a ameaça a direito, sendo que o novo texto exclui a referência original a direitos individuais. Assim está escrito o art. 5º, XXXV da CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Como medidas para realizar a efetiva garantia do acesso á justiça, foi estabelecida a assistência judiciária gratuita aos que não têm condições de arcar com as custas do processo (art. 5º, LXXIV), a responsabilidade do Estado de organizar a Defensoria Pública, atribuindo aos defensores algumas garantias do Ministério Público (art. 134) e até a criação de juizados especiais para julgamento mais célere de causas menos complexas (lei nº 9099/95).⁸⁰

Há outros princípios que regem o Direito Processual, tais como o da isonomia, publicidade, do juiz natural e da motivação das decisões judiciais, mas aqui não foram abordados porque foram escolhidos somente aqueles princípios que possuem relação com o direito de ação e o abuso desse direito, tema deste trabalho.

⁷⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit., p.58. O autor da exemplos de sanções que derivam do princípio em questão, tais como: possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela contra réu que abuse do direito de defesa (art. 273, II, do CPC); punição ao litigante de má-fé (art. 17 do CPC) e até mesmo a responsabilidade civil do juiz que, injustificadamente, retarda a prática de ato que deveria realizar (art. 133, II, do CPC).

⁸⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p.87/88.

2 DIREITO DE AÇÃO E ABUSO DO DIREITO

Após delimitar algumas noções importantes sobre jurisdição e processo, neste capítulo o foco será a ação. Parece óbvio nos dias de hoje que o cidadão tenha direito à ação para buscar a tutela de seus direitos, mas o conceito desse instituto, bem como suas condições e seus elementos levaram tempo para serem consolidados, sendo que ainda há controvérsia acerca dos limites daquele direito.

Nesse contexto, surge o problema do abuso do direito. O objetivo desse capítulo é justamente analisar de que maneira o legislador impôs limites à busca de um direito reconhecido, estando incluídos até mesmo os direitos fundamentais como o direito de ação e, além disso, demonstrar que a teoria do abuso do direito em nada conflita com as garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição Federal, muito menos com qualquer outro direito concedido pela legislação infraconstitucional.

2.1 Direito de Ação

Inicialmente, serão analisados o conceito, as teorias, as características, as condições e os elementos do direito de ação. A evolução do instituto e o entendimento de seus elementos são necessários para a posterior compreensão da teoria do abuso do direito de demanda.

2.1.1 Conceito e teorias evolutivas

Antes de tentar definir o que é a ação, é mais interessante conhecer as teorias acerca do tema, uma vez que cada uma delas possui um conceito diferente de ação.

A teoria privatista, clássica ou imanentista da ação entende que esta se resume no próprio direito material que reagia contra sua violação ou ameaça. A ação estaria ligada indissolúvelmente ao direito por ela tutelado e a partir daí foram extraídas três consequências: não há ação sem direito nem direito sem ação, uma vez que esta é elemento daquele; não existe também direito sem ação, pois ele perderia sua eficácia; a ação segue a natureza do direito (pessoal, real, etc.).⁸¹

Segundo a definição de Celso, juriconsulto romano que influenciou o pensamento de Ulpiano, a ação seria o direito de buscar em juízo o que nos é devido (*ius quod sibi debeat in iudicio persequendi*). Durante muito tempo se acreditou que a ação e o processo eram simples

⁸¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Da Reconvenção no Direito Brasileiro*. São Paulo, 1996, p.12.

meios de se garantir o direito substancial, motivo pelo qual não houve diferenciação entre a ação e o direito subjetivo material.⁸²

Essa doutrina predominou durante séculos, sendo que coube a Friedrich Karl Von Savigny seu maior desenvolvimento e sua maior consolidação. De acordo com o jurista alemão, a ação é condicionada a um direito e a uma violação desse direito. Logo, se não há direito, não tem como haver violação e se não há violação, o direito não poderia se formar em uma ação. O desenvolvimento da relação de direito era o que se entendia por ação.⁸³

Portanto, para a teoria imanentista, a ação nada mais era do que uma manifestação do direito material após sofrer uma lesão.⁸⁴ Essa ideia foi superada somente após o debate entre os juristas Bernhard Windscheid e Theodor Muther, em meados do século XIX. Windscheid publicou uma obra sobre a ação (*actio*) no Direito Romano, na qual concluiu que o conceito ali presente (teoria imanentista) não correspondia ao conceito moderno de ação, mas sim à pretensão, que para o alemão significava o poder jurídico de exigir do devedor o cumprimento da obrigação.

Para Muther, o conceito romano da *actio* coincidia com o conceito moderno de ação, mas esta seria a possibilidade de exigir tanto do devedor o que é devido quanto do Estado a solução do litígio. Posteriormente, Windscheid publicou obra na qual concordava com algumas afirmações de Muther, mas manteve seu conceito original de que a *actio* e a ação moderna eram distintas. A partir dessa polêmica, o direito material passou a ser considerado diferente do direito de ação, o que possibilitou o surgimento de diversas teorias com esse caráter dualista, reconhecendo a autonomia desse segundo direito em relação àquele primeiro.⁸⁵

Eis que surge a segunda teoria da ação, desenvolvida por Adolf Wach, denominada de concreta ou do direito concreto à tutela jurídica. Esta teoria defendia a já mencionada autonomia do direito de ação em face ao direito material, ou seja, independe da existência de uma violação ou ameaça a direito, tendo, por exemplo, as ações declaratórias onde o Estado é quem declara ou não a existência de uma situação jurídica e não o réu. A ação, portanto, é movida contra o Estado e tolerada pelo adversário vencido, ao qual pode se exigir o cumprimento do que foi determinado. Contudo, como a prestação jurisdicional só pode ser satisfeita por meio da proteção concreta, o

⁸² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op.cit., p. 271-272.

⁸³ PEREIRA, Estevam Augusto Santos, op.cit., p.177.

⁸⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit., p.107.

⁸⁵ *Ibidem*, p.108

direito de ação só existiria se houvesse sentença favorável. Oscar Von Bulow, importante defensor dessa teoria, chegou a dizer que: “a ação é o direito a uma sentença justa”. Assim, a ação seria direito público e concreto, pois é de responsabilidade do Estado e só existe quando há concretamente o direito subjetivo que se pleiteia.⁸⁶

A afirmação de que a ação é condicionada a uma sentença favorável não está correta, uma vez que durante a tramitação do processo, o juiz pode prolatar decisão favorável a qualquer uma das partes, não sendo esse um privilégio do autor. Além disso, se só há ação quando há sentença julgando procedente a demanda, não haveria que se falar em ação antes e durante o curso do processo, o que não é verdade. Por fim, diante de ações infundadas, não haveria explicação para os atos processuais praticados, pois o autor não teria respaldo legal para provocar a atividade jurisdicional do Estado.⁸⁷

Então, em 1903, o pensamento de Giuseppe Chiovenda deu origem à teoria do direito potestativo de agir. Para o jurista italiano, a ação é realmente um direito autônomo, assim como propôs Wach, mas diferentemente do alemão, entendia que ação se formula contra o adversário e não em desfavor do Estado ou em relação a este. A ação teria caráter público ou privado de acordo com a lei cuja atuação produz, pois para Chiovenda o titular do direito de ação tem o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei. Assim, o direito potestativo é entendido como aquele em que não há um dever jurídico, mas somente uma situação em que um sujeito (réu) deve se submeter ao direito do outro (autor).⁸⁸

Em suma, para essa teoria, a ação é um direito de poder, sem uma obrigação correspondente, apenas existe um exercício de um direito de quem tem razão contra quem não tem. Por isso e por atuar a vontade da lei ao caso concreto, é também uma teoria concretista e que subordina a ação à existência de uma sentença favorável.⁸⁹

Além das já referidas críticas à teoria do direito concreto à tutela jurídica, a teoria do direito potestativo peca ao dizer que a ação não é movida contra o Estado ou em relação a este. O autor pede a tutela jurisdicional aos órgãos competentes do poder estatal, sendo o poder jurisdicional o

⁸⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op.cit., p. 273.

⁸⁷ Críticas feitas por PEREIRA, Estevam Augusto Santos, op.cit., p.180.

⁸⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit., p.109.

⁸⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op.cit., p. 273.

responsável por reconhecer a legitimidade ou ilegitimidade do pedido e por determinar ao adversário que satisfaça esse pedido ou não.⁹⁰

Por fim, existe a teoria abstrata da ação, lançada por Heinrich Degenkolb na Alemanha em 1877⁹¹, antes mesmo da teoria de Chiovenda. Segundo essa linha de pensamento, o direito de ação não depende da existência do direito material e pouco importa se o autor vai receber uma sentença favorável ou não. Basta que o autor indique um interesse seu que é abstratamente protegido pelo direito, uma vez que ação e direito material não mais se confundem. Daí, a demanda pode ser procedente, improcedente e até mesmo temerária, o que não excluirá o direito de ação que nada tem a ver com o resultado do processo. É, portando, o direito de exigir do Estado a aplicação da lei em conformidade com o sistema jurídico que ele mesmo implantou.⁹²

Logo, o direito de ação é aquele cujo fim é provocar o Estado-juiz para se obter um provimento jurisdicional, seja lá qual for o seu teor. A ação é concebida como um direito da personalidade, já que todos possuem tal direito, sendo suficiente para exercê-lo que haja um interesse abstrato previsto pelo legislador.⁹³

Contudo, a teoria eclética da ação é a que predomina no Brasil, tendo sido desenvolvida por Enrico Tullio Liebman na década de 1940, enquanto esteve no Brasil, e foi concluída quando ele retornou à Itália.⁹⁴ Esta teoria, assim como a abstrata, não condiciona a ação à existência do direito material alegado pelo autor, ou seja, o direito de ação existe mesmo que o demandante seja vencido no processo. Todavia, diverge da teoria abstrata da ação porque subordina a existência do direito de agir às denominadas condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*). Desse modo, para essa teoria, só há ação se esses três requisitos estiverem presentes, sob pena de extinção do processo se algum deles estiver ausente, fenômeno conhecido por carência da ação.⁹⁵

O atual Código de Processo Civil, em seu artigo 267, VI, consagra a teoria eclética ao estabelecer que o processo será extinto sem julgamento de mérito se não concorrerem as condições da ação. Embora seja aquela a teoria dominante, alguns autores afirmam que as “condições” não são da ação e sim do seu legítimo exercício. Nesse contexto, o exercício do

⁹⁰ PEREIRA, Estevam Augusto Santos, op.cit., p.181.

⁹¹ A. Plósz desenvolveu doutrina semelhante em 1880 na Hungria.

⁹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op.cit., p. 274.

⁹³ CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit., p.110.

⁹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1, p.151.

⁹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit., p.111.

direito de ação, como qualquer outro direito, poderia ser legítimo ou abusivo de modo que a existência das “condições da ação” a tornam legítima e o fenômeno da carência da ação não deve mais ser visto como inexistência, mas sim como abuso do direito de ação.⁹⁶

Diante disso tudo, pode-se conceituar a ação como o direito de exigir do Estado uma prestação jurisdicional, seja ela favorável ou não. É o direito que possui o cidadão de ver um conflito solucionado, que é incondicionado a qualquer outro elemento, apenas deve observar certos requisitos, como qualquer outro direito, para que possa ser exercido de maneira legítima.⁹⁷

Assim, a ação é um direito abstrato, autônomo e pré-processual, que existe sem nenhuma restrição, sendo que a lei apenas regula a forma como ela será exercida, tal como faz com qualquer outro direito.⁹⁸

A despeito dessas considerações, o já mencionado o art. 267, VI, do CPC estabelece claramente as condições da ação como elementos essenciais de qualquer ação, sem os quais a consequência jurídica é a extinção do feito sem o julgamento do mérito.

2.1.2 Características

Analisando as teorias e o conceito de ação, algumas características podem ser identificadas. A ação é um direito subjetivo de provocar o Estado-juiz para que este exerça sua função jurisdicional. É também autônoma e abstrata, já que tem natureza diferente e não depende do direito material, respectivamente. Caracteriza-se pelo interesse de satisfazer um direito, que pode apenas se resumir à declaração de uma situação jurídica e, portanto, não precisa necessariamente haver um conflito de interesse com uma pretensão resistida, uma vez que o réu pode concordar com o pedido autoral (art.269, II do CPC). Ainda, é um direito que antecede o processo, mas se realiza com o litígio (pretensão deduzida em juízo).⁹⁹

A doutrina dominante afirma que a ação é dirigida apenas ao Estado, mas uma vez apreciada pelo juiz, pode gerar efeitos na esfera jurídica de outra pessoa: o réu ou o executado. Sendo um direito de natureza pública, a ação recebeu um tratamento constitucional (art. 5º,

⁹⁶ Nesse sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “*Legitimação para agir. Indeferimento da petição inicial*” in *Temas de direito processual: Primeira Série*, p.199 e TORNAGUI, Hélio Bastos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 1, p.90. Em sentido contrário, mantendo-se adepto à concepção original de Liebman, JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1, p.55.

⁹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit., p.113.

⁹⁸ TORNAGUI, Hélio Bastos. *Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1953, p.9.

⁹⁹ Disponível em <http://pt.shvoong.com/law-and-politics/law/828565-a%C3%A7%C3%A3o-processo-civil/>. Acesso em 12 de maio de 2014.

XXXV da CF/88). Ela se configura como uma garantia constitucional que abrange não só o direito ao processo e a resposta do Estado, mas também garante às partes o poder de influir no convencimento do juiz, utilizando todos os meios lícitos de prova possíveis, o direito do contraditório, o direito de sustentar suas razões, tudo por meio do que se costuma denominar de devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/88).¹⁰⁰

2.1.3 Condições da ação

O Código de Processo Civil brasileiro, conforme já dito anteriormente, foi influenciado pela teoria eclética de Liebman, o qual entende ser a ação um direito a uma sentença de mérito que está subordinada ao preenchimento das chamadas condições da ação. São três essas condições: legitimidade *ad causam*, interesse de agir ou interesse processual e possibilidade jurídica do pedido, todas desenvolvidas pelo processualista italiano em sua obra sobre processo civil.¹⁰¹

O artigo 3º do CPC trata da ação, quando menciona apenas o interesse processual e a legitimidade, mas no artigo 267, VI, ao cuidar das causas de extinção do processo sem resolução de mérito, faz menção à possibilidade jurídica, embora sem o complemento “do pedido”. Por expressa disposição legal, a ausência de qualquer uma das condições da ação gera a extinção do processo sem a análise do mérito.¹⁰² Convém explicar cada uma das condições, antes de se discutir as diversas críticas existentes sobre a maneira como o Código as trata.

A possibilidade jurídica do pedido se refere à possibilidade de apreciação pelo Judiciário de determinado pedido. Se não há a menor condição de se analisar tal pedido, porque o próprio ordenamento jurídico já o prevê como impossível, haverá impossibilidade jurídica do pedido e a consequente extinção do processo sem o julgamento do mérito. Em países onde o divórcio não existe, demandas que objetivam a declaração desse estado civil não serão sequer analisadas pelo juiz, que a rejeitará de plano sem ouvir a argumentação do autor, mesmo que este prove que tem razão. Exemplo comum no nosso sistema jurídico é a cobrança de dívidas de jogo de azar, vedada expressamente pelo art. 814 do Código Civil.¹⁰³

¹⁰⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op.cit., p. 277.

¹⁰¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

¹⁰² DIDIER JR., Fredie, op.cit., p.171.

¹⁰³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op.cit., p. 281.

O Princípio do Acesso à Justiça tem fundamentado o movimento de redução dos casos de impossibilidade jurídica do pedido. A jurisprudência vêm aceitando a maioria dos pedidos levados a conhecimento do Poder Judiciário, limitando bastante aqueles nos quais os tribunais não precisarão examinar a questão pleiteada.¹⁰⁴

Essa designação de possibilidade jurídica do pedido não é livre de críticas. Ao ligar essa condição somente ao pedido, restringe-se a ação a apenas um dos elementos caracterizadores da demanda, mas haveria problema em relação à causa de pedir. No exemplo de dívidas de jogo de azar, sabe-se que é lícito o pedido de condenação do devedor a certa quantia em dinheiro, o que não se tolera é a cobrança por causa de dívida decorrente de jogo proibido pelo ordenamento jurídico. Contudo, limitando a possibilidade jurídica ao pedido, nesse caso, a ação seria possível e o que seria configurado é a improcedência do pedido.¹⁰⁵

Essa distinção possui relevância, na medida em que a sentença de improcedência de mérito gera coisa julgada material e a questão não poderia ser, via de regra, rediscutida novamente, enquanto que a sentença proferida sem análise do mérito acarreta apenas coisa julgada formal, ou seja, o autor poderia propor ação idêntica novamente.¹⁰⁶

Nesse contexto, Alexandre Câmara afirma que a possibilidade jurídica se refere tanto ao pedido quanto à causa de pedir, o que significa dizer que o pedido e seu fundamento devem ser juridicamente possíveis, sob pena de carência da ação.¹⁰⁷ Por isso, prefere utilizar a expressão “possibilidade jurídica da demanda”.¹⁰⁸

As partes também integram a possibilidade jurídica, visto que, por exemplo, o preso não pode ser parte no Juizado Especial Cível, o que gera a impossibilidade do pedido feito contra pessoa que esteja nessa situação no momento da instauração do processo.¹⁰⁹ Nesse sentido, mesmo quando houver pedido lícito, haverá impossibilidade jurídica quando algum dos outros elementos da demanda (partes e causa de pedir) possuir alguma ilicitude. É que a prestação jurisdicional não pode ser concedida se existe alguma situação que caminhe em sentido contrário aos dos preceitos do direito material pretendido e em desacordo com os elementos da demanda,

¹⁰⁴ *Ibidem, ibidem*

¹⁰⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit., p. 120.

¹⁰⁶ FILHO, Vicente Greco, op.cit., p. 86.

¹⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. Vol. I, p.214-216; GRECO FILHO, Vicente, op.cit., p. 85-86.

¹⁰⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit., p. 120.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p.120.

daí a impropriedade da terminologia “possibilidade jurídica do pedido”, tendo em vista que não considera os outros dois elementos da demanda.¹¹⁰

Alexandre Câmara ainda conclui que a possibilidade jurídica não deveria ser uma condição da ação, porque não possui autonomia em relação ao interesse de agir, já que quem vai a juízo pleitear algo impossível não pode esperar nenhum proveito do provimento pleiteado.¹¹¹

Antes de examinar os aspectos de interesse de agir, cabe diferenciar interesse material de interesse processual. O primeiro é o denominado interesse primário, sendo aquele que o autor quer fazer valer em juízo, já o segundo é chamado de interesse secundário, pois é instrumento para a satisfação do interesse primário. O objeto do interesse processual é o provimento que se pede ao juiz para que o bem da vida pleiteado seja reconhecido, sendo este bem o objeto do interesse substancial.¹¹²

Ao Estado, embora tenha interesse no exercício da sua função jurisdicional, atividade essencial para a manutenção da ordem e da paz da sociedade, não cabe provocar o órgão responsável pela jurisdição. A prestação jurisdicional deve ser necessária, no sentido de ser indispensável à intervenção estatal, seja porque a outra parte não quer satisfazer a pretensão e, no caso, não se permite a autotutela, seja porque o ato judicial é necessário por lei para realizar a pretensão (ações constitutivas necessárias como, por exemplo, as ações de interdição e de separação litigiosa que precisam de sentença para ser válidas).¹¹³

Portanto, basta que o pedido seja necessário, isto é, que o autor não possa obter o solicitado por outro meio extraprocessual. Se a via jurisdicional for dispensável, ou seja, se a pretensão puder ser resolvida sem a participação do Judiciário, faltarão interesse de agir.¹¹⁴ Isso ocorre para evitar danos a quem realmente precisa da tutela jurisdicional, evitando a morosidade da justiça com demandas cuja apreciação pelo juiz é desnecessária.

O interesse processual ainda deve ser útil ao demandante, de maneira que o processo possa propiciar o resultado favorável pretendido. Logo, a situação jurídica pleiteada pelo autor tem de ser possível de se conseguir por meio de um provimento jurisdicional. Quando não for mais possível a obtenção do resultado almejado, haverá falta de interesse de agir, o que se denomina

¹¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p.298-299.

¹¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit., p.119.

¹¹² DIDIER JR., Fredie, op.cit., p.188.

¹¹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op.cit., p. 281; exemplos de DIDIER JR., Fredie, op.cit., p.189.

¹¹⁴ GRECO FILHO, Vicente, op.cit., p. 80.

de “perda do objeto da causa”. É o que acontece quando há cumprimento da obrigação antes da citação (se posterior à citação, será caso de reconhecimento da procedência do pedido – CPC, art. 269, II) e quando o valor do crédito exequendo for ínfimo em relação às custas pagas pelo processo de execução (CPC, art. 659, §2º).¹¹⁵ Vale lembrar que esse interesse pode se limitar à declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica e da falsidade ou autenticidade de documento (CPC, art. 4º).

A legitimidade das partes se traduz na titularidade da relação jurídica alegada pelo demandante no processo. O autor sempre afirma na petição inicial que existe uma relação jurídica com outra pessoa, o réu, sendo que esses são os legitimados para figurar no polo ativo e passivo da ação, respectivamente. Por exemplo, em uma ação de despejo, deve existir entre as partes uma relação de locação, assim como deverá haver uma relação de crédito e débito entre autor e réu em uma ação de cobrança.¹¹⁶

Esses exemplos se referem à chamada legitimidade ordinária, já que a regra geral é a de que somente os titulares do interesse envolvido na lide são legítimos para atuar em juízo. Contudo, o art. 6º do CPC prevê a hipótese de alguém pleitear em juízo, em nome próprio, interesse alheio quando a lei assim o autorizar. Portanto, em hipóteses expressamente previstas em lei, pessoa alheia ao conflito pode ser legítima para defender interesse alheio em juízo. É o que acontece no caso dos sindicatos, que têm legitimidade para defender o interesse de seus associados (CF/88, art. 8º, III) e no caso de mandado de segurança coletivo (CF/88, art. 5º, LXX).¹¹⁷

A legitimação ainda pode ser exclusiva; concorrente; isolada ou simples; conjunta ou complexa; total ou parcial e ordinária ou derivada. Quando o contraditório só puder ser exercido eficazmente com a presença de um determinado sujeito de direito, há legitimidade exclusiva. Se mais de um sujeito de direito estiver autorizado a discutir em juízo alguma situação jurídica, há legitimidade concorrente. O litisconsórcio unitário, no qual duas ou mais pessoas estão no mesmo polo do processo defendendo certo interesse, necessita de partes co-legitimadas.¹¹⁸

A legitimidade é simples quando o legitimado pode estar no processo sozinho e será conjunta quando houver necessidade da formação de litisconsórcio. Este litisconsórcio só ocorre no polo passivo, pois não existe hipótese de litisconsórcio necessário ativo. Será totalmente

¹¹⁵ DIDIER JR., Fredie, op.cit., p.188.

¹¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit., p.116.

¹¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit., p.117.

¹¹⁸ DIDIER JR., Fredie, op.cit., p.179.

legítimo aquele que puder atuar em todo processo, enquanto que quem puder atuar somente em certos incidentes terá legitimidade parcial (Exemplo: legitimidade passiva de juiz em exceção de suspeição ou impedimento). Por fim, a legitimidade será ordinária quando já vem da demanda inicial e derivada quando decorrente da originária e refere-se a situações de sucessão na titularidade do direito pleiteado e na qualidade de parte processual.¹¹⁹

Há quem defenda que a legitimidade extraordinária e substituição processual seriam expressões sinônimas. No entanto, outros afirmam que a legitimidade extraordinária e substituição processual não se confundem, pois o substituto processual só atua quando o legitimado extraordinário está defendendo, em nome próprio, interesse alheio sem a intervenção conjunta do legítimo ordinário. Logo, só haveria substituição processual quando alguém estiver em juízo, em nome próprio, no lugar do substituído sem a sua intervenção. Assim, se o Ministério Público entra com uma ação de investigação de paternidade em defesa do menor, haverá substituição processual. Se propuser essa mesma ação em conjunto com a criança ou adolescente, ocorrerá legitimidade extraordinária.¹²⁰

São essas as principais características das denominadas condições da ação, sem as quais o juiz sequer analisará o argumento de demanda proposta. Há críticas em relação à expressão “condições da ação”, uma vez que não se trata de um evento futuro e incerto que subordina a eficácia de um negócio jurídico, definição presente no artigo 121 do Código Civil. Também não poderia se falar em requisitos da ação, já que se ausentes algumas das três condições, o juiz prolatará sentença terminativa no exercício da função jurisdicional, o que só pode ser feito se exercido o direito de ação. Essas condições são necessárias para o provimento final do feito pelo juiz no processo (sentença cautelar nos processos cautelares, sentença de mérito no processo executivo, satisfação do crédito na execução), razão pela qual se prefere o termo “requisitos do provimento final”.¹²¹

A despeito dessas considerações, a expressão “condições da ação” está consagrada no ordenamento jurídico e serve para atender o objetivo a que se propõe, o de subordinar o exercício do direito de ação ao preenchimento de certos critérios objetivos.

¹¹⁹ DIDIER JR., Fredie, op.cit., p.179/180.

¹²⁰ Considerando a legitimidade extraordinária e a substituição processual como termos sinônimos, GRECO FILHO, Vicente, op.cit., p. 77-79 e DIDIER JR., Fredie, op.cit., p.180. Em sentido contrário, ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p.132-133 e CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit., p.118.

¹²¹Defendendo esse ponto, consulte-se CÂMARA, Alexandre Freitas, op.cit., p.115.

2.1.4 Elementos identificadores

Enquanto que as denominadas condições da ação se constituem em critérios que devem ser observados pelo autor no momento de elaboração da petição inicial, sob pena do pleito não ser analisado pelo juiz, os elementos da ação se referem às características próprias que servem para identificar a demanda proposta em juízo. São três: partes, causa de pedir e pedido.

Em relação às partes, fala-se em parte processual, material, legítima e ilegítima. A parte processual corresponde à pessoa que está na relação jurídica do processo, podendo sofrer as consequências da decisão final, pois atua com parcialidade, podendo assumir qualquer das situações jurídicas processuais. É esse tipo de parte que constitui um dos elementos da ação, sendo que a parte processual pode ser o demandante ou demandado, que são as partes principais, ou até mesmo a parte auxiliar, que não possui pedido formulado contra si, mas é sujeito parcial do contraditório (ex: assistente simples).¹²²

Em contrapartida, parte material refere-se ao sujeito que tem interesse no objeto da demanda discutida em juízo. A parte material pode ser parte processual ou não, já que, conforme dito em linhas anteriores, há casos em que a lei permite a legitimidade de outra pessoa, física ou jurídica, para defender, em nome próprio, interesse alheio. Dessa forma, pode ser parte processual quem não tenha interesse direto na procedência ou improcedência do pedido. Por fim, parte legítima é aquela cuja lei autoriza sua capacidade para estar em juízo discutindo determinada situação jurídica. Logo, parte ilegítima é aquela que não tem essa autorização, mas mesmo assim figura em um dos polos do processo. Ressalta-se que a parte ilegítima é parte, pois pode até alegar sua própria ilegitimidade como mecanismo de defesa.¹²³

Portanto, a parte que se configura como um dos elementos da ação diz respeito àquelas pessoas que participam da argumentação de suas razões ou do contraditório durante o processo judicial, sujeitando-se à autoridade do juiz, mediante pretensão deduzida que deve ser solucionada por meio de uma tutela jurisdicional. Essa pretensão pode ser caracterizada pelo pedido (autor) ou contra quem se formula esse pedido (réu), que podem estar representados ou assistidos, sendo essencial que uma situação fática e jurídica, entre esses dois sujeitos, seja

¹²² DIDIER JR., Fredie, op.cit., p.170.

¹²³ DIDIER JR., Fredie, op.cit., p.170. O autor, citando Carnelutti e Paulo Costa Silva, ainda fala em parte complexa que seria a união entre o incapaz e seu representante/assistente ou a pessoa jurídica e seus responsáveis, sendo caracterizada como complexa por ser formada por um conjunto organizado de indivíduos, em contraposição à parte simples, presente em juízo sozinha.

apreciada pelo Poder Judiciário. Logo, a parte pode ser legítima, ilegítima, material e, ao mesmo tempo, processual, bastando que estejam presentes as características aqui comentadas.¹²⁴

A petição inicial deve conter toda narrativa dos fatos que constituem ou declaram o direito do autor, assim como as consequências dessa narrativa (fundamentos jurídicos), isto é, o que autor pretende com o ajuizamento daquela demanda. Os motivos que levaram o autor a ajuizar a ação é o que se chama de causa de pedir. A relação fática ou jurídica mantida entre as partes, bem como a causa decorrente dessa relação que originou o conflito, forma o motivo pelo qual o autor teve necessidade de pleitear a tutela jurisdicional. Esses dois elementos (relação e causa) aliados a consequência jurídica, que é a consequência lógica e jurídica da união entre aqueles elementos cujo objetivo é mostrar o que o autor pretende com ação, formam a causa de pedir.¹²⁵

Cabe distinguir o fundamento jurídico do fundamento legal. O primeiro tem relação com a finalidade da lide, revelada por meio da consequência jurídica, que é proveniente da narrativa dos fatos, enquanto o segundo corresponde à indicação dos artigos da lei processual ou material que incidem sobre a situação fática e fundamentam a consequência jurídica buscada pelo autor. É importante dizer que, embora seja costume, o fundamento legal não é requisito da petição inicial (não está presente no art. 282 do CPC), uma vez que é função do juiz o enquadramento legal da situação descrita, tendo em vista o princípio *iura novit curia* (o juiz conhece o direito).¹²⁶

O pedido se traduz na prestação jurisdicional almejada pelo autor. Sob o ponto de vista processual, o pedido tem relação com a natureza da tutela jurisdicional, que pode ser condenatória, constitutiva ou declaratória no processo de conhecimento; acautelatória nas tutelas de urgência e satisfatória no processo de execução. Nesse sentido, diz-se que o pedido é imediato. Sob a ótica material, o pedido objetiva o recebimento do bem da vida que fundamenta a lide, sendo o resultado prático perseguido pelo autor com a demanda, configurando-se como pedido mediato. Logo, em uma ação de indenização, o pedido imediato é a condenação do réu e o pedido mediato é a efetiva entrega de certa quantia em dinheiro.¹²⁷

O art. 282, nos incisos II, III e IV do CPC consagra os elementos da ação como requisitos da petição inicial. O inciso II se refere às partes, o inciso III à causa de pedir e o inciso IV aos

¹²⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, op.cit., p. 284.

¹²⁵ BARROSO, Darlan, GIANCOLI, Brunno Pandori, MARINELI, Marcelo Romão. *Prática Processual Civil*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: editora RT, 2013, p. 52-53.

¹²⁶ GRECO FILHO, Vicente, op.cit., p. 92.

¹²⁷ BARROSO, Darlan, GIANCOLI, Brunno Pandori, MARINELI, Marcelo Romão, op.cit., p.54.

pedidos. Além disso, esses elementos são relevantes porque são indispensáveis em caso de alegação de litispendência (CPC, art. 301 §§ 1º e 2º – ocorre em ações idênticas cujas partes, causa de pedir e pedido são iguais) e coisa julgada (pedido com uma sentença transitada em julgado, via de regra, não poderá ser apreciado novamente).

Os elementos da ação também aparecem em aplicações práticas do processo: a causa de pedir ou pedido fundamentem a conexão de ações (CPC, art. 103); as ações com mesmas partes e mesma causa de pedir, porém uma delas com pedido mais abrangente que a outra dão causa à continência (CPC, art. 104); a causa de pedir justifica, quando idêntica de outra causa, o litisconsórcio voluntário (CPC, art. 46, III); o pedido delimita a abrangência da sentença, que não poderá ser de natureza diversa do que foi pleiteado (sentença extra petita), nem condenar o réu a quantidade superior do que lhe foi demandado (sentença ultra petita), hipóteses vedadas pelo ordenamento jurídico (CPC, art. 460).¹²⁸

2.2 O Abuso do direito

O cidadão, a partir da Constituição de 1988, obteve garantias fundamentais que estão reproduzidas no artigo 5º da Carta Magna, sendo uma delas o acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), que é exercida por meio do direito de ação. Deve-se ter em mente que nem mesmo os direitos fundamentais são absolutos, o que permite concluir que qualquer direito deve ser exercido de acordo com os limites impostos pelo sistema jurídico como um todo. Assim, os princípios gerais do ordenamento jurídico, como a lealdade e honestidade, são elementos essenciais a serem seguidos não somente ao se acionar o Poder Judiciário, mas também em qualquer outro ato processual. Ao se ajuizar uma demanda, o autor deve ter um motivo legítimo, pois é vedado se propor uma ação com objetivo de prejudicar a outra parte ou sem boa-fé, já que esta é necessária tanto na prática de atos quanto na observância dos elementos que possibilitem a tentativa de proteção de qualquer direito.¹²⁹

Cabe esclarecer, também, que a efetividade do processo é um direito fundamental (CF, art. 5º, LXXVIII) e o ajuizamento de uma demanda sem razoabilidade mínima atenta contra essa efetividade, tendo em vista que pode fazer com que o juiz sentencie a favor do sujeito que comete o ato abusivo. Mesmo sem sentença, o abuso do direito de ação pode ser usado para retardar

¹²⁸ GRECO FILHO, Vicente, op.cit., p. 91-93.

¹²⁹ CASTRO, Renato. *Julgamentos Liminares de Improcedência*. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p.77-79.

determinada obrigação ou prejudicar a outra parte apenas com a tramitação do processo, o que, se corrigido, será apenas no momento do provimento jurisdicional ou em sede recursal, sendo que esse tempo de duração do processo já é suficiente para causar danos a quem não os merecia e, dessa forma, ocasionar insegurança jurídica.¹³⁰

Essa insegurança existe, resumidamente, quando o órgão julgador decide de maneira contrária à Lei, tanto escrita quanto aos princípios que a regem, o que provoca no cidadão o receio com a justiça, sensação de impunidade e até estimula o uso de atos para conseguir vantagens indevidas. Por isso a importância de se reprimir rapidamente o abuso do direito de demanda.

2.2.1 Conceito

A noção de abuso do direito é antiga, tendo surgido a partir do momento em que o uso de determinado direito, legalmente previsto e legítimo, começou a ser ocultado sob uma forma aparentemente legal com o intuito de prejudicar alguém.¹³¹ Os romanos foram os primeiros a perceber o fenômeno, ainda que de forma meramente instintiva e empírica, pois só o reconheceram no instante em que surgira uma lide cuja motivação era o abuso de determinado ato. Os atos emulativos provenientes das disputas entre vizinhos, baseadas no direito de propriedade, a proteção do escravo contra o dono, do filho contra o pai, o direito do uso das águas e a proibição da emulação entre marido e mulher são alguns dos casos em que a jurisprudência romana já reconhecia o abuso de quem exercia determinado direito.¹³²

No processo brasileiro, o abuso do direito costuma estar relacionado com as hipóteses de litigância de má-fé e as sanções aplicadas também derivam do art. 17 do CPC, em sua maioria. Ainda, a teoria do abuso do direito encontra-se no Título III, art. 187, do Código Civil brasileiro, que dispõe sobre os atos ilícitos, o que dá a falsa impressão de que o ato abusivo é uma espécie de ato ilícito. Ao final, um dos objetivos desse trabalho é demonstrar a autonomia e independência da teoria do abuso do direito cuja aplicação prescinde da existência de culpa, requisito essencial ao ato ilícito.

¹³⁰ CASTRO, Renato, op.cit., p.59-60.

¹³¹ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Histórica com “considerações preliminares à guisa de atualização”, de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.11.

¹³² Os exemplos são de SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Abuso do direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: RT, 2005, p.19.

Embora não tivessem formulado uma teoria sobre o assunto, usando a figura do abuso do direito apenas para resolver determinados casos concretos que apareciam (Ex: a proibição do proprietário de demolir sua casa para vender os materiais), os romanos ofereceram as bases teóricas para o nascimento da relativização dos direitos individuais, uma vez que, embora limitadamente, reconheceram que certos atos não constituíam direitos absolutos e deveriam seguir determinadas regras. Assim, para a responsabilização do titular de um direito, necessário era que determinado ato, embora realizado em conformidade com os requisitos concretos do direito (objetivos), fosse contrário aos fins que levaram a proteção legal desse mesmo direito. É que a vontade do sujeito jamais pode ir contra e prevalecer sobre a vontade geral da sociedade, a consciência pública dominante da época, mesmo que não prevista expressamente nas leis promulgadas.¹³³

Entretanto, é importante destacar que não existia na legislação romana uma norma de caráter geral que proibia os atos abusivos, havendo apenas a vedação de algumas situações cuja prática do ato não tinha utilidade própria, apenas o interesse de lesar.¹³⁴ Essas violações intencionais a determinadas regras já postas caracterizavam, na Roma Antiga, o que se denominou de *aemulatio* ou *ato emulativo*.¹³⁵

Ocorre que a limitação do exercício do direito somente em certos casos, constituindo regras de caráter particular, não pôde fundamentar uma a teoria acerca do abuso do direito. O famoso brocardo romano atribuído a Cícero: “*summum jus, summa injuria*”, que significa dizer que a aplicação do Direito pode causar injustiças, ou seja, a aplicação literal da lei às vezes pode causar danos, tampouco pode embasar a mencionada teoria. Essa é uma das raras fórmulas genéricas romanas que proíbem o abuso do direito, sendo que há vários outros textos que exaltam o caráter absoluto dos direitos.¹³⁶

A Idade Média também não conseguiu contribuir para elaboração mais sólida da teoria do abuso do direito. Entretanto, esse período foi importante para o desenvolvimento da teoria dos *atos emulativos* que, por obra dos glosadores, ganhou autonomia. Para Rotondi, os glosadores foram obrigados a proibir esses atos de uma maneira muito mais ampla do que o previsto no

¹³³ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de, op.cit., p.20

¹³⁴ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de, op.cit., p.22.

¹³⁵ MARTINS, Pedro Baptista, op.cit., p.31-32. Segundo o autor, para a configuração do ato emulativo, “era necessária a convergência dos seguintes requisitos: a) exercício de um direito; b) que desse exercício resultasse um dano a terceiro; c) que o ato realizado fosse inútil para o agente; d) que a realização fosse determinada exclusivamente pela intenção de causar um dano a outrem”.

¹³⁶ MARTINS, Pedro Baptista, op.cit., p.21.

direito romano, pois a busca pelo perdão de Deus, a predominância da justiça divina e o próprio dever de justiça ficaram mais rigorosos nesse período, o que resultou na evolução da teoria da *aemulatio*. O ato emulativo, atualmente, é entendido como aquele exercido sem utilidade ou interesse para o titular do direito, com escopo de produzir mal a outrem, sendo que por muito tempo ele foi confundido com o abuso do direito, mas peca nesse ponto, pois os institutos não são iguais.¹³⁷

Percebe-se, então, que o período medieval proporcionou novos contornos à idéia da *aemulatio*, mas a teoria não conseguiu se consolidar nos séculos posteriores. Para Martins:

“A falência da teoria deve ser atribuída antes à prevalência do elemento intencional ou subjetivo sobre os demais requisitos que a integram. Como a prova do dano, aliada à da inutilidade do ato para seu agente, não era suficiente para caracterizar a emulação, que ainda ficava sujeita à prova da intenção exclusiva de prejudicar, é fora de dúvida que, praticamente, ela estava destinada a uma inevitável bancarrota”.¹³⁸

Em meados do século XVIII, com o advento da Revolução Industrial e a posterior emergência de uma nova classe social – a burguesia –, houve a necessidade da formulação de um conjunto de regras a qual todos deveriam observar (surgem as primeiras codificações modernas), visto que não mais se concebia o absolutismo monarca e o poder dos governantes tinha que ser limitado por leis já positivadas no ordenamento. Os novos Códigos, no entanto, não previam função social de direitos, sendo que estes deveriam ser exercidos de forma plena e absoluta, pois os ideais daquela classe social não eram compatíveis com a idéia de limitação da conduta individual.¹³⁹

Na França, durante a vigência da legislação anterior ao Código Napoleônico, prevalecia a vedação ao uso da propriedade em desacordo com sua destinação social. Com a promulgação do Código Civil Francês, triunfou novamente a noção individualista e absolutista dos direitos em detrimento da proibição do uso antissocial do direito de propriedade. Contudo, a despeito de não fazer parte da técnica jurídica, a teoria do abuso do direito exerceu enorme influência na aplicação prática do direito como resultado da jurisprudência local. A doutrina, percebendo os danos que um ato abusivo provocava e se utilizando dos princípios gerais do direito, estabeleceu

¹³⁷ ROTONDI, Mario. *L'Abuso di diritto – “Aemulatio”*. Pádua: Cedam, 1979, p. 106-197. Para Gusmão, a confusão ocorre sem razão porque a intenção de lesar, *o animus nocendi*, é pressuposto típico do ato emulativo, mas não essencial ao ato abusivo (GUSMÃO, Paulo Dourado de. *O abuso do direito*. RF, Rio de Janeiro, p.366.

¹³⁸ MARTINS, Pedro Baptista, op.cit., p.35.

¹³⁹ MARTINS, Pedro Baptista, op.cit., p.35-36.

o conceito social de relatividade, caracterizado pela flexibilização da lei diante de atos notoriamente contrários ao direito, embora formalmente legais.¹⁴⁰

Na Bélgica, a teoria recebeu também na jurisprudência grande importância, análoga à reconhecida pelos tribunais franceses, já que a lei do País era omissa em relação ao tema.¹⁴¹

Na Itália, onde ela da mesma maneira não estava inserida em qualquer dispositivo legal, a doutrina tendeu para a socialização do direito, embora não houvesse unanimidade devido à forte influência da ainda idéia absolutista dos direitos individuais.¹⁴²

O Código Civil espanhol não possuía uma regra geral que permitia se chegar à conclusão da vedação ao abuso do direito. Havia quem defendesse (Calvo Sotelo) que o referido diploma legal, em seu art. 1902, não tratava de omissões ou ações ilícitas, mas tão somente de condutas culposas ou negligentes. Por isso, não caberia a teoria do abuso do direito nesse artigo e, além do mais, a jurisprudência espanhola ainda a rejeitava, tendo como base a máxima *qui jure suo utitur noeminem loedit* (quem usa seu direito não prejudica ninguém). Porém, o professor espanhol ressaltou que a jurisprudência já vinha reconhecendo a necessidade de se limitar o exercício de alguns direitos, em alguns casos, quando tal exercício causasse dano em interesses de terceiros.¹⁴³

Na legislação portuguesa, houve controvérsia sobre a existência ou não da noção de abuso do direito. O art. 13 do Código Civil português ao preceituar: “Quem, em conformidade com a lei, exerce o próprio direito não responde pelos prejuízos que possam resultar desse mesmo exercício” claramente optou pela consagração do absolutismo dos direitos, não punindo quem exerça determinado direito previsto em lei, mesmo que em desconformidade com os fins do mesmo direito. Entretanto, o art. 2361 do Código Civil português dispunha que haveria obrigação de indenizar os danos provenientes da ofensa de um direito, sem condicioná-la à ausência de direito do agente responsável, sendo, portanto, plenamente possível a responsabilização de quem causar dano a outrem, mesmo no exercício de um direito legítimo. Nesse último sentido se posicionava a jurisprudência, a fim de acolher a teoria do abuso do direito.¹⁴⁴

Em 1794, o Landrecht (Código Civil prussiano elaborado por Allgemeines Landrecht) já preferia a tese subjetivista do abuso do direito, pois previu que o titular de um direito não está

¹⁴⁰ MARTINS, Pedro Baptista, op.cit., p.81-82.

¹⁴¹ *Ibidem*, p.82

¹⁴² *Ibidem*, p.82

¹⁴³ *Ibidem*, p.82-83.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p.84-85.

obrigado a reparar o dano se o exerceu dentro dos limites legais, a não ser que, dentre as várias maneiras de exercício, optou pela aquela mais danosa a outrem, com intuito de prejudicar.¹⁴⁵

Não demorou muito para se perceber a dificuldade em constatar a prova do elemento intencional dos atos abusivos. Na Alemanha, quando da elaboração do projeto de Código Civil em 1900, prevaleceu o critério subjetivista, reproduzido no art. 826 desse diploma legal cujo critério para a reparação do dano é que este seja produto da intenção do agente e contrário às boas maneiras. Reforça-se ainda essa idéia ao se ler o art. 226 do referido código que não admitia o exercício de um direito se seu único propósito é lesionar terceiro.

Inicialmente, o anteprojeto de Código Civil suíço só previa como exceção ao absolutismo dos direitos subjetivos os abusos referentes ao direito de propriedade. Então, o legislador suíço de 1907, de maneira muito avançada para a época, introduziu em seu artigo 2º dispositivo que veda o abuso manifesto de um direito, despreocupando-se com o fator psicológico do agente.

Vale ressaltar a excelência da técnica suíça, pois o abuso do direito pode surgir de várias maneiras diferentes, sendo impossível para o legislador fixar todas elas. Condicionar o abuso à intenção de prejudicar mostrava-se difícil, já que o juiz não dispõe de tempo e nem de meios eficientes para descobrir o que se passa na cabeça do indivíduo cuja prática de um ato abusivo só restava configurada, pelo órgão julgador, se ocorresse de forma evidente. Portanto, é medida extremamente prudente a criação de leis com caráter objetivo, geral, com o intuito de que as diversas relações sociais possam se acomodar a sua letra, ou pelo menos a seu espírito, em conformidade com a finalidade que teria motivado sua edição.¹⁴⁶

Nesse contexto, o Código Civil de 1916 previu a responsabilidade civil pela prática de atos abusivos em seu art. 160, I estipulando de maneira bem tímida a repressão a esses atos: “Não constituem atos ilícitos: I – Os praticados em legítima defesa, ou no *exercício regular de um direito reconhecido*”. Assim, reconheceu-se a possibilidade de se reparar um dano ainda que no exercício de um direito reconhecido. Colocou-se o supracitado artigo entre os atos ilícitos buscando reprimir o ato imoral que é o abuso do direito. Mesmo ao se preferir a forma negativa, ao invés de se vedar diretamente o abuso do direito, é evidente que se o uso regular de um direito não constitui ato ilícito, o irregular é, pois, ilícito.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p.85.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p.87-88.

A construção da teoria do abuso do direito deve muito à jurisprudência francesa dos séculos XIX e XX, que possibilitou uma interpretação extensiva do art. 1382 do Código Civil francês¹⁴⁷, dispositivo geral sobre a responsabilidade civil, semelhante ao art. 186 do nosso Código Civil.¹⁴⁸ A teoria, como vista atualmente (autônoma e independente), é fruto de uma reação ao pensamento individualista que predominou em todas as codificações do século XIX.

O artigo 187 do atual Código Civil brasileiro (CC/02)¹⁴⁹, dispositivo consagrador da teoria do abuso do direito, possui uma redação genérica que limita o exercício de um direito. O art. 160, I do Código Civil de 1916, atual art. 188, I do CC/02¹⁵⁰, por outro lado, previa o ato abusivo de forma implícita, pois permitia um raciocínio *a contrario sensu* que vedava o exercício irregular do direito. O emprego de expressões genéricas tais como *exercício irregular e excesso* indicam que, para que haja abuso, deve o agente atuar dentro dos limites da norma, mas em desconformidade com os fins econômicos ou sociais da regra legal, ou ainda contra os ditames da boa-fé ou dos bons costumes.

2.2.2 Elementos identificadores

Antes de se aprofundar nas teorias do abuso do direito e, assim, delimitar os elementos que identificam a teoria atual, necessário é a compreensão da noção de direito subjetivo, pois existe uma vinculação estreita entre os dois institutos. De forma bem simples, pode se definir direito subjetivo como sendo uma garantia dada ao indivíduo, dependente da sua vontade, para satisfazer seus interesses. É o poder que o sujeito possui de proteger e buscar a tutela de um direito legítimo, seja exigindo a prestação ou omissão de atos, seja requerendo o cumprimento de uma obrigação a que alguém esteja submetido.¹⁵¹

¹⁴⁷ “Art. 1382: *Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par La faute duquel Il est arrivé, à Le repare.* (Qualquer fato oriundo daquele que causa um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorrer a reparar este dano)”.

¹⁴⁸ ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*: Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, vol. 60, São Paulo: RT, 2007, p.29.

¹⁴⁹ Art. 187 do CC/02: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

¹⁵⁰ Art. 160, I do CC/16: “Não constituem atos ilícitos: os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

¹⁵¹ BARROS, João Álvaro Quintiliano. *Abuso de direito. Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 727, 2 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6944>>. Acesso em: 03 de maio 2014.

Segundo Cunha de Sá¹⁵², existem três maneiras em que o titular do direito subjetivo poderá se comportar: o comportamento do indivíduo está de acordo com a estrutura formal do direito subjetivo exercido e também com o valor normativo que lhe é inerente. Nesta hipótese, há um exercício regular e legítimo de um direito; o comportamento do titular do direito subjetivo está em desconformidade com a estrutura formal de tal direito. Esta possibilidade configuraria um ato ilícito; o comportamento do sujeito está em conformidade com a estrutura formal do direito subjetivo que se pretende exercer, todavia, contraria o sentido normativo interno de tal direito, isto é, o valor que se apresenta como seu fundamento jurídico. Seria o caso, portanto, da caracterização do abuso do direito.¹⁵³

A teoria do abuso do direito evoluiu bastante, partindo da insensibilidade em relação à questão até se tornar umas das principais preocupações da doutrina processual contemporânea. Essa evolução está diretamente relacionada à mudança de perspectiva que ocorreu quanto ao modo de analisar o comportamento dos sujeitos processuais quando exercem direitos subjetivos.¹⁵⁴

Com essas noções em mente, pode-se adentrar nas principais teorias que surgiram sobre o tema, quais sejam: teoria negativista, a teoria subjetiva ou psicológica, a teoria objetivista ou finalista e a teoria mista ou eclética, sendo que, com exceção da primeira teoria, que nega a existência de atos abusivos, a principal divergência, entre as outras três, refere-se à importância do elemento subjetivo (dolo ou culpa) na configuração do ato abusivo.¹⁵⁵

A teoria negativista se caracteriza pela negação da idéia de direito subjetivo, entendendo ser impossível o abuso de algo que não existe. Para Léon Duguit, quando um ato deixasse de observar o direito objetivo, ele seria simplesmente contrário a esse direito, sendo que isso não configuraria um ato abusivo.¹⁵⁶ Partindo-se da premissa de que uma ação conforme o direito não caracteriza o exercício de um direito subjetivo, pois este não existe, a prática de um ato em desconformidade com o ordenamento, com fim ilícito, constituiria apenas a violação do direito objetivo.

¹⁵² CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997, p.465-466.

¹⁵³ *Ibidem*, p.465-466.

¹⁵⁴ ABDO, Helena Najjar, op.cit., p.26.

¹⁵⁵ CASTRO, Renato, op.cit., p.69-70

¹⁵⁶ CASTRO, Renato, op.cit., p.70

O pensamento do jurista francês está em harmonia com a sua idéia de que os homens só têm deveres e não direitos. Estes seriam só meios cujo fim era possibilitar ao cidadão o cumprimento de um dever.¹⁵⁷ O engano de sua teoria é generalizar a existência somente de deveres na sociedade, resultado de seu combate veemente ao direito subjetivo.

Outro pensador famoso da teoria negativista é Marcel Planiol, para quem o uso do direito só poderia ser feito de maneira lícita. Segundo o professor francês, o direito cessaria onde começasse o abuso, pois não se pode abusar de um direito, tendo em vista que nenhum ato poderia ser conforme e contrário ao direito.¹⁵⁸

Já para os adeptos da teoria subjetivista, a maior ou menor relevância do elemento subjetivo (dolo ou culpa) é a variável que determina o abuso. A mais conhecida das correntes subjetivistas exige como requisito para a configuração do ato abusivo a presença imprescindível do elemento intencional. A intenção de prejudicar outrem, quando no exercício de um direito subjetivo, é essencial para se pensar em abuso do direito.¹⁵⁹

A segunda corrente subjetivista entende que além da vontade de lesar, também é necessário que o ato não seja útil ou proveitoso para o agente que o pratica. Para os partidários dessa corrente, se o agente que pratica o ato e tem alguma utilidade ou proveito com ele, não há que se falar em abusividade de tal ato, mesmo que o exercício do direito seja feito exclusivamente com o intuito de prejudicar.¹⁶⁰

O último desdobramento da teoria subjetivista não faz distinção entre abuso do direito e ato ilícito. Se o titular de um direito o exercesse culposa ou dolosamente, de maneira a gerar danos, deveria responder por seus atos de acordo com as hipóteses da responsabilidade civil.¹⁶¹

O interesse dos tribunais pela solidariedade social no ordenamento jurídico se deu a partir do século XIX, época na qual o processo de urbanização e industrialização ganhava força, assim como as desigualdades e a utilização antissocial de direitos.¹⁶²

¹⁵⁷ MARTINS, Pedro Baptista, op.cit., p.23.

¹⁵⁸ PLANIOL, Marcel. *Traté élémentaire de droit civil*, p.158-159.

¹⁵⁹ ABDO, Helena Najjar, op.cit., p.38.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p.38

¹⁶¹ *Ibidem*, p.38. O problema das três correntes subjetivistas é que ficaria muito complicado aplicar a teoria do abuso do direito. Todas têm como característica em comum o elemento subjetivo, mas o intuito maléfico do titular do direito é de difícil comprovação, o que levaria a uma condenação do agente apenas nos casos em que ficasse evidente o *animus nocendi*.

¹⁶² CASTRO, Renato, op.cit., p.73.

Nesse contexto, para os objetivistas o abuso do direito não se caracterizaria pela vontade de prejudicar alguém, pela culpa ou pela ausência de um interesse legítimo, mas sim por um elemento objetivo: o evidente uso anormal de um direito subjetivo.¹⁶³ O exercício legítimo do direito deve tanto cumprir sua estrutura formal, quanto atingir, de fato, o fundamento sobre o qual esse direito é constituído, levando em consideração a finalidade da norma para poder ter validade.

Logo, para os objetivistas, o que importa para se reconhecer um ato como abusivo é o desvio de finalidade que porventura ocorra quando se utilize de um direito subjetivo. Saleilles foi o principal defensor dessa teoria e sua lição é de extrema importância, pois segundo Clovis Beviláqua¹⁶⁴, o pensamento daquele jurista fundamentou a teoria do abuso do direito adotada pelo nosso Código Civil de 1916, art.160, I, aqui já transcrito.

Segundo Saleilles, para que o ato fosse abusivo ele deveria ocorrer sem interesse legítimo ou utilidade para o seu titular, sendo que o direito seria usado anormalmente. Esse uso anormal estaria evidenciado quando, ao se exercer o direito subjetivo, fosse violada a destinação econômica ou social do mesmo, o que a consciência pública reprovava, pois, do ponto de vista social, todo direito é relativo. Essa orientação também inspirou o atual Código Civil, que adotou critérios essencialmente finalistas como requisitos do abuso do direito (vide art. 187 do CC/02).¹⁶⁵

Por fim, chega-se ao estudo da teoria *mista ou eclética*. De acordo com Louis Josserand, principal expoente dessa teoria, o abuso do direito resulta de uma combinação de critérios subjetivos e objetivos, daí a teoria ser chamada de mista, já que mistura os critérios das teorias objetivistas e subjetivistas.¹⁶⁶

Uma das maiores contribuições de Josserand foi a utilização da noção de espírito dos direitos como critério superior que fundamenta a exigência de um motivo legítimo (elemento subjetivo) e da função social (elemento objetivo) para o exercício de um direito. Logo, haverá abuso do direito quando determinada prerrogativa jurídica (direito subjetivo) for exercida de forma contrária ao espírito desse mesmo direito. A função social do direito, aliada ao motivo que

¹⁶³ *Ibidem*, p.73.

¹⁶⁴ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v.1, p.473.

¹⁶⁵ ABDO, Helena Najjar, *op.cit.*, p.40.

¹⁶⁶ JOSSERAND, Louis. *Del' esprit des droits et de leur relativité* – Théorie dite de L'abus des Droits, p.400.

torna seu exercício legítimo, é o que ele entende como espírito do direito e, por isso, se qualquer desses elementos for desrespeitado, haverá abuso do direito.¹⁶⁷

Ocorre que averiguar se há motivo legítimo quando se exerce um direito é tarefa complicada. O autor francês sugere a análise das razões que levaram à prática do ato, bem como aos meios que foram utilizados nessa prática. A união dessas duas análises permitiria identificar se o agente atuou, de fato, sob a perspectiva de um motivo legítimo.¹⁶⁸ Contudo, já que o ônus da prova incumbe a quem alega a abusividade do ato, Josserand reconhece a dificuldade em provar um fato negativo: a ausência de motivo legítimo. Sustenta que o interessado deve provar a existência de um motivo ilegítimo, como por exemplo, a fraude, a má-fé, o conluio para, assim, comprovar que o ato é abusivo.¹⁶⁹

Quanto ao critério objetivo (função social), afirma que, assim como a lei não pode ser aplicada sem se levar em consideração seu espírito, os direitos não podem ser realizados de forma contrária à sua finalidade, à sua missão social, ao fundamento, emanado da consciência pública, que levou à positivação desse direito.¹⁷⁰ Assim, Josserand entende que o exercício do direito subjetivo está limitado pelo fim do direito a ser exercido. É a consagração da relativização dos direitos subjetivos.

A refutação das obras de Duguit e Planiol é a ele atribuída. A tese deste último teria confundido dois sentidos da palavra “direito”, ora referente a uma determinada prerrogativa (direito subjetivo como, por exemplo, a propriedade), ora ao conjunto de regras sociais, à juridicidade, (direito civil, direito penal). Logo, percebe-se que o ato poderia estar formalmente de acordo com o direito de propriedade, mas, na prática, em desconformidade com o espírito da norma dentro do direito civil.¹⁷¹

Para o referido autor, a contradição apontada por Planiol decorre das várias interpretações possíveis que se pode ter com a expressão “abuso do direito”, em razão da amplitude do termo *direito*, que ocupa várias páginas do dicionário, porque possui diversos sentidos e da imprecisão técnica do termo *abuso*. Por isso, até chegou a propor o uso da expressão *détournement de droit* (desvio do direito).¹⁷² Apesar das críticas, a referida expressão já está consagrada e traduz

¹⁶⁷ JOSSERAND, Louis, op.cit., p.414.

¹⁶⁸ JOSSERAND, Louis, op.cit., p.400/401 e 413.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p.406/409.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 10.

¹⁷¹ JOSSERAND, Louis, op.cit., p.332.

¹⁷² JOSSERAND, Louis, op.cit., p.333.

razoavelmente bem o significado da teoria: vedação ao exercício irregular de um direito subjetivo, cujos limites são ultrapassados.¹⁷³

Em relação às críticas feitas à locução abuso do direito, vale mencionar a lição de Michele Taruffo, processualista italiana que com muita lucidez esclarece que, “os nomes não podem ter maior significado do que as próprias coisas denominadas”.¹⁷⁴

No entanto, conforme já dito em linhas anteriores, o principal dispositivo do nosso atual Código Civil, que consagra a teoria do abuso do direito, é o art. 187 que assim dispõe: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Diante da redação desse dispositivo, é possível perceber alguns critérios que definem a abusividade do ato: o abuso deve ocorrer durante o exercício de um direito subjetivo; o agente deve ser titular desse direito; os limites impostos pelo fim social e econômico do direito, pela boa-fé ou pelos bons costumes devem ter sido ultrapassados e, por fim, o excesso deve ter sido manifesto¹⁷⁵.

Segundo Cunha de Sá, o legislador brasileiro, em relação ao instituto do abuso do direito, inspirou-se na regra do atual art. 334 do Código Civil português o qual dispõe: “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”. Sobre esse tema, o jurista português esclarece que o legislador de Portugal teve como base o disposto no Código Civil grego (“art. 281: Todos são obrigados, no exercício de seus direitos e no cumprimento de suas obrigações a respeitar as regras da boa-fé. O abuso de um direito que cause prejuízo a terceiros não é protegido pela lei”)¹⁷⁶.

Logo, percebe-se que o legislador brasileiro adotou a teoria objetiva do abuso do direito, segundo a qual é dispensável o elemento subjetivo para a caracterização do dano.

¹⁷³ ABDON, Helena Najjar, op.cit., p.33.

¹⁷⁴ TARUFFO, Michele. *General Report. Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*, p.8.

¹⁷⁵ ABDON, Helena Najjar, op.cit., p.46.

¹⁷⁶ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto, op.cit., p.76.

2.2.3 Efeitos

Ao Estado, quando há um conflito na sociedade sem possibilidade de resolução pacífica entre os próprios conflitantes, incumbe o dever de amparar os cidadãos com resultados concretos e efetivos, baseados nas leis vigentes à época dos fatos, no intuito de se resolver o problema levantado pelas partes. Essa é a função da tutela jurisdicional, que pode ser considerada como o conjunto de dispositivos estabelecidos pelo legislador com objetivo de, efetivamente, dar poderes ao vencedor da lide para buscar seu interesse, legitimado pelo direito material.¹⁷⁷

Ao tratar do abuso do direito no plano processual, o que se vem primeiro a mente é a questão da litigância de má-fé (art. 17 do CPC).¹⁷⁸ É certo que sempre que há litigância de má-fé, há abuso do direito no processo, mas o contrário não é verdade. Um pedido ou recurso evidentemente improcedente pode ser reprimido pelo indeferimento da petição inicial e pela técnica da manifesta improcedência, respectivamente, sem que haja condenação por litigância de má-fé. Por exemplo, há abuso do direito de recorrer quando se interpõe um recurso manifestamente improcedente, sem que necessariamente se incorra na hipótese do art. 17, VII do CPC, a qual depende da verificação do elemento subjetivo, “intuito manifestamente protelatório”.¹⁷⁹

Quanto ao pedido manifestamente improcedente, há a possibilidade de indeferimento de plano da inicial, já que configura abuso do direito de demandar, mesmo se não houver condenação por litigância de má-fé. É exatamente o abuso do direito de demanda o foco deste trabalho, um assunto que vem preocupando todos os operadores do direito, pois “é indiscutível que o direito de ação pode trazer consequências tão graves que nem mesmo a aplicação dos princípios de responsabilidade terá condições de recompor”.¹⁸⁰

A principal diferença entre o abuso e a litigância de má-fé é que o abuso ocorre quando há desvio de finalidade na prática de algum ato processual (apresentação de defesa ou recurso, propositura da demanda, por exemplo), mesmo sem a existência do dano, embora este eventualmente possa ocorrer, hipótese que permitirá a responsabilidade civil do agente. Ao

¹⁷⁷ CASTRO, Renato, *op.cit.*, p.46.

¹⁷⁸ 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.

¹⁷⁹ CASTRO, Renato, *op.cit.*, p.80.

¹⁸⁰ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de, *op.cit.*, p.129.

contrário, a litigância de má-fé exige que haja algum dano à parte contrária ou à Administração da Justiça, já que possui finalidade punitiva e ressarcitória.¹⁸¹

O direito de ação é uma garantia fundamental (CF/88, art. 5º XXXV), mas, assim como qualquer outro direito, deve observar certos limites para não lesar outrem. É que o Poder Judiciário não deve ser movimentado por meros caprichos ilegítimos, nem por interesses desprovidos de alguma razoabilidade, o que configura o uso vicioso do direito de ir a juízo. Quem recorre à via judicial deve ter um motivo sério para pleitear determinada tutela jurídica, sem o qual se constitui o exercício irregular de direito.

Portanto, o exercício do direito de ação não é absoluto, devendo observar certos requisitos para que não se configure o abuso desse direito. Interesses individuais ilegítimos, como por exemplo, movimentar um processo apenas para incomodar a outra parte, não devem ser protegidos pela lei. Entretanto, pelo fato da propositura da demanda ser o primeiro ato praticado pela parte, é difícil de verificar o abuso, pois se presume de boa-fé quem invoca o Poder Judiciário.¹⁸²

Nesse mesmo sentido já havia se pronunciado Pedro Baptista Martins sobre o problema do abuso do direito de demandar, já que:

“o exercício da demanda não é um direito absoluto, pois que se acha, também, condicionado a um motivo legítimo. Quem recorre às vias judiciais deve ter um direito a reintegrar, um interesse legítimo a proteger, ou pelo menos, como se dá nas ações declaratórias, uma razão séria para invocar a tutela jurídica”.¹⁸³

A consequência da prática de um ato abusivo é a imposição de uma sanção ao responsável pela conduta. Na maioria das vezes, o abuso é revelado apenas quando atinge seu resultado, motivo pelo qual a solução repressiva do ato é mais comum do que a preventiva. Reprime-se o ato ante a dificuldade de preveni-lo.¹⁸⁴

A prevenção do abuso se dá mediante os deveres de lealdade e boa-fé, sendo que se desrespeitados há previsão de alguma sanção. As sanções mais comuns contra o ato abusivo são a imposição de multa e a obrigação de reparar os danos causados. Conforme já dito, o dano não é elemento essencial do abuso do direito, razão pela qual também há a sanção de nulidade do ato

¹⁸¹ CASTRO, Renato, op.cit., p.80 e 81.

¹⁸² AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. Vol. 1. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1958, p 18 e 19.

¹⁸³ MARTINS, Pedro Baptista, op.cit., p.71.

¹⁸⁴ ABDO, Helena Najjar, op.cit., p.227.

abusivo praticado, a restrição de direito e até sanções referentes aos poderes concedidos ao juiz.¹⁸⁵

Os artigos 16 e 18 do CPC e 17 da Lei de Ação Civil Pública dispõem que os litigantes de má-fé arcarão com indenização e perdas e danos, bem como a aplicação de multa cominada pelo juiz pelo ato reprovável. Em relação à multa há ainda aquela aplicada contra atos atentatórios contra a dignidade da justiça (CPC, artigos 599-601), em caso de ausência de cumprimento da sentença no prazo de 15 dias (CPC, art. 475-J) e se há interposição de agravo manifestamente inadmissível ou infundado (CPC, art. 557 § 2º).

Esse mesmo dispositivo sobre o agravo manifestamente inadmissível ou infundado (art. 557 § 2º do CPC) condiciona a interposição de qualquer outro recurso ao depósito da multa ali prevista, situação que configura uma restrição de direito. Do mesmo modo, o art. 538, parágrafo único do CPC determina o pagamento de multa por reiteração de embargos protelatórios como condição para interposição de outro recurso.

O juiz possui alguns poderes para evitar o abuso do direito, tal como o poder de indeferir diligências que considere protelatórias ou inúteis (art. 130 do CPC), o de antecipar os efeitos da tutela em caso de abuso do direito de defesa (art. 272, II do CPC) e o de prevenir atos contrários à dignidade da justiça (art. 125, III do CPC).

Sobre a nulidade de atos, vale lembrar os artigos 247 do CPC (citação nula se realizada sem os preceitos legais) e 266 (ato nulo se praticado durante a suspensão do processo) , bem como o art. 51, inciso IV do CDC (prevê a nulidade de cláusulas contratuais abusivas no fornecimento de produtos e serviços ao consumidor).

Não se admite mais que o direito positivado possa prever taxativamente todas as condutas antissociais ou indesejáveis. Tal função será mais bem desempenhada pelos princípios, uma vez que os mesmos passaram a assumir um maior grau de normatividade, permitindo uma constante adequação do ordenamento jurídico às exigências de nosso tempo, de forma a tornar o sistema mais dinâmico.¹⁸⁶

O abuso do direito então não mais se relaciona com o exercício irregular de um direito ou prerrogativa individual com intuito de lesar, já que assumiu uma função limitadora destes com base em valores morais. Esses valores que limitam agora devem observar a boa-fé (a objetiva,

¹⁸⁵ *Ibidem*, p.228.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p.228.

baseada no padrão de conduta honesta que se espera ao buscar os próprios interesses), os bons costumes e a função social e econômica dos direitos. Entretanto, manteve-se o dispositivo referente ao abuso do direito no capítulo referente ao ato ilícito, não reconhecendo a autonomia e diferença que há entre o ato abusivo e o ato ilegal. A própria lei estabelece que “também comete ato ilícito”, dando a falsa impressão de que o abuso seria uma espécie do gênero da ilicitude dos atos, sendo que estes estão sempre vinculados ao elemento da culpa, diferentemente dos atos abusivos.

Ocorre que a teoria do abuso do direito de ação deve ser aplicada até mesmo nos casos em que não há um dano à outra parte (se ocorrer caberá responsabilização civil), pois não se pode conceber que haja demandas infundadas em nosso sistema jurídico, já congestionado de ações, tendo em vista também que a efetividade e celeridade processual, direito fundamental consagrado na Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII), é claramente violado com a propositura de ações com desvio de finalidade.

3. O ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO E A SEGURANÇA JURÍDICA PROCESSUAL

Neste capítulo, será feita uma análise de como o abuso do direito de demanda viola a segurança jurídica. O direito de ação é garantia fundamental de todos os cidadãos, previsto de maneira expressa e bem ampla no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, mas se utilizado abusivamente, pode acarretar conseqüências cujas sanções atualmente existentes para esse tipo de abuso muitas vezes não são capazes de compor.

Conforme demonstrado no capítulo anterior, o abuso do direito ocorre quando o sujeito exercita um direito legítimo com desvio de finalidade, ou seja, de maneira desvirtuada, em desconformidade com os princípios que fundamentaram a proteção legal do direito que se pleiteia. Em relação ao direito de ação não é diferente, na medida em que o abuso desse direito ocorre quando o autor não possui uma razão séria para invocar a tutela jurisdicional, utilizando-se da demanda com os fins diversos daqueles aceitáveis pela boa-fé e pelos bons costumes.

Portanto, há abuso do direito de ação quando o autor se utiliza da demanda, sob o fundamento de um aparente exercício de direito legítimo, para conseguir vantagem vedada pelo ordenamento jurídico. Uma vez que nenhum direito pode ser considerado absoluto, o direito de ação também deve ser exercido de acordo com os demais princípios que norteiam o ordenamento jurídico, principalmente o da boa-fé e da razoabilidade, pois qualquer pessoa deve possuir um motivo sério e legítimo, sob o ponto de visto formal e material, para buscar a tutela jurisdicional de seus direitos.

Então, será feita uma verificação das sanções que existem hoje para reprimir o abuso de direito, com ênfase no abuso do direito de demanda, bem como seus inúmeros efeitos e prejuízos para a parte que o suporta, com o intuito de demonstrar que tais situações fogem muitas vezes da seara interpartes para afetar todo o fundamento do sistema jurídico, pois o abuso de direito é causa de insegurança jurídica.

3.1 O princípio da segurança jurídica e o devido processo legal

Sabe-se que a jurisdição, o dever-poder do Estado de dizer o direito aplicável à determinada situação, só pode ser exercida se provocada, o que acontece por meio do processo. A relação processual se inicia para o autor no momento em que ele utiliza da ação para invocar o Poder Judiciário e expor seus argumentos, ao passo que para o réu, essa relação só ocorre quando ele é

devidamente citado e apresenta sua defesa. Assim, pode-se concluir que o réu só figura de fato no processo no momento em que pode fazer uso do seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa.¹⁸⁷

Contudo, para que o réu exerça de maneira satisfatória o seu direito de defesa, deve o sistema jurídico prever procedimento que assegure os meios necessários para que esse direito não seja violado, sob pena de apenas existir uma garantia formal, mas ineficaz, de inviolabilidade da liberdade ou dos bens da pessoa. Nesse contexto, o artigo 5º, LIV da Constituição Federal estabelece que: “ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal”. A Convenção Americana sobre Direito Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil pelo decreto nº 678 de 06/11/1992, também garante o direito a um processo legal.¹⁸⁸

Ora, o princípio do devido processo legal serve para se alcançar a efetividade de direitos, a realização plena e material proporcionada pela tutela jurisdicional concedida, busca extremamente importante de qualquer Estado, de fato, democrático. Não basta que o legislador preveja direitos se não há um aparato legal e prático que possibilite ao cidadão buscá-los de forma eficaz. Portanto, aquele princípio tem a função de garantir a eficácia dos direitos legalmente reconhecidos, por meio de um processo regular, com regras para o exercício tanto de atos processuais quanto de atos administrativos.¹⁸⁹

Os atos administrativos também se sujeitam ao princípio constitucional do processo legal, porque este abrange atos jurídicos e estatais, já que possui o objetivo de controlar as decisões que afetam a vida dos cidadãos. Considerando que o Estado deve atuar em função do interesse público, não há como se conceber a existência de decisões arbitrárias e em desconformidade com as normas regedoras de todo o ordenamento jurídico, fazendo-se necessário a formação de um processo justo cujo procedimento precisa respeitar trâmites legais, previamente estabelecidos de acordo com os princípios garantidos pela Constituição.¹⁹⁰

¹⁸⁷ GONÇALVES FERREIRA, Marco Aurélio. *O devido processo legal: Um estudo comparado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.73.

¹⁸⁸ Art. 8º, I do Pacto de São José da Costa Rica - Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

¹⁸⁹ GONÇALVES FERREIRA, Marco Aurélio, op.cit. p.75.

¹⁹⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes, in Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

Vale lembrar que o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, dispendo sobre os direitos e garantias fundamentais do mencionado artigo, impõe que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte”. Isso mostra que o processo legal não se limita à previsão expressa de garantias e direitos fundamentais da Constituição, possuindo também aplicação atípica para qualquer norma a que o País seja adepto, desde que de acordo com a ordem jurídica aqui estabelecida e sempre na busca de efetividade e equilíbrio dentro do processo.¹⁹¹

Portanto, tendo em vista busca pela efetividade dos direitos do cidadão, o que pressupõe a obediência a normas processuais previstas em lei, bem como aos demais princípios garantidos pelo legislador constitucional e infraconstitucional, o devido processo legal garante aos jurisdicionados/administrados um julgamento justo, com decisões prudentes e devidamente motivadas. Se as decisões devem ter uma argumentação coerente e em conformidade com as regras do sistema jurídico e o processo é instrumento para que a jurisdição possa dizer o direito aplicável às partes em litígio, conclui-se que o princípio do devido processo legal também garante outro princípio: o da segurança jurídica.

O artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal dispõe que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. O direito é adquirido quando o seu titular, ou alguém que o represente, possa exercê-lo de maneira que esse exercício tenha termo inicial ou condição preestabelecida inalterável estabelecida por outrem. Entende-se como ato jurídico perfeito, aquele que já se consumou de acordo com a lei vigente no período em que esse ato foi realizado. Por fim, a coisa julgada se refere às decisões judiciais que já não permitem mais a interposição de recurso. Esse dispositivo é considerado o consagrador do princípio da segurança jurídica em nosso ordenamento jurídico, mas tal princípio possui uma abrangência maior do que aqueles três institutos mencionados no texto constitucional.¹⁹²

Como já foi dito, o processo é instrumento pelo qual a jurisdição é exercida, sendo que esse exercício é viabilizado por meio de uma ação. Via de regra, uma parte pede enquanto a outra impede, até que haja um provimento jurisdicional favorável a um dos litigantes. Contudo, o objetivo do processo é ser eficaz, no sentido de produzir o efeito que dele se espera, qual seja,

¹⁹¹LUCON, Paulo Henrique dos Santos, op.,cit.

¹⁹² O art. 6º, §§ 1º, 2º, e 3º do decreto lei nº 4.657/1942, com redação dada pela lei n 12.376/2010 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) estabelece a definição de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

possibilitar a produção de um resultado justo e específico de acordo com as peculiaridades de cada caso, por meio da atuação da jurisdição, sendo que essa especificidade se traduz na exclusividade, na particularidade de determinada jurisdição cuja atuação é estabelecida pelo litígio que a provocou.¹⁹³

Ora, o Direito tem como uma de suas principais funções a de solucionar conflitos por intermédio da interpretação das leis positivadas. Essa interpretação, contudo, deve ser dotada de certa previsibilidade e coerência, pois, ao contrário, o cidadão não se sentiria seguro (diante de decisões totalmente diferentes em casos semelhantes, por exemplo) e as normas seriam apenas garantias formais de direito. A insegurança causa temor e o temor provoca a incredibilidade no sistema inteiro, razão pela qual a segurança jurídica é valor fundamental de qualquer sociedade que se diz governada, de fato, por um império das leis.¹⁹⁴

Em relação à interpretação das normas, Hans Kelsen já dizia, em sua obra mais famosa, que essa interpretação deve restringir ao mínimo possível a plurissignificação das normas a fim de se assegurar o maior grau possível de segurança jurídica.¹⁹⁵

Levando em consideração que o homem sempre busca a segurança nas suas relações e utiliza o direito como instrumento para obter o equilíbrio social, fala-se em segurança do direito e segurança jurídica. Nesse contexto, José Afonso da Silva ensina que a segurança do direito decorre da necessidade da positivação do direito e é nesse sentido que a segurança tem fundamento na Constituição, uma vez que esta serve de base para o direito positivo. A segurança jurídica é uma garantia dessa positividade na medida em que o direito constitucional, traduzido pela Constituição, define os contornos da segurança jurídica da cidadania.¹⁹⁶

Márcio Fernando Elias Rosa sustenta que o princípio da segurança jurídica pode ser denominado como o princípio da estabilidade das relações jurídicas, e que tem por objetivo garantir considerável perenidade nas relações jurídicas.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, a segurança jurídica, elemento essencial ao Estado de Direito, se desenvolve em torno dos conceitos de estabilidade e previsibilidade. Quanto ao primeiro, no que diz respeito às decisões dos poderes públicos, uma vez realizadas “[...] não

¹⁹³ GONÇALVES, William Couto. *Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no processo judicial de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.68.

¹⁹⁴ GONÇALVES, William Couto, op.cit. p.69.

¹⁹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

¹⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Constituição e segurança jurídica in* ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (coord.). *Constituição e segurança jurídica*, p. 16.

devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”¹⁹⁷. Quanto ao segundo, refere-se à “[...] exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos”¹⁹⁸.

Hans Kelsen afirma que o princípio do Estado de Direito é, no essencial, o princípio da segurança jurídica.¹⁹⁹ Para o autor, Estado de direito é

“[...] uma ordem jurídica relativamente centralizada, segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis - isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo ou membros do governo - os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade de expressão do pensamento, são garantidas”.²⁰⁰

O princípio da segurança jurídica é essencialmente o princípio do Estado de Direito exatamente porque, nesta ordem jurídica, a jurisdição e administração estão subordinadas às normas estabelecidas por um poder central e tais normas conferem à sociedade previsibilidade quanto à conduta que deve ser seguida pelos indivíduos.

Assim, nenhum fim social, político, educativo ou, até mesmo o ideal de justiça pode ser alcançado sem que antes exista segurança jurídica. Ela qualifica o Direito, já que pode ser considerada um valor consequencial do ordenamento jurídico, em sentido amplo, viabilizando a efetividade na prestação da tutela jurisdicional, na medida em que possibilita ao vencedor da lide obter de forma justa o seu direito e, ao mesmo tempo, permite a resignação do perdedor em relação à sentença desfavorável.²⁰¹

Vale ressaltar que a segurança que aqui se refere é a jurídica, decorrente de uma situação de fato regida pelo ordenamento jurídico. A segurança jurídica necessita de um sistema estabelecido de forma igual para todos, com leis suscetíveis de conhecimento geral e aplicadas a condutas posteriores à sua vigência, devendo ser claras, estáveis e feitas adequadamente pela autoridade investida nessa função.²⁰²

¹⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 264.

¹⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op.cit., p. 264.

¹⁹⁹ KELSEN, Hans, op.cit., p.279

²⁰⁰ KELSEN, Hans, op.cit., p.346

²⁰¹ GONÇALVES, William Couto, op.cit., p.70.

²⁰² ALTERINI, Atilio Anibal. *La inseguridad jurídica*. Editora Abeledo-Perrot. 1993, p.19.

Logo, conclui-se que um processo judicial só produz um resultado esperado quando há segurança jurídica. O fim de um processo cujo objetivo é a solução de conflitos é a pacificação social, o término daquela demanda com uma resolução justa para as partes, razão pela qual se pode dizer que a segurança jurídica também é uma finalidade do Estado Constitucional de Direito. O Estado, no exercício da sua função jurisdicional, possui o processo como meio para aplicar o direito nos casos concretos que são levados aos órgãos jurisdicionais, mas também se vê o processo sob o ponto de vista do bem-estar social, da idéia de ordem e justiça. Neste último sentido é que se fala de segurança jurídica.²⁰³

Ora, percebe-se, então, que o processo tem como objetivo atender um interesse público de preservação da paz, da ordem e do bem-estar social, os quais não se concretizam sem segurança jurídica, uma vez que, conforme já visto, a insegurança provoca na sociedade um sentimento de receio e falta de credibilidade em todo o ordenamento, o que só pode levar à revoltas e ao caos. Entretanto, o processo judicial também objetiva tutelar o interesse privado dos litigantes diretamente envolvidos na demanda, sendo que aqui também deve existir segurança jurídica.

Mesmo considerando uma hipótese em que a demanda só interesse às próprias partes, a sentença (em sentido amplo, abrangendo possíveis acórdãos e também decisões interlocutórias) produzida nesse processo gera jurisprudência, devendo ser contextualizada dentro da sociedade em questão, que anseia por segurança e coerência por parte do Poder Judiciário.²⁰⁴

Nos capítulos anteriores ficou claro que a jurisdição e o processo são institutos diferentes e autônomos, mas se conectam, na medida em que o primeiro é meio para que o segundo alcance o seu objetivo. O processo, embora seja instrumento e se limite a determinada medida de tempo, serve para garantir o exercício da jurisdição, esta sem restrição de tempo, na medida em que produzirá efeitos mesmo após o fim da lide com sentença transitada em julgado.

Muito se fala das finalidades de cada instituto separadamente, mas ambos unidos devem produzir um resultado específico e eficaz, determinando o limite do direito das partes e, eventualmente, o de uma coletividade (no caso de ação civil pública, por exemplo) para, assim, restabelecer a segurança jurídica, o *status quo* anterior de uma situação em que não havia determinado prejuízo. Se no final da atuação do processo e da jurisdição não houver esse resultado, estará caracterizada uma anomalia, pois os fins para os quais foram criados aqueles

²⁰³ GONÇALVES, William Couto, op.cit., p. 71.

²⁰⁴ GONÇALVES, William Couto, op.cit., p. 84.

institutos não foram realizados. Considerando que a jurisdição atua pelo Estado e com o fim comum de alcançar o bem-estar social, pode-se concluir que esta se traduz na manutenção do binômio segurança jurídica e paz social.²⁰⁵

3.2 O abuso do direito de ação e os efeitos previstos na legislação processual civil

Já ficou demonstrado que o abuso do direito e o ato ilícito possuem diferenças essenciais (vide itens 2.1e 2.2). Os institutos distinguem-se principalmente pelo modo de agir do sujeito infrator: enquanto que no ato ilícito o agente atua de maneira contrária à lei, no ato abusivo, ele age de forma aparentemente legal, sob a aparência de um direito legalmente reconhecido, para encobrir a ilicitude desse ato cujo propósito é vedado pelas regras e princípios do ordenamento jurídico.

Há também diferenças quanto às conseqüências dos atos abusivos e dos atos ilegais. Quando o ato é ilegal, a regra é a reparação do dano mediante as regras de responsabilidade civil (art. 927 do CC), já o ato abusivo deve sempre que possível unir a reparação civil (caso haja dano), mas principalmente o desfazimento do ato. Dessa forma, fala-se em sanção direta e indireta do abuso do direito.²⁰⁶

A sanção direta corresponde ao principal método de se eliminar o ato abusivo, ou seja, a necessidade de desfazer a conduta marcada pela abusividade.²⁰⁷ Logo, o negócio jurídico feito mediante simulação é nulo porque pretende conferir legalidade a uma situação distinta daquela a qual o infrator realmente objetiva, a hipótese do possuidor turbado ou esbulhado de manter ou restituir a posse pela própria força, contanto que logo o faça e agindo nos limites do estritamente necessário para recuperar o bem (art. 1210, § 1º do CC) e a nulidade do contrato de garantia de

²⁰⁵ GONÇALVES, William Couto, op.cit., p. 89. Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001. O autor esclarece que o escopo do processo se constitui na realização de direitos subjetivos e na confirmação da ordem jurídica, sendo que esta objetiva a manutenção da paz social e a garantia da segurança jurídica. Esse binômio legítima, portanto, o exercício da jurisdição, na medida em que o instrumento (processo) é usado para garantir o fim (jurisdição), o que acaba se caracterizando como um dos fins perseguidos pelo próprio Estado Democrático de Direito.

²⁰⁶ NETO, Inácio de Carvalho. *Abuso do direito*: Pensamento Jurídico, vol. IV. 3ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p.167.

²⁰⁷ NETO, Inácio de Carvalho, op.cit., p.167.

risco, se o segurado comete ato doloso com o intuito de receber o prêmio do seguro ,(art. 762 do CC) são exemplos de sanção direta do abuso do direito.²⁰⁸

Todos esses exemplos possuem em comum a prática de um ato aparentemente no exercício legal de um direito, mas com desvio de finalidade, na medida em que o objetivo do ato é contrário às normas e aos princípios do sistema como um todo, o que caracteriza o abuso do direito e, nestes casos, é necessário desfazimento do ato, pois a imposição de uma sanção pecuniária poderia não sanar o prejuízo causado pela conduta abusiva.

Sabe-se que as hipóteses de abuso do direito são inúmeras, motivo pelo qual é tendência a valorização dos princípios gerais de boa-fé, lealdade e honestidade para verificação de um eventual abuso do direito, sendo que para cada uma das variadas formas de abuso, deve existir uma sanção correspondente.²⁰⁹ Embora a consequência mais comum de um ato abusivo seja causar um dano à outra parte, o que leva à responsabilidade civil, com a imposição de um valor pecuniário, este é apenas um dos males provenientes da prática de um ato abusivo. Podem existir outros prejuízos que levam a improponibilidade da ação e o desfazimento dos efeitos do ato.²¹⁰

Nesse contexto, é oportuna a lição de Jorge Americano que, ao explicar o abuso do direito de ação, esclarece que: “[...] Dizer, portanto, que quem demanda uso do seu direito e, assim, não causa dano a ninguém é esquecer que o litigante tem um adversário e que este, quando assistido por um direito, deve estar a coberto de quaisquer ataques injustos”.²¹¹

Sílvio Venosa entende que a lide temerária, consubstanciada em atos exemplificativamente previstos nos artigos 14 a 16 do CPC, é exemplo de abuso do direito processual.²¹²

Dessa forma, a ação caracterizada pela existência de um abuso deve ser indeferida *in limine*, uma vez que inviável a proteção do ordenamento jurídico de uma demanda cuja característica é o desvio da finalidade que fundamentou a proteção normativa do direito de ação.

A sanção indireta corresponde à equiparação do ato ilícito ao ato abusivo mediante os efeitos daquele primeiro, ou seja, traduz-se na possibilidade de reparação do dano causado pelo abuso por meio das regras de responsabilidade civil.²¹³

²⁰⁸ O art. 167 do CPC fala sobre as hipóteses de nulidade do negócio jurídico simulado. Exemplo disso é a doação do bem a terceira pessoa, quando na verdade se pretende lapidar o patrimônio para não pagar uma dívida.

²⁰⁹ ABDO, Helena Najjar, op.cit., p.228.

²¹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Nuevas fronteras del abuso de derecho*, vol.85. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, 1996, p.59.

²¹¹ AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p.50.

²¹² VENOSA, Sílvio. *Direito Civil – parte geral*. São Paulo: Atlas, 2003, p.605.

²¹³ NETO, Inácio de Carvalho, op.cit., p.169.

Portanto, desde que presentes os demais pressupostos da responsabilidade civil (dano, dolo ou culpa e nexo de causalidade), o abuso de um direito poderá também acarretar uma indenização àquele que sofreu algum prejuízo decorrente desse ato abusivo. É que, por ser antijurídico e, assim, ilícito, o abuso do direito pode, sem nenhum problema, ser coibido da mesma forma que todo comportamento (ou omissão) contrário ao direito.²¹⁴

Ora, levando em consideração que o abuso do direito é apenas umas das formas possíveis de se chegar a um ato ilícito, necessário é reconhecer, devido às inúmeras formas de abuso existentes e à abrangência do conceito, que conseqüências diferentes da responsabilidade civil podem ser vislumbradas.²¹⁵ Já foi esclarecido que se o abuso for causa de um dano, desde que presentes os demais requisitos da responsabilidade civil: conduta dolosa ou culposa e nexo de causalidade entre esse comportamento abusivo e o dano, haverá obrigação de indenizar.

Contudo, embora a regra do sistema seja a responsabilidade objetiva, ou seja, a necessidade da demonstração da culpa para gerar a obrigação de indenizar, em relação ao abuso do direito isso não procede. Mesmo considerando que não existe uma regra de responsabilidade objetiva para o caso de um ato abusivo, a incidência da culpa está na própria conduta do titular do direito que o utiliza com desvio de finalidade. O agente conhece os limites do direito que está pleiteando e, ao usá-lo para alcançar objetivos diversos (e ilícitos), age com irresponsabilidade, devendo arcar com as conseqüências do dano causado por essa atitude, ou com quaisquer outros prejuízos, tendo em vista que o abuso do direito prescinde da existência do dano.²¹⁶

O Código Civil e o Código de Processo Civil enumeram algumas hipóteses para o caso de haver a necessidade de uma indenização. Além dos artigos 186, 187 e 927 do primeiro código, o art. 16 do CPC, que prevê a pena de perdas e danos para o litigante de má-fé e o já mencionado artigo 17 do CPC são exemplos de como o legislador prevê a indenização como meio reparador de atos contrários ao Direito, este sendo visto como um sistema não só de regras escritas, mas também orientado por princípios axiológicos e éticos cuja observância se impõe. O juiz pode, de ofício ou a requerimento das partes, impor multa de até 1% sobre o valor da causa e obrigar o

²¹⁴ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito*. Coimbra: Almedina, 1983, p.76.

²¹⁵ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.66.

²¹⁶ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto, op.cit., p.639-640. Para o autor, a possibilidade de se emitir um juízo de reprovação sobre a conduta do agente é o que corresponde à ideia de culpa. Assim, se existe um dever que impede o titular de um direito subjetivo de exercê-lo de determinada maneira e ele assim o faz voluntariamente, já está configurado o agir culposos do sujeito.

litigante de má-fé a indenizar a parte contrária de todos os prejuízos que sofreu, bem como honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou (art. 18 do CPC).

Vale ressaltar que, embora haja controvérsia na doutrina e posicionamento do STJ²¹⁷ em contrário, o rol do artigo 17 do CPC não pode ser considerado taxativo, mas meramente exemplificativo. Isso porque, assim como existem incontáveis formas de abuso do direito, há impensáveis formas do litigante agir de má-fé no processo. Assim, os princípios que norteiam a probidade processual e o dever de lisura e honestidade na prática de atos não podem ser interpretados restritivamente, sendo inaceitável que o litigante de má-fé seja beneficiado, obtendo vantagem ilícita em detrimento da outra parte, apenas porque seu ato não consta expressamente em um dos incisos do art. 17 do CPC.²¹⁸

Com intuito de ressaltar essa idéia, atenta-se para o fato de que o legislador escolheu o verbo “reputa-se”, o que afirma a noção exemplificativa dos incisos e não taxativa.²¹⁹ Ainda, considerando que o litigante de má-fé não atua somente contra a parte contrária, mas também contra a dignidade da justiça e o processo, como meio democrático de solução de conflitos, o art. 129 do CPC estabelece que o juiz, convencido de que as partes usaram o processo para a simulação de atos, sentenciará de modo que impeça o objetivo nocivo dos litigantes. Mesmo que não haja um dano específico para as próprias partes, pois ambas agiram com temeridade, é evidente que cabe aqui a condenação por litigância de má-fé.²²⁰

De acordo com o art. 14, II do CPC: “é dever das partes proceder com lealdade e boa-fé”. Assim como as formas de abuso são variadas, as maneiras de agir com desonestidade também o

²¹⁷ Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, REsp n. 250781/SP, relator Ministro José Delgado, julgado em 23/05/2000, DJU 19/06/2000, p. 1. PROCESSUAL CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REQUISITOS PARA SUA CONFIGURAÇÃO.

1. Para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17, do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5º, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para excluir do acórdão recorrido a condenação por litigância de má-fé.

A doutrina favorável à taxatividade do art. 17 do CPC argumenta que o juiz não pode estabelecer uma litigância de má-fé se o legislador não previu a conduta no referido artigo, o qual não prevê uma interpretação abrangente.

²¹⁸ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto, op.cit., p.641.

²¹⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 1

²²⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, p. 1

são, motivo pelo qual a sanção pecuniária não pode ser a única existente para coibir o ato abusivo.

Contudo, se não existe dano, não há que se falar em reparação civil, o que não impede a necessidade de se punir o ato quando for constatado o abuso. É que, o abuso do direito de ação, além de afetar a parte contrária, faz com que todo o procedimento judicial, que possui diversos custos (expedição de correspondências, efetuação de diligências, cálculos feitos por contador, pagamento de peritos, entre outros), seja movido desnecessariamente, por motivo ilícito. Nesse contexto, há a sanção de nulidade do ato abusivo praticado, de restrição de direito, sanções referentes aos poderes concedidos ao juiz, bem como proibição de falar nos autos ou interpor novo recurso (vide item 2.2.3).

Em relação ao específico abuso do direito de demandar, os arts. 14 e 16 a 18 do CPC, referentes aos deveres das partes e ao litigante de má-fé, são os únicos a prever a ilicitude ao se utilizar o direito de ação.

Há situações nas quais o autor ingressa com a mesma ação em varas distintas, afim de que ver seu processo aceito naquela que julga ser mais favorável a seu suposto direito, para então desistir das demais ações. A insistência da parte em ajuizar ações, cujo resultado já lhe foi desfavorável anteriormente, ou no reconhecimento de direito que lhe foi declarado inexistente, por meio de decisão transitada em julgado, também são exemplos do abuso do direito de demandar.²²¹

Além da noção do abuso do direito de ação, esses exemplos possuem em comum o fato de que uma sanção pecuniária pode não sanar o prejuízo sofrido. Imagine-se um processo que dure 10 anos, quais serão os gastos da parte inocente em relação a deslocamento aos tribunais, pagamento de custas processuais e advogado, pagamento de eventual recurso quando o juiz não perceber o abuso do direito, sentenciando a favor daquele que agiu abusivamente, não se esquecendo dos danos psicológicos que qualquer demanda longa causa a uma pessoa.

O que se tenta demonstrar é a ineficácia de uma multa de 1% sobre o valor da causa (conforme art. 18 do CPC, no caso de má-fé processual) ou até mesmo de 20% sobre o valor da causa para quem descumpre ou crie empecilhos para efetivação de provimentos jurisdicionais (art. 14, parágrafo único do CPC), diante do dano que uma demanda impulsionada por ato abusivo pode causar.

²²¹ STOCO, Rui, op.cit., p.141.

O juiz, constatando o abuso do direito de ação, deve possuir amparo legal para aplicar sanções pecuniárias de acordo com a intensidade do ato lesivo e a capacidade econômica das partes, a fim de que a indenização não seja fixada em uma quantia baixa e, assim, estimule a repetição do ato abusivo.

Além disso, a coibição do ato vicioso muitas vezes se dá melhor mediante o desfazimento de tal ato, ao invés de punir com a imposição de multa ou indenização que, a depender do caso, pode se tornar irrisória para o autor do abuso de direito se em comparação ao prejuízo por ele causado. Além disso, o juiz estaria velando pela segurança jurídica, ao impedir que uma demanda movida com objetivo de contornar a lei tivesse um provimento jurisdicional favorável.

3.3 Meios de prevenção e repressão do abuso do direito de ação: alterações necessárias

Ficou claro que o Direito repudia a prática de abusos, ainda que praticados sob a aparência de um ato legítimo, pois o excesso no exercício do direito gera a ilicitude. Mesmo que o ato seja legítimo no antecedente (como o direito de acionar o Judiciário para pleitear uma tutela jurisdicional), tornando-se ilegítimo no conseqüente pelo desdobramento vicioso no exercício do direito caberá a responsabilização no sentido de obrigar o infrator a reparar o dano ou desfazer determinado ato.

Foi visto que o principal dispositivo na atual legislação brasileira que trata sobre o abuso do direito é o artigo 187 do Código Civil. Contudo, não há menção expressa a um ato abusivo e nem as conseqüências cabíveis, limitando-se a norma a qualificar de ilegítimo um ato que exceda os limites da boa-fé, dos bons costumes ou dos fins econômicos ou sociais desse direito.

Porém, como assevera Cunha de Sá, “a expressa qualificação de ilegitimidade, se não resolve a dúvida sobre a autonomia dogmática do ato abusivo, é pelo menos equivalente à de antijuridicidade”.²²² Assim, o referido autor conclui que o abuso do direito terá as mesmas conseqüências de qualquer outro ato antijurídico.

²²² CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto, op.cit., p. 637.

Para Strenger, contudo, o simples fato do abuso do direito gerar uma violação a um interesse e, em consequência, violar norma intercorrente, já seria razão suficiente para justificar a existência de um dano patrimonialmente punível.²²³

A prevenção de atos contrários ao Direito por meio de princípios é a mais viável, tendo em vista que o legislador não pode prever em rol taxativo todos os tipos de comportamento humano que podem caracterizar um abuso. Uma vez que não existem direitos absolutos, não há que se falar que o direito de ação não pode constituir um ato contrário ao ordenamento jurídico, se existente um desvio de finalidade na busca de um direito por meio da demanda.

O art. 488, II do CPC, que trata sobre a ação rescisória, estabelece um meio de prevenção ao abuso do direito de ação, fixando multa de 5% sobre o valor da causa para o caso da ação ser julgada inadmissível ou improcedente por unanimidade de votos.²²⁴

A repressão do abuso do direito de ação é feita pelo instituto da responsabilidade civil ou da litigância de má-fé. O projeto de lei que reforma o CPC, atualmente tramitando no Senado Federal sob o número 166/2010, modifica a seção do código referente aos deveres e responsabilidades das partes no processo. O parágrafo único do art. 14 se transformou em § 1º do art. 66 e alterou o verbo “podendo” para “devendo”, estabelecendo que o juiz não pode, mas deve aplicar multa para quem desrespeite decisões de caráter executivo ou mandamental ou crie embaraços a provimentos jurisdicionais de natureza antecipatória ou final.²²⁵

Em relação à litigância de má-fé, a redação no novo Código de Processo Civil atualmente prevê um aumento no valor das multas, passando do limite de 1% do art. 18 do Código vigente para uma quantia não inferior a 2% nem superior a 10% do valor corrigido da causa. A

²²³ STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Abuso de direito*. Rev. APMP: Publicação da Associação do Ministério Público. São Paulo, 1997, p.24.

²²⁴ Art. 488 do CPC: A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor:

II – depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente.

²²⁵ PLS 166/2010 – Reforma do Código de Processo Civil – art. 66: São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

[...] V: cumprir com exatidão as decisões de caráter executivo ou mandamental e não criar embaraços à efetivação dos pronunciamentos judiciais, de natureza antecipatória ou final;

§ 1º A violação do disposto no inciso V do *caput* constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa no montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa.

indenização para o litigante de má-fé não se limitará a 20% do valor da causa, podendo ser fixada pelo juiz, tendo por base o valor da causa, mas sem limitação de valor.²²⁶

Vale frisar que as indenizações são meios eficientes de se prevenir e punir os atos antijurídicos, desde que fixadas em valores que não proporcionem enriquecimento sem causa e nem em quantia irrisória, levando em consideração o poder econômico do responsável pelo ato abusivo, que não desestimule a repetição da mesma conduta outras vezes. Nesse sentido já caminha a jurisprudência do TJDF:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABUSO DE DIREITO CONFIGURADO. ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA E O DANO EXPERIMENTADO. DEVER DE INDENIZAR. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. Haverá abuso de direito se o agente, ao agir dentro dos limites legais, deixar de levar em conta a finalidade social e econômica do direito subjetivo e, ao usá-lo desconsideradamente, prejudicar alguém.

2. Não pode a parte ao exercer o seu direito, protegendo sua marca, exceder os limites objetivos legais, sobrepondo-se excessivamente em relação ao direito alheio, atingindo a esfera jurídica dos apelados e desvirtuando o objetivo delineado na lei, o que configura ato ilícito.

3. O valor da condenação deve obedecer aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, evitando, de um lado, que a dor se converta em instrumento de captação de vantagem, impedindo, de outro, que a indenização insignificante estimule comportamentos faltosos, como extrapolar os limites do exercício de um direito, vindo a prejudicar terceiros.

4. Considerando que o quantum indenizatório é fixado por arbitramento, este abarca todo o montante devido, contemplando, inclusive, correção monetária e juros do período que antecede a fixação do valor, os quais devem incidir somente a partir da prolação da sentença.²²⁷

Segundo Renato Castro, o número de ações ajuizadas desprovidas de razoabilidade mínima são cada vez mais frequentes no cotidiano forense. Abusa-se da lentidão da justiça com o objetivo de obter alguma vantagem indevida (ex: protelar o pagamento de uma dívida) ou, por mero capricho ou consultoria deficiente, propõe-se demandas manifestamente improcedentes

²²⁶ PLS 166/2010 – Reforma do Código de Processo civil – art. 84: o juiz ou Tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa que não deverá ser inferior a dois por cento nem inferior a dez por cento do valor corrigido da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que sofreu, além de honorários advocatícios e de todas as despesas que efetuou.

§2º o valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia sobre o valor da causa ou, caso não seja possível mensurá-la desde logo, liquidada por arbitramento ou pelo procedimento comum.

²²⁷ [Acórdão n.338677](#), 20060110011965APC, Relator: SÉRGIO BITTENCOURT, Revisor: CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/12/2008, Publicado no DJE: 21/01/2009. Pág.: 35.

(como algumas das inúmeras ações de indenização por danos morais) que fatalmente não alcançarão o resultado pretendido.²²⁸

É necessário frisar que a duração razoável do processo também é direito do réu, o que permite, diante de pretensões manifestamente infundadas, a eliminação o quanto antes da agressão que a ação causa à privacidade do réu e, eventualmente, ao seu patrimônio evitando-se os males causados pelo simples tramitação do processo.²²⁹

A Constituição Federal do Brasil de 1988 prevê em seu art. 5º, inciso X que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Lembrando que o direito de ação também é um direito fundamental, alguns doutrinadores afirmam que os direitos da personalidade prevalecem quando em colisão com outros direitos fundamentais.²³⁰

A ponderação entre os princípios constitucionais deve ser feita pelo juiz ao analisar o caso concreto, tendo em vista que não se pode impedir o cidadão de acessar o Poder Judiciário. Contudo, uma vez proposta a ação, cabe ao magistrado verificar se há abuso do direito de demandar e, conseqüentemente, invasão à privacidade do réu sem que haja um fundamento mínimo invocado pelo autor na petição inicial.²³¹

O juiz, analisando o caso, deve perceber quando a pretensão é evidentemente infundada e rejeitá-la imediatamente, coibindo o abuso do direito de ação, sem necessidade de instaurar o contraditório, preservando assim os direitos fundamentais do réu de privacidade, tutela jurisdicional tempestiva e razoável duração do processo sob sua ótica e, ainda, sem impedir ao autor de exercer seu direito fundamental de ação. Ele deve, caso a caso, analisar o contexto pelo qual se está propondo a demanda e coibir o ato quando for praticado com desvio de escopo.²³²

A razoabilidade mínima que deve possuir os fundamentos do autor ao acionar o judiciário é um critério muito genérico e abstrato. Helena Abdo, estudando o abuso do processo, chega à

²²⁸ CASTRO, Renato, op.cit., p.59

²²⁹ *Ibidem*, p.59

²³⁰ VANCONCELLOS, Pedro Pais. *Proteção de dados pessoais e direito à privacidade*: Direito da Sociedade da Informação. Portugal: Coimbra, 1999, v.1, p.36, sobre o tema afirma que: “os direitos da personalidade são supralegais e hierarquicamente superiores aos outros direitos, mesmo em relação aos direitos fundamentais que não sejam direitos da personalidade”.

²³¹ CASTRO, Renato, op.cit., p.63.

²³² CASTRO, Renato, op.cit., p.67.

conclusão de que a demanda deve ser proposta de maneira séria, não podendo o autor agir levianamente ao demandar perante o Judiciário.²³³

Nesse sentido:

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C NULIDADE DE TÍTULO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE ACÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. LEI 9.668/98. O PEDIDO QUE JUSTIFICA A INVOCAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL DEVE SER SÉRIO E FUNDADO. EIS QUE, O DIREITO DE ACÇÃO, EMBORA ABSTRATO, ENCONTRA LIMITES NA PROIBIDADE PROCESSUAL. FERRE, POIS O DEVER DE AGIR SEGUNDO A VERDADE, LEALDADE E BOA-FÉ QUE AQUELA INSPIRAM, E, ABUSA DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE ACÇÃO O AUTOR QUE PLEITEIA A DECLARAÇÃO INVERÍDICA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO QUE RECONHECE EXISTIR. TAL CONDUTA REVELA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ QUE DEVE SER PROSCRITA DA RELAÇÃO PROCESSUAL, PELO DESESTÍMULO DE SUA PRÁTICA, ATRAVÉS DA IMPOSIÇÃO DE MULTA, NA CONFORMIDADE DA LEI 9.668/98 QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 18 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO IMPROVIDO.²³⁴

É interessante observar que no processo penal existe a figura da justa causa que, permite a extinção do processo quando não há um argumento mínimo que sirva de embasamento para o oferecimento de denúncia ou queixa (art. 395, III do CPP). O objetivo desse instituto é proteger a liberdade individual da pessoa, tendo em vista os danos que uma pena pode causar a esse direito fundamental.²³⁵

Contudo, esse fenômeno jurídico é aplicado até mesmo nos casos de crimes de menor potencial ofensivo cuja pena não ultrapassa 2 (dois) anos, onde há possibilidade de transação penal para a extinção da punibilidade e o regime de cumprimento de uma eventual condenação será o aberto. Se mesmo nessa hipótese, em que dificilmente o acusado terá sua liberdade afetada, é necessária a justa causa para o prosseguimento da persecução penal, seria totalmente plausível a

²³³ ABDO, Helena Najjar, op.cit., p.94-95, lembrando a lição de De Stefano e Ângelo Dondi: “outro aspecto ligado à falta de seriedade e referido pelos estudiosos da *Common Law* é a chamada *frivolouness*, ou seja, o caráter de levandade ou frivolidade que motiva o ato da parte, principalmente o ato introdutório do processo (*pleading*). Segundo Dondi, cabe ao magistrado um juízo de valor acerca da atividade da parte, no sentido de verificar se estão presentes os objetivos de importunar, provocar aborrecimento, procrastinar o feito ou aumentar os custos do processo. Trata-se de um exame preliminar realizado pelo juiz de forma preventiva, para assegurar, em especial, que a demanda tenha um grau mínimo de fundamento (*meritorius pleading*), caracterizado pela *non frivolouness* (ausência de levandade), pela *proper purpose* (finalidade própria ou concreta) e a provável existência de um *evidentiary support* (termo equivalente à verossimilhança para o nosso ordenamento jurídico)”.

²³⁴ [Acórdão n.116321](#), APC5059398, Relator: NANCY ANDRIGHI, Revisor: GEORGE LOPES LEITE, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 14/06/1999, Publicado no DJU SECAO 3: 18/08/1999. Pág.: 64.

²³⁵ CASTRO, Renato, op.cit., p.63.

aplicação desse instituto no âmbito do processo civil, com o intuito de proteger o réu de demandas que não possuam um argumento minimamente razoável.²³⁶

Por tais razões, o indeferimento da inicial com julgamento de mérito quando manifestamente improcedente o pedido formulado pelo autor seria uma medida totalmente plausível, como meio de evitar que este volte a deduzir nova ação com o mesmo pedido infundado contra o réu e como forma de minorar os prejuízos causados pelo abuso do direito de demandar.²³⁷

Atualmente, sabe-se que o processo civil busca a universalização da tutela jurisdicional²³⁸, no intuito de se reduzir os conflitos que não foram objeto da ação e tratar adequadamente aqueles que foram. Salienta-se, entretanto, que há também a preocupação com o resultado do processo, sua efetividade. Assim, a teoria do abuso do direito não conflita com a garantia do acesso à justiça, pois apenas deixa claro que o abuso no exercício das situações subjetivas que compreendem a garantia de acesso à justiça ou da inafastabilidade do controle jurisdicional é o que a ordem jurídica repudia.²³⁹

Observe-se o entendimento do Egrégio TJDFT acerca do abuso do direito de ação:

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. MULTA CIVIL. ART. 940 DO CC. APLICAÇÃO. COBRANÇA DE DÍVIDA NÃO VENCIDA E PARCIALMENTE PAGA. AJUIZAMENTO INDEVIDO DE AÇÃO MONITÓRIA. APELO PROVIDO. 1. O conceito de abuso de direito, apoiado na teoria objetiva, observa as condutas que ferem o fim social esculpido na lei, sem que para tanto se necessite verificar a má-fé ou boa-fé do ofensor. Para que haja a sua configuração, basta a simples atuação que extrapola os limites legais.
2. Aquele que busca o adimplemento de dívida paga ou exige mais do que devido, abusa do seu direito de demanda e deve arcar com a penalidade esculpida no art. 940 do Código Civil.
3. A multa civil se origina da ideia da prática do abuso do direito, prescindindo, portanto, da verificação da boa-fé ou má-fé do demandante. 3. Recurso provido.²⁴⁰

²³⁶ CASTRO, Renato, op.cit., p.64-66.

²³⁷ CASTRO, Renato, op.cit., p.62. Note-se que o art. 267, I do CPC prevê a extinção do processo sem julgamento do mérito no caso do juiz indeferir a petição inicial. Contudo, essa medida não é suficiente para coibir o abuso do direito de ação, uma vez que, exceto nos casos de reconhecimento de perempção, litispendência ou coisa julgada, sem o julgamento do mérito, o autor poderá intentar nova ação bastando que comprove o recolhimento de custas e eventual honorários de advogado no processo extinto (CPC, art.268).

²³⁸ O termo é de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Universalizar a tutela jurisdicional: fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000, t.II., p.838-839., para quem essa proposta consiste em expandir o exercício da jurisdição tanto quantitativa quanto qualitativamente.

²³⁹ ABDO, Helena Najjar, op.cit., p.191. A autora define situações subjetivas como aquelas em que o sujeito de direito detém uma posição processual (poder, dever, ônus, faculdade) que deve seguir a finalidade do direito de acordo com os princípios regedores do sistema processual como um todo, sob pena de ocorrer abuso do processo. (p.63 e 190)

²⁴⁰ [Acórdão n.716024](#), 20110112142342APC, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Revisor: NÍDIA CORRÊA LIMA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 18/09/2013, Publicado no DJE: 02/10/2013. Pág.: 136.

Logo, não basta que a ação seja proposta em desconformidade com o direito material ou processual para que se configure o abuso do direito de demanda (diferentemente do que ocorre no caso de litigância de má-fé, pois só deduzir pretensão contra disposição expressa de lei é suficiente para que a parte seja considerada litigante de má-fé – CPC, art. 17, I). Para que haja abuso, é necessário que os atos processuais que constituem a ação sejam exercidos em desarmonia com as suas finalidades. Logo, a carência ou improcedência da ação, se não acompanhadas pelo desvio de finalidade, não serão suficientes, por si sós, para configurar o abuso do direito de ação.²⁴¹

²⁴¹ ABDO, Helena Najjar, op.cit., p.192, citando a lição de Cordopatri.

CONCLUSÃO

A noção de abuso do direito é antiga, mas a consolidação de uma teoria acerca do assunto é recente, tendo em vista a dificuldade de se apontar os elementos caracterizadores para aplicar sanções àquele que, em tese, está exercendo um direito legítimo, mas extrapola os limites legais.

Diante da dificuldade de reparar os males proporcionados por um abuso do direito, o legislador estabelece indenizações como compensação a esses atos e com o intuito de desestimular a repetição de comportamentos abusivos. Contudo, para que haja reparação civil, é necessária a existência de um dano material ou moral à outra parte.

Ora, se de fato o resultado do abuso do direito for um dano e estiverem presentes os demais requisitos do dever de indenizar (dolo ou culpa e nexos causal entre o ato abusivo e o dano causado) caberá a responsabilidade civil do agente infrator.

Entretanto, ressalta-se que o abuso do direito é apenas uma das maneiras pelas quais pode se atingir um ato ilícito e, conseqüentemente, a necessidade de uma reparação civil. Tendo em vista a abrangência do conceito de abuso do direito e os diversos malefícios que o exercício abusivo de um direito pode causar, outras conseqüências podem e devem ser consideradas.

A teoria do abuso do direito, embora tenha seu fundamento legal na seção do Código Civil que trata sobre os atos ilícitos, deve possuir autonomia, não se limitando somente a seara da responsabilidade civil que possui como única conseqüência a obrigação de indenizar o dano causado. Outras conseqüências podem ser vislumbradas até porque nem sempre o abuso de um direito causa um dano passível de indenização.

Se não existe dano, não há razão que fundamente a obrigação de reparar por meio de indenização, mas não se deve esquecer que o ato abusivo está em desconformidade com os princípios de boa-fé e lealdade que respaldam o sistema jurídico, ofendendo, portanto todo o ordenamento normativo, bem como sua higidez e credibilidade, razão pela qual deve ser coibido ainda que a outra parte não suporte um prejuízo financeiro ou psicológico decorrente desse ato.

Em relação especificamente ao abuso do direito de ação, há ainda menos previsão legal. O artigo 17, I do CPC prevê que é litigante de má-fé aquele que deduz pretensão contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, devendo responder por perdas e danos.

Aqui também se verifica a opção do legislador por remediar atos eivados de ilicitude por intermédio de uma contraprestação pecuniária. É compreensível essa atitude, na medida em que é

extremamente difícil que o órgão julgador restabeleça o *status quo ante* da ocorrência do abuso, motivo pelo qual se prefere punir por meio de indenizações, atentando para o fato de que a coibição de atos, através de sanções que compõem ao pagamento em dinheiro, ainda são as mais eficientes para repelir os atos antijurídicos e prevenir a ocorrência futura de outras condutas no mesmo sentido.

Todavia, o julgador deve analisar cada caso concreto para verificar se realmente a obrigação de indenizar é a mais adequada. Há situações nas quais a decretação da nulidade de determinado ato ou o indeferimento da inicial por abuso no exercício do direito de demanda é a solução mais apropriada. É que a aplicação de multa de 1% e indenização de 20% sobre o valor da causa (prevista no artigo 18 do CPC) muitas vezes se tornam irrisórias, isso quando aplicadas, diante do benefício que o agente consegue com a propositura de uma demanda infundada que pela simples tramitação do processo já pode lesionar o réu de maneira irreparável.

Ressalta-se que o indeferimento da inicial só deve ocorrer quando ficar claramente evidenciado o abuso do direito de ação, com o desvio de finalidade do direito almejado e por meio de pedido manifestamente infundado. A utilização do regular exercício do direito de ação não é vedada pelo ordenamento jurídico, mas sim o abuso no exercício das situações pessoais que legitimam o direito de acesso à justiça.

Além disso, conforme já dito em linhas anteriores, o abuso do direito se caracteriza por um ato antijurídico. Se tal ato não é rapidamente eliminado do processo, maior se torna a possibilidade da existência de uma decisão contrária a todos os princípios que fundamentam o sistema jurídico.

Ou seja, além de prolongar uma demanda injustificada, o que ocasiona todos os malefícios de uma longa tramitação de processo, violando, portanto, o princípio da celeridade processual previsto no artigo art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, também pode ocasionar a existência de decisões favoráveis ao agente infrator, o que certamente é causa de insegurança jurídica.

A ação é o ato que impulsiona todo o processo, o que leva à dificuldade de se constatar nesse momento processual o exercício abusivo do direito de demandar. Contudo, o problema existe e nem o legislador nem o julgador podem fechar os olhos para a questão, sob pena de se aceitar a impotência das leis e do Poder Judiciário perante tal situação fática.

Portanto, sem violar o direito constitucional que todos possuem de buscar a tutela jurisdicional de seus direitos, o juiz pode e deve no caso concreto analisar e, uma vez constatado

o abuso do direito de ação, desde logo já indeferir a petição com julgamento de mérito, nos casos de manifesta improcedência do pedido, a fim de evitar que novo pedido com os mesmos fundamentos abusivos sejam novamente objeto de um processo, sem prejuízo das eventuais sanções pecuniárias correspondentes se cabíveis.

É importante esclarecer que, embora o presente trabalho esteja voltado para o abuso do direito de ação, o abuso do direito de recorrer é, infelizmente, praticado de maneira mais corriqueira do que se deseja. Levando em consideração que o recurso é um desdobramento do direito de ação, mostra-se evidente a relação entre os dois tipos de abuso e se a norma coíbe um de maneira mais eficiente, o outro também será vedado de forma mais severa.

Na medida em que o princípio da segurança jurídica garante ao cidadão que os conflitos cuja intervenção do Poder Judiciário se mostre necessária sejam julgados com certa previsibilidade e coerência, de acordo com os ditames de leis previamente postas ao conhecimento de todos, o exercício do direito de ação de maneira desvirtuada coloca em risco a credibilidade de todo o sistema, além de poder causar danos irreparáveis à outra parte com a existência de decisões transitadas em julgado em favor de quem cometeu abusos.

O legislador ainda prefere a solução pecuniária para resolver os problemas. Entretanto, conforme foi demasiadamente enfatizado, o desfazimento do ato e o indeferimento da inicial se mostram muito mais viáveis em determinados casos. Além disso, nem sempre quem abusa do direito age de má-fé, o que não impede a necessidade de aplicação de meios de repressão ao agente que cometeu o ato abusivo.

A análise do caso concreto pelo magistrado se torna cada vez mais crucial em um sistema que está congestionado de demandas, devendo o julgador se atentar para a petição inicial da mesma maneira que observa os requisitos de admissibilidade de um recurso, com o objetivo de coibir de maneira eficaz o abuso do direito de ação, seja por meio de sanções pecuniárias, seja por meio da declaração de nulidades, indeferimento da inicial ou o meio mais adequado que reprima rapidamente o exercício desvirtuado de direitos.

REFERÊNCIAS

- ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*: Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, vol. 60, São Paulo: RT, 2007.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito*. Coimbra: Almedina, 1983.
- ALLORIO, Enrico. *Problemas de derecho procesal*: Tradução De Santiago Sentís Melendo, vol. II.
- ALTERINI, Atilio Anibal. *La inseguridad jurídica*. Editora Abeledo-Perrot. 1993.
- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1. São Paulo, 1977.
- AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. Vol. 1. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1958.
- AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1932.
- ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*.
- AROCA, Juan Montero. *Evolución y futuro del derecho procesal*.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BARROS, João Álvaro Quintiliano. *Abuso de direito. Jus Navigandi*, Teresina, n. 727, 2 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6944>>. Acesso em: 03 de maio 2014.
- BARROSO, Darlan, GIANCOLI, Brunno Pandori, MARINELI, Marcelo Romão. *Prática Processual Civil*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: editora RT, 2013.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol.1. 18ª edição inteiramente revista. Rio de Janeiro, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CASTRO, Renato. *Julgamentos Liminares de Improcedência*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, tradução de J. Guimarães Menegale, vol. 1. São Paulo, 1965.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 27ª edição. São Paulo, 2011.

- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, 1976.
- CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, vol.1. 9ª edição revista, ampliada e atualizada. Editora JusPodivm, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. Vol. I.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Universalizar a tutela jurisdicional: fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000, t.II.
- ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general del proceso*, tomo I.
- FERNANDO, Marcos. *Autotutela, autocomposição e jurisdição*. Disponível em: <http://artigojus.blogspot.com/2011/09/autotutela-autocomposicao-e-jurisdicao.html>. Acesso em 13/03/2014.
- FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. 1. 12ª edição atualizada. Editora Saraiva, 1996.
- GONÇALVES FERREIRA, Marco Aurélio. *O devido processo legal: Um estudo comparado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- GONÇALVES, William Couto. *Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no processo judicial de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *O abuso do direito*. RF, Rio de Janeiro.
- JOSSERAND, Louis. *Del' esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de L'abus des Droits*.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, 1915.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, vol. 1, tradução brasileira de Cândido Rangel Dinamarco.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Nuevas fronteras del abuso de derecho*, vol.85. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, 1996.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes, in Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos tribunais.

MARQUES, Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol.4. Rio de Janeiro, 1960.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Histórica com “considerações preliminares à guisa de atualização”, de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MENDONÇA JR., Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. Editora Malheiros. São Paulo, 2001.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das leis*. Tradução portuguesa, vol. 1. São Paulo, 1962.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “*Legitimação para agir. Indeferimento da petição inicial*” in *Temas de direito processual*: Primeira Série.

NETO, Inácio de Carvalho. *Abuso do direito: Pensamento Jurídico*, vol. IV. 3ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

PLANIOL, Marcel. *Traté élémentaire de droit civil*.

PEREIRA, Estevam Augusto Santos. *Teoria Geral do Processo*. 20ª edição (revista e atualizada). Brasília, 2011.

ROCCO, Alfredo. *La sentenza Civile*. Milão, 1962.

ROTONDI, Mario. *L'Abuso di diritto – “Aemulatio”*. Pádua: Cedam, 1979.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Da Reconvenção no Direito Brasileiro*. São Paulo, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vol. 1. 17ª edição. Editora Saraiva, 1994.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual civil*, vol. 1. 18º edição. São Paulo, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Constituição e segurança jurídica in ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (coord.). Constituição e segurança jurídica.*

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Abuso do direito processual: uma teoria pragmática.* São Paulo: RT, 2005.

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

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Abuso de direito.* Rev. APMP: Publicação da Associação do Ministério Público. São Paulo, 1997.

TARUFFO, Michele. *General Report. Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness.*

TORNAGUI, Hélio Bastos. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Vol. 1.

TORNAGUI, Hélio Bastos. *Processo Penal.* Rio de Janeiro, 1953.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 2. 3ª edição. Bauru, 1977.

VANCONCELLOS, Pedro Pais. *Proteção de dados pessoais e direito à privacidade: Direito da Sociedade da Informação.* Portugal: Coimbra, 1999, v.1.

VENOSA, Sílvio. *Direito Civil – parte geral.* São Paulo: Atlas, 2003.