

ABUSO PROCESSUAL SOB A ÓTICA DA DOCTRINA DO ABUSO DE DIREITO E O DEVER DE COIBIR DO JULGADOR.

Leilianne Maria Vital Pinheiro¹

Anderson Leonardo de Oliveira Brito²

RESUMO

O trabalho aqui apresentado é o resultado da pesquisa realizada acerca das práticas desleais cometidas pelas partes no exercício dos seus direitos. Especificamente será abordado o estudo do abuso de processo e a tímida formação teórica acerca da boa-fé objetiva processual com enfoque na doutrina do Abuso de Direito; tema polêmico que tem sido estudado, analisado e criticado vastamente pela doutrina que se dedica laboriosamente a buscar a prática mais acertada no meio jurídico. Conclui, por fim, a importância da aplicação da legislação vigente, como forma pedagógica e intimidadora às condutas desvirtuadas da lei. Inibindo a proposição das ações temerárias, dos recursos infundados, da resistência injustificada, impedindo que a justiça, representadas por seus diversos órgãos jurisdicionais, o seja utilizado como veículo da deslealdade e improbidade na prática de atos contrários ao direito.

Palavras-Chave: Processo Civil. Abuso de direito. Abuso de processo. Má-fé processual. Condutas ilícitas.

ABUSE OF PROCESS UNDER THE PERSPECTIVE OF ABUSE OF RIGHTS DOCTRINE AND DUTY TO RESTRAIN THE JUDGE

ABSTRACT

The work presented here is the result of research conducted about the unfair practices committed by the parties to exercise their rights. Specifically the study of abuse of process and the theoretical shy about objective good faith procedural focusing on the doctrine of abuse of law will be addressed; controversial topic that has been studied, analyzed and widely criticized by the doctrine dedicated laboriously seek the right one practice in the legal environment. Talking about the importance of enforcement of existing legislation, such as teaching and intimidating conduct so undermined the law. Inhibiting the proposition of reckless actions, the resources unfounded, unjustified resistance, preventing, that justice, represented by its various courts, it is used as a vehicle of disloyalty and impropriety in the commission of acts contrary to the law.conduct.

Keywords: Civil Procedure. Abuse of rights. Abuse of process. Procedural bad faith. Illicit conduct.

¹ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário do RN. E-mail: leiliannemvpinheiro@gmail.com;

² Professor da disciplina de Processo Civil do Centro Universitário do RN, funcionário público da Justiça Estadual do RN e assessor do Tribunal de Contas do Estado do RN. E-mail: prof.andersonbrito@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A doutrina do Abuso de Direito, ou mesmo “relativização dos direitos subjetivos”, foi sendo construída ao longo dos anos do Século XX pela doutrina e jurisprudência. Pode-se considerar que sua origem remota ao Direito Romano de onde surgiram as primeiras manifestações contrárias ao ato abusivo praticado pela sociedade romana, mesmo que de maneira muito primária no exercício dos direitos. Todavia, foi na Idade Média, através dos atos emulativos, que consistiam no exercício de um direito com a causa única de gerar prejuízos a um terceiro, que ficou consolidada a teoria. Esses atos emulativos, eram observados, principalmente, nas relações onde eram discutidos os direitos à propriedade, direito esse considerado absoluto.

O estudo nasce a partir do debate da matéria desde a sua noção, o surgimento como teoria até sua consagração superveniente no ordenamento. Através dos seus mais variados conceitos, passando por uma busca histórica do instituto, trazendo informações sobre o surgimento da doutrina do abuso de direito e posterior aplicação. Considerações que são pouco abordadas pela maioria dos doutrinadores ao lançarem suas considerações sem o respectivo referencial teórico-histórico do assunto tratado.

Ademais, será feito um minucioso exame do tema e as hipóteses de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico vigente, referenciando de maneira breve o Código Civil de 1916 para, após, ser analisada a sua aplicação pela nova legislação civilista, quando, definitivamente, foi positivado o instituto em seu artigo 187. Quando, a partir do referido artigo serão analisados peculiaridades do abuso de direito, como a sua natureza jurídica, limitações e relevância prática.

No momento em que um cidadão aciona a Justiça com intuito de adquirir ou ter resguardado um direito, ele está exercendo o seu direito subjetivo de ação, direito esse inerente a todos. Trata-se de um direito que está sendo levado ao Estado para que seja tutelado. Sendo o processo o instrumento legítimo para a obtenção do direito material, portanto, a prática da boa-fé processual é essencial para que o direito material não seja maculado por vícios. A doutrina do abuso de processo surgiu da base da doutrina do abuso de direito, contudo dela se diferencia por está restrito à existência de um processo.

Embora a figura do abuso de direito seja conhecida e estudada há bem mais tempo, o estudo da teoria sobre o abuso processual é considerada recente pela doutrina, caracterizada pelas reiteradas práticas procrastinatórias cada vez mais presentes na rotina forense. São exemplos de abuso processuais as práticas das chicanas e artimanhas cujo objetivo precípua é

o de adiar a obtenção de uma decisão, onerando o processo e causando prejuízo não só à outra parte prejudicada, como também ao próprio judiciário.

Mesmo diante das várias tentativas de mudança trazidas pelo nosso legislador, velha e importante característica ainda atrapalha a estável prestação da tutela jurisdicional: a postura processual dos sujeitos envolvidos. Dentre esses obstáculos, podemos incluir a crise do Poder Judiciário, marcada por sua insuficiência, morosidade e de outros problemas de ordem política, fatos esses que atingem diretamente o trâmite processual, tornando-se, também, situações favoráveis às práticas da litigância de má-fé.

O dever de coibição do abuso do direito no processo surge do dever de prestar a tutela jurisdicional em tempo hábil e de maneira íntegra, justa, a fim de que o titular do direito almejado tenha o menor prejuízo possível em sua luta e a maior garantia de efetividade da prestação jurisdicional almejada. A Justiça que anteriormente apregoava o direito de “dar a cada um o que é seu”, passou a ter novo requisito: que o direito da parte seja concedido em tempo idôneo, requerendo não somente o seu direito material tutelado, como também a concretização do direito em tempo razoável.

Há quase duas décadas, no intuito de resguardar as partes e os operadores das leis com métodos que efetivamente concretizem a lealdade processual e conceda efetividade e celeridade na tutela jurisdicional, o legislativo vem promulgando leis e trabalhando na reforma do Código de Processo Civil brasileiro, até mesmo na Constituição Federal.

De maneira abrangente, a maior dificuldade enfrentada na prestação da tutela efetiva, é a perceptível resistência dos juízes e dos nossos Tribunais em aplicar os citados institutos, além da resistência das próprias partes e dos advogados em fazer uso e, de forma adequada, das sanções disciplinadas por nossa legislação processual civil.

2 DOUTRINA DO ABUSO DO DIREITO

2.1 ESCORÇO HISTÓRICO

É de suma importância conhecer a proveniência dos institutos estudados. A doutrina do abuso de processo é proveniente da doutrina do abuso de direito que, por sua vez, proveio das antigas Partidas do Direito Romano, o mais importante documento Ibero-americano da história do direito, pois se trata do legado jurídico da mais ampla e longa vigência.

A doutrina aqui esboçada foi estudada ao longo dos anos e dos acontecimentos históricos, chegando até os dias atuais em que se vê a sua existência e sua aplicabilidade. O

desenvolvimento do estudo doutrinário e a sua importância no âmbito jurídico fizeram com que o legislador aprimorasse a temática nos Códigos Civil e Processual Civil, respectivamente. De início não havia dispositivo constante no Código de Processo Civil que legitimasse a aplicação da teoria para os casos do abuso de direito de ação ou abuso na defesa realizada no processo. Os processualistas utilizavam o artigo 160 do Código Civil de 1916 como parâmetro para justificar a prática abusiva do direito.

Atualmente, tanto o Código Civil de 2002 quanto o Código de Processo Civil fazem cristalinas referências às práticas abusivas do direito e no processo. Mais especificamente, tratando da boa-fé, do ato ilícito e, processualmente, trazendo a litigância de má-fé e as suas repercussões no processo.

2.1.1 Reconhecimento primitivo no Direito Romano

Muitos atestam que a doutrina do abuso de direito é proveniente da jurisprudência francesa. Contudo, é do Direito Romano a referência histórica do instituto aqui estudado. Proveniente das Partidas da legislação romana, posteriormente trazida na doutrina dos atos emulativos, do Direito Medieval e mais tardiamente e concretamente respaldada pelo Código Civil da Prússia de 1974.

Como prova incontestável da proveniência romana, famigeradas frases do estudo jurídico ditadas pelo jurisconsulto Gaio: “Não devemos usar mal de nosso direito.”, como também pelas afirmações de Ulpiano: “Os preceitos do Direito são estes: viver honestamente, não prejudicar a ninguém e dar a cada um o que é seu”, comprovam que o abuso de direito de muito tempo atrás é alvo da preocupação dos juristas.

Há, entretanto, outras tantas máximas utilizadas pelos romanos que demonstram o real nascedouro da doutrina do abuso do direito, perdendo-se suas origens no direito clássico romano, conforme atesta a frase de Cícero: “supremo de justiça, suprema injustiça”. Dessa forma, a figura do abuso do direito, se não chegou a ser teorizada pelos romanos, pelo menos foi conhecida do ponto de vista doutrinário.

Casos concretos comprovam que a teoria do abuso do direito era vastamente utilizada pelo direito romano, como a exemplo, a perda da propriedade quando o titular se recusava a prestar caução de dano infecto; ou ainda, na legislação imperial, as proibições de se manterem ocultas as terras e de se manterem os latifúndios. O direito da propriedade era aguerridamente defendido pelos romanos e é de lá que nascem as primeiras concepções acerca do exercício do justo direito.

2.1.2 O surgimento na Idade Medieval

Por ser o período medieval favorável ao ambiente da emulação, caracterizando-se uma época de brigas, rixas ou disputas. Favorecimento esse que se explica por uma importante razão: a atuação do Estado ainda não era tão evidente. Por ter sido uma época de “atrofia estatal”, a sociedade suportou todo tipo de polêmica.

Portanto, em razão da prática da emulação desta época, atos caracterizados como sendo os atos praticados pelo indivíduo com a intenção deliberada de causar prejuízos a outrem, ainda que esses atos não resultassem em proveito próprio do causador.

O direito subjetivo de propriedade que até então era considerado um direito absoluto na Idade Média, passou a ser relativizado e questionado em decorrência dos atos de emulação. E, dessa relativização, exsurge o império da função social dos direitos. E a aemulatio tornou-se o maior referencial da teoria do abuso do direito na era moderna.

2.1.3 A consolidação teórica no Direito Moderno

Na era moderna, o documento indicado como sendo o mais importante texto legislativo que expôs de forma clara a preocupação com o exercício do abuso do direito foi o Código Civil da Prússia, de 1974. Neste documento a restrição ao exercício do abuso do direito estava inserida de forma bem explícita, albergado por um princípio genérico que era extensivo a todos os direitos em geral.

A legislação prussiana reprimia de tal maneira o exercício irregular e abusivo do direito, quando, entre outras coisas, estabeleceu que o cidadão que praticasse o seu direito dentro dos próprios limites não estaria obrigado à reparação do dano causado ao terceiro. Contudo, dever-se-ia reparar, entre os diversos meios de praticar o seu direito, exercesse o mais danoso, com a explícita intenção de prejudicar, verificada a conduta dolosa. Quase que uma leitura literal do que é trazido pelos doutrinadores e pela própria lei do ato ilícito brasileiro.

Com o advento do liberalismo, foi dada margem ao individualismo, podendo-se dizer até que o surgimento da filosofia política de ideias liberais intimidou a teoria do abuso do direito, desencadeando verdadeira regressão e inaplicabilidade da mesma. A exemplo, o Código de Napoleão de 1804, quando fixou os direitos absolutos, totalmente contrários à noção de abuso do direito, conforme expõe o doutrinador Alvino Lima.

O direito é um poder que promana da lei, como vontade geral, ou da vontade particular, nas suas múltiplas manifestações em atos jurídicos. Exercê-lo em toda a sua amplitude, ainda que se lesem terceiros, é uma prerrogativa amparada por lei. A sociedade é a soma dos indivíduos justapostos e a proteção da pessoa forma o conteúdo da noção do direito. Existiam, porém, dispositivos esparsos proibindo a prática de atos emulativos, mas relegados a uma posição relativa frente aos textos que conservavam os princípios absolutistas e os tornavam suficientes por si só. Coube à jurisprudência insurgir contra a rigidez desses princípios individualistas, consagrando os princípios relativistas do direito sustentados na teoria moderna do abuso do direito, ultrapassando a doutrina da ‘aemulatio’ para estender sua compreensão à coordenação do exercício do direito, quando o seu titular não tenha legítimo interesse na ação, desviando o direito de sua finalidade social e econômica.

Na França, embora as decisões provenientes dos tribunais não fizessem referência de maneira explícita ao abuso do direito, já eram aplicáveis às decisões, simbólicas prescrições da teoria superveniente.

A exemplo da expressiva aplicação da doutrina na França, situação essa em que ficou estabelecida a base da teoria do abuso de direito, o famigerado caso “Clement Bayard”. Trata-se, resumidamente, da situação em que um dono de terreno rural, no qual tinha como vizinho um construtor de dirigíveis que, para força-lo a adquirir seu terreno, nele ergueu grandes pilastras de madeira armadas com agudas pontas de ferro com o intuito de dificultar a aterrissagem de aeronaves.

Acerca da forma como a doutrina foi utilizada pelos franceses, convenientemente ponderou Carvalho Neto.

O critério utilizado pelos franceses para a identificação do abuso do direito é a antissociabilidade do seu exercício. No caso Colmar acima citado, a Corte afirmou expressamente que o exercício do proprietário, assim como o exercício do todo outro direito deveria ter por limite a satisfação de um interesse sério e legítimo.

2.1.3 O abuso do Direito na doutrina brasileira

No Brasil, mesmo proclamada a independência, ainda continuava vigorando a presença da Idade Média em tempos modernos, traduzido nas Ordenações trazidas de Portugal, sentimento esse que gerou uma reação de muita morosidade às ideias individualistas.

A sobreposição das Ordenações dos Reinos - compilações de leis portuguesas vigente à época do absolutismo e colonialismo – conferiu ao ordenamento brasileiro, caracterizada por um centralismo jurídico, habituando aos brasileiros pensarem no ordenamento jurídico como um ato de autoridade, assim como pensavam os cidadãos portugueses.

Não diferentemente de como ocorreu com outras codificações, o Código Civil Brasileiro de 1916 não suportou as mudanças socioeconômicas engendradas no país. Como consequência disso, soergueram-se construções teóricas, a melhor exemplo, a doutrina do abuso do direito. De modo que, no sistema antecedente ao Código de 1916, não há conhecimento de qualquer lei que fizesse a mínima referencia à teoria do abuso do direito da forma como é hodiernamente conhecida.

Embora a doutrina não tenha sido apontada explicitamente, como já ocorria em outros ordenamentos jurídicos, o Código Civil de 1916, em seu artigo 160, inciso I, prescrevia que não constituíam atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular do direito.

Tecnicamente, mesmo que de forma indireta e singular, o dispositivo apontava a repressão ao exercício irregular do direito. E, então, ficou consolidada pelos juristas que a teoria se desenvolveu a partir de então, de modo que já é aliada à concepção do ato ilícito e do exercício irregular do direito.

Sobre o tema, em seus comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Beviláqua aprecia que a evolução do direito é operada no sentido de sobrepor o fim ético, aos elementos egoísticos da sociedade. Sendo compreendida a sociologia como a força moral que deve propiciar o equilíbrio das energias sociais, contribuindo fortemente para a solução do abuso do direito.

Em sua tese de mestrado, em que disserta sobre o abuso de direito, Daniela Marcacini *apud* Leedsônia Albuquerque afirma que o Código de Processo Civil Brasileiro não trouxe considerações acerca dos vícios dos atos jurídicos, como coação, fraude, simulação, dolo, contudo deu maior importância ao dever de veracidade, evitando assim o legislador apresentar uma definição genérica do abuso do direito processual.

Leedsonia Albuquerque continua afirmando que a nossa carta processual enfatiza maior relevância ao dever da verdade “estendendo seu âmbito de aplicação para a conduta, não só das partes, mas de todos os que intervêm na relação processual (partes, juiz, Ministério Público, auxiliares, testemunhas)”.

Denotamos, ainda, que o princípio da probidade é ínsito ao processo, encontrando-se nas concepções antigas que vieram informando a doutrina do abuso, transformando-a em teoria, fruto desabrochado das tendências antiindividualistas da ordem jurídica contemporânea, fundada no princípio da solidariedade (social e jurídica), em substituição ao tradicional conceito de liberdade, que fundava os direitos subjetivos.

O legislador evitou trazer dispositivo que fizesse referência ao abuso processual de forma generalista, vaga. Dando maior elasticidade e aplicação do princípio de probidade

A omissão de nosso legislador durou quase que um século, até que culminou com entrada em vigor do Código Civil de 2002, que acolheu expressamente a Teoria do Abuso do Direito, embora não tenha trazido a sua denominação.

3 CONCEITO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

3.1 ABUSO DO DIREITO, ATO ILÍCITO E BOA-FÉ

Especialistas têm se debruçado sobre a teoria do abuso do direito enquanto instrumento hábil para ensejar a responsabilização civil, de modo a detectar a existência de uma linha tênue entre o exercício de um direito e o exercício abusivo deste mesmo direito.

Pelo fato de ser uma questão meramente ética, a quantificação e a mensuração, ainda que não sejam impossíveis, são de difícil enquadramento.

Afirma Leedsônia Albuquerque, quando revela que a teoria do abuso de direito foi “transplantada do direito privado para o direito processual, visando impedir que este servisse de instrumento para prejudicar a outrem, impossibilitando que fossem atingidas as finalidades que visava”.

Define Menezes Cordeiro o abuso de Direito como:

A expressão “abuso de direito” deve-se ao autor belga Laurent. Foi criada para nominar uma série de situações jurídicas, ocorridas na França, nas quais o tribunal, reconhecendo embora, na questão de fundo, a excelência do direito do réu, veio a condenar, perante irregularidades no exercício desse direito.

Importante se faz esclarecer o entendimento de Planiol apud Villas Bôas para quem há uma evidente impropriedade técnica na expressão abuso de direito, já que se há abuso, é porque não há direito. Assim ele entende que:

É uma logomaquia, porque se eu uso de meu direito, o meu ato é lícito e quando ele é ilícito, é que eu ultrapasso o meu direito e ajo sem direito. [...] É preciso não ser logrado pelas palavras: o direito cessa onde o abuso começa, e não pode haver “uso abusivo” de um direito, qualquer que seja, pela razão irrefutável de que um só e único ato não pode ser ao mesmo tempo conforme o direito e contrário ao direito.

Planiol é adepto da teoria negativista, pois como visto acima, para ele não existe a figura do abuso de direito, pois quando se excede no exercício do direito, este passa a não mais existir, pois o ato que se iniciou lícito transmuda-se para o campo da ilicitude.

Todavia, a tese negativista está superada, eis que é largamente aceita em sede doutrinária e jurisprudencial a existência da teoria do abuso de direito, apesar da imprecisão técnica da expressão, prevalece o entendimento afirmativista.

O abuso do direito é um assunto extremamente interessante, justamente porque é algo que não era discutido usualmente no Direito Civil Brasileiro. Em verdade, o abuso do direito passou a receber comentários com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 que em seu artigo 187 está contida uma rica cláusula geral que diz: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé e pelos bons costumes.” A essa riquíssima cláusula geral trazida pelo dispositivo citado, a doutrina denominou de abuso de direito.

O ato ilícito tradicionalmente conhecido é o ato ilícito culposo do artigo 186 do Código Civil. O tradicional “matar”, “furtar”, “roubar” e este ato ilícito tradicional requer um ato que seja antijurídico, uma conduta que seja antijurídica, ou seja, contrária ao direito e, que além da conduta antijurídica, fique provado que o agente atuou com culpa, a culpa é fundamental na aferição desse ato ilícito tradicional e essa culpa como, no mínimo, uma conduta irresponsável do agente. Esse é o ato ilícito que costumeiramente é falado e estudado pela doutrina.

Contudo surge uma figura distinta denominada de abuso de direito, considerada uma segunda modalidade de ato ilícito. Considerada diferente porque tem características bem divergentes das do ato ilícito. A figura do abuso do direito surge inegavelmente com o exercício de um direito além do razoável, desproporcional. O agente exerce um direito, mas de uma forma aparentemente lícita porque essa conduta, embora aparentemente lícita, ela ofende as finalidades éticas do ordenamento jurídico. Esta é a moldura do abuso do direito.

A melhor forma de explicar o abuso do direito, do artigo 187 do Código Civil, é diferenciá-lo do ato ilícito tradicional, do artigo 186. De acordo com a doutrina do renomado

professor Nelson Rosenvald, existe três distinções que podem ser encontradas entre o abuso de direito e o ato ilícito.

O ato ilícito tradicional é caracterizado como ato eminentemente subjetivo, ou seja, só pratica ato ilícito se ficar provado o elemento anímico, o elemento psicológico da culpa. O abuso do direito é considerado um ato ilícito objetivo, pois nessa figura prescinde-se do elemento culpa. O juiz de direito não afere se a intenção do agente que praticou o abuso do direito foi a de violar ou não a norma, basta que a conduta do agente tenha sido contrária ao ordenamento jurídico, viole a lei, o elemento psíquico-intencional ele é despreciando.

A segunda distinção é ainda mais rica, talvez seja o cerne da distinção. O ato ilícito, além da ilicitude, ele é ilegal. Ele afronta formalmente uma norma, ele viola a lei posta no ordenamento jurídico. O abuso do direito ele é um ato ilícito, porém, não está eivado de ilegalidade, é, contudo, um ilícito qualificado pela ilegitimidade da conduta do agente. No abuso do direito não há uma violação à norma, tão somente há violação material dos limites éticos do ordenamento jurídico. A conduta no abuso do direito não ofende uma norma “A”, “B” ou “C”, a conduta é dirigida quanto aos objetivos e valores do ordenamento civil constitucional. No abuso do direito o ato do agente é considerado antijurídico, mas não é caracterizada uma antijuridicidade de origem, mas sim uma antijuridicidade de resultado, ele se torna antijurídico porque a finalidade da conduta é excessiva, porque o resultado que o agente busca é desproporcional perante o sistema. Em poucas palavras, no abuso do direito o ato não é ilícito na origem, mas sim na sua finalidade, no seu resultado.

E há, por fim, uma terceira e última distinção, caracterizada como pedagógica: quem qualifica o ato ilícito é o legislador, pois basta uma violação à norma. A qualificação do ato ilícito é uma priori que é dada pelo legislador. Já o abuso do direito é qualificada pelo juiz de direito, o magistrado, no caso concreto. Isto diz que a qualificação do abuso de direito é construída pelas decisões dos tribunais do país. Isso se explica porque o conteúdo do artigo 187 do CC é considerado uma cláusula geral. Aliás, o artigo 187 do CC é uma das cláusulas gerais mais nobres do Código Civil, porque nela é observada a conjunção da ofensa à boa-fé objetiva, aos bons costumes, a função social do contrato, etc. Afirma-se que a qualificação do abuso de direito nada mais é do que a construção edificada pelos tribunais.

Nesse sentido da qualificação do abuso de direito, os julgadores deverão ter a “sensibilidade” de perceber que em determinado momento da sociedade e em determinados locais, existem certas condutas que estão revestidas pela “capa da licitude”, mas que verdadeiramente essas condutas são ilícitas porque elas ofendem certos valores que são

extremamente relevantes para a sociedade. E é a partir daqui que é construída a teoria do abuso do direito.

É também substancialmente importante traçar um breve paralelo do abuso do direito com a boa-fé objetiva, inicialmente afirmando que não se tratam de expressões sinônimas. São cláusulas gerais distintas, mas que existem momentos de intercessão entre elas.

Nelson Rosenvald, em síntese, acerca do princípio da boa-fé objetiva, explicita com clareza e precisão o contexto do modelo jurídico em análise, *in verbis*:

A boa-fé objetiva é horizontal, concerne às relações internas dos contratantes. Atende ao princípio da eticidade, pois polariza e atrai a relação obrigacional ao adimplemento, deferindo aos parceiros a possibilidade de recuperar a liberdade que cederam ao início da relação obrigacional. Mediante a emanção de deveres laterais - anexos, instrumentais ou de conduta -, de cooperação, informação e proteção, os parceiros estabelecem um cenário de colaboração desde a fase pré-negocial até a etapa pós-negocial, como implicitamente decorre da atenta leitura do art. 422 do Código Civil. Dentro de sua tridimensionalidade (funções interpretativa, integrativa e corretiva), a boa-fé ainda exerce uma função de controle, modelando a autonomia privada, evitando o exercício excessivo de direitos subjetivos e potestativos, pela via do abuso do direito [art. 187, CC].

A função interpretativa da boa-fé é utilizada para interpretar os negócios jurídicos de modo que as partes atuem uma perante a outra com honestidade, lealdade e cooperação. A função integrativa, albergada pelo artigo 422 do Código Civil, consiste em fazer com que nas relações jurídicas existam os deveres anexos, deveres laterais de proteção, informação e cooperação. Por fim, a terceira e última função, função de limitação de exercício de direitos, atuando como verdadeiro termômetro, no sentido de que ela evite que pessoas exerçam seus direitos subjetivos de forma desproporcional, exagerada.

É exatamente na função limitadora ao exercício desproporcional de direitos subjetivos que a boa-fé objetiva cruza com o abuso do direito. A boa-fé objetiva controla até aonde podem ser exercidos os direitos (subjetivos e potestativos) de forma razoável. Pois que, se exercidos de forma desproporcional, nesse momento surge o abuso de direito. O abuso do direito como ato ilícito dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante o fato de encontrar-se inserido no plano da antijuridicidade, como também de ter sido incluído no Código Civil de 2002, no Título pertinente ao ato ilícito, o ato abusivo não pode ser confundido com o ato ilícito, consoante diferenciação já atingida anteriormente. Com efeito, entendemos que o abuso do direito se apresenta como uma categoria autônoma da antijuridicidade.

O fato de os juristas contemporâneos se considerarem incapazes de definir o abuso do direito, os levou a delinear construções teóricas em torno da figura, reduzindo-a ao quadro de estruturas disponíveis ou elaboradas, estas últimas inseridas em conceitos jurídicos como “carência de direito”, “responsabilidade comum” ou “ilícito”, entre outras.

A doutrina do abuso do direito está em sintonia com a atual tendência da racionalidade jurídica, a qual não mais se coaduna com a ideia da completude do ordenamento e sim com a consagração dos princípios como valores fundamentais do sistema jurídico nacional, os quais, em sua maioria, se encontram constitucionalizados. Vale destacar, em especial, para o estudo do abuso do direito, a incidência dos princípios da socialidade e eticidade, ambos consagrados pelo Código Civil de 2002.

Portanto, deve ser admitido o instituto do Abuso do Direito como uma categoria autônoma, haja vista que o mesmo, apesar de se encontrar inserido no plano da antijuridicidade, em nada se confunde com o ato ilícito, conforme já demonstrado.

3.2 A MÁ-FÉ

O termo má-fé deriva do latim *malefatus*, isto é, aquele que tem mau destino ou má sorte. Também é um termo empregado juridicamente para expressar aquilo que se faz com entendimento de maldade, ou do mal que este ato contém.

Ainda, a má-fé ocorre quando a pessoa que pratica o ato já tinha conhecimento do mal, ou seja, estava consciente de que havia engano ou fraude no ato e assim mesmo o praticou, ou recebeu a coisa, agiu de má-fé, com fraude ou dolo. Houve intenção dolosa ou perfídia.

O que é certo é que a expressão má-fé se opõe integralmente à expressão boa-fé. Ambas constituem uma avaliação ética do comportamento humano; o que as diferencia, entretanto, é que a boa-fé é presumida, enquanto a má-fé deve ser caracterizada e provada.

Por exemplo, os registros do Velho Testamento dão mostras de quão era e, ainda é importante dizer a verdade e, não mentir. Esse valor ético que remonta aos primórdios da civilização sempre foi prezado pelo Direito através dos tempos, por filósofos e pensadores.

No Direito português, há registros históricos das Ordenações do Reino, das Afonsinas, de 1446, das Manuelinas, de 1521, e das Filipinas, de 1603. Nesse caso, caberia ao juiz dar juramento de calúnia, tanto ao autor como ao réu. Isso nos mostra a preocupação que há, desde aqueles tempos, por parte do legislador em exigir que as partes digam a verdade no processo judicial, a fim de afastar a mentira, o dolo e a fraude.

4 PRÁTICAS ABUSIVAS NO PROCESSO

A solução de um litígio se dá através da reunião dos esforços entre as partes e o Estado, representado pela figura do juiz. As partes, defendendo interesses de ordem privada, contudo o Estado tem um fim maior, que é o da efetivação da paz social, mediante a justa composição do litígio e a prevalência da ordem jurídica. O que lhe confere indispensável interesse público no processo.

Afirma Humberto Theodoro Junior:

O Estado e a sociedade, de maneira geral, apresentam-se profundamente empenhados em que o processo seja eficaz, reto, prestigiado, útil ao seu elevado desígnio. Daí a preocupação das leis processuais em assentar os procedimentos sob o princípio da boa-fé e da lealdade das partes e do juiz.

O doutrinador Fredie Didier Jr assevera que os sujeitos processuais devem agir imbuídos de uma boa-fé objetiva, ou seja, a boa-fé entendida como conduta. Consideração essa extraída da leitura do inciso II do artigo 14 do CPC, descrevendo que todas as pessoas envolvidas no processo devem proceder com lealdade e boa-fé.

E faz importante e pioneira consideração quando pondera que os sujeitos do processo, ao contrário do que outros tantos doutrinadores apontam, não são apenas as partes entendidas como autor, réu e o juiz. Entende-se também que é incluso ao rol de destinatários da norma os envolvidos indiretos do processo, ou seja, as pessoas que fazem parte do órgão jurisdicional.

Ainda sobre a boa-fé objetiva processual aqui avençada, explica Cordeiro:

Na doutrina brasileira não são muitos doutrinadores que mencionam a existência de uma “boa-fé objetiva processual”. Poucos doutrinadores brasileiros aproveitam essa grande contribuição germânica em seus estudos sobre o direito processual que ainda estão presos a uma concepção subjetiva de boa-fé. Ignora-se toda uma construção doutrinária acerca da boa-fé objetiva no direito privado e no público. Parece não ter havido comunicação doutrinária interdisciplinar, fato triste e lamentável.

A conhecida sistematização procedida pela doutrina alemã traz os conhecidos quatro casos de aplicação da boa-fé objetiva ao processo, quais sejam: a proibição de criar posições processuais dolosamente, como por exemplo, o requerimento doloso da citação por edital; proibição do *venire contra factum proprium*, como por exemplo, recorrer de uma decisão que se aceitara; a proibição de exercer abusivamente o poder que se tem no processo, como

exemplo, o abuso do direito de defesa; supressão, caracterizada pela perda processual em razão do seu não-exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não seria mais exercido.

Contudo, na prática o que se observa é que o Poder Judiciário é diariamente acometido por infundadas e temerosas lides. Caracterizadas por postulações sem fundamentos jurídicos; resistências injustificadas; pretensão e defesas impróprias; recursos com intuito manifestamente protelatório. Condutas essas eivadas de má-fé e, geralmente, carregadas de intenções maliciosas por parte de algumas das partes interessadas.

As práticas aqui elencadas são consideradas atentatórias à boa-fé, bons costumes e macula os fins sociais que revestem o processo, levando a todos que creem na Justiça ao exercício sadio dos seus direitos ao longo do processo.

Fazendo com que o próprio Código de Processo Civil cuidasse de impor penas àqueles que se utilizasse das artimanhas processuais, exsurgindo o instituto da litigância de má-fé.

4.1 DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

De acordo com o princípio da probidade, as partes do processo, (entenda-se assim todos os envolvidos, tais quais, partes, procuradores, juiz e órgão jurisdicionado) devem agir imbuídas de verdade, lealdade e boa-fé. Assim como devem afastar as pretensões destituídas de fundamentos, não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração do direito.

A não observância dos preceitos trazidos pelo princípio aqui discutido, fez com que o legislador formulasse penalização aos infratores, levando-os a responder por perdas e danos. Conforme inscrição do artigo 16 do CPC.

Acertadamente, ponderou o legislador de forma específica atos tipificados como de lealdade processual no atual Código de Processo Civil, tipificando também os atos eivados de abuso do direito no âmbito do processo, tipificando-os como ilícitos e conjecturando a possibilidade de responsabilização por tais atos, como a aplicação de multa e a excepcional condenação em perdas e danos ao então denominado litigante de má-fé.

Conforme inteligência do artigo 17, inciso II, agir, mesmo que sem observância, alterando a verdade dos fatos, correspondente ao dever oposto de exposição dos fatos em juízo conforme a verdade, configurando a litigância de má-fé, que, segundo exposição de José Olimpio de Castro Filho:

Consiste no corromper dos próprios fins do processo e representa a consciência de se degenerar os elementos de fato da relação substantiva (o que vulgarmente se chama de dolo material ou substancial) ou o degenerado uso dos meios processuais (dolo instrumental).

4.1.1 Análise das condutas tipificadas nos incisos I a VII do artigo 17 do CPC

A litigância de má-fé consiste na falta de observância por todos aqueles que se utiliza de um processo, ao disposto no princípio da probidade, lealdade e boa-fé. Como também a desobediência direta ao disposto no artigo 17 e incisos, pelo Código de Processo Civil.

As condutas consideradas como de má-fé podem ser executadas ativamente ou passivamente (de maneira omissiva, portanto), e conforme já alegado, na elaboração do nosso atual Código de Processo Civil, o legislador escolheu por enumerar de forma taxativa todas as hipóteses que caracterizam a litigância de má-fé.

Fica evidenciada a difícil tarefa exercida por nosso legislador quando resolve enquadrar condutas fáticas em dispositivo coercitivo. Contudo, não deve valer-se o juiz da hermenêutica restritiva e limitadora de declaração de litigância de má-fé, trazida pela enumeração legal para aplicar as sanções processuais devidas.

Compactua do mesmo entendimento Fredie Didier Jr, quando relata que “A infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustivas das hipóteses de comportamento desleal.” Daí a grande utilidade de uma cláusula geral processual de boa-fé.

Não obstante ao fato do artigo 17 do CPC ter rol taxativo, o que se demonstra é a vedação das partes agirem em desalinho com as condutas tipificadas no art. 14, incisos I a V, do Código de Processo Civil, sob pena de serem responsabilizados pelas reprováveis condutas tipificadas no art. 17, incisos I a VII, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, ainda, pondera Didier que “Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais: o inciso II do artigo 14 é bastante, exatamente por tratar-se de uma cláusula geral.”

A leitura do artigo 17, inciso I, do Código de Processo Civil prevê que “deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso”.

A primeira conduta analisada corresponde à formulação de pretensões e defesas (de fato e de direito), sabendo-as infundadas. Ou seja, fica vedado ao litigante resistir em pretensões ou defesa, também em recursos e contrarrazões, destituídas de fundamento contra a verdade conhecida dos fatos, contra os fatos incontroversos, contra a lei; devendo agir de acordo com a verdade subjetiva, isto é, acreditando na verdade trazida a juízo.

Do inciso II, do mesmo artigo, é litigante de má-fé aquele que “alterar a verdade dos fatos”. Ou seja, nesta hipótese analisada, fica proibido aos participantes do processo alegar fato como verdadeiro, tendo ciência de que não correspondem com a verdade. A exemplo dessa situação cita-se a negativa de parentesco quando se sabe que este existe.

Da análise do artigo 17, inciso III, assim prevê a litigância de má fé quem “usar do processo para conseguir objetivo ilegal”. Esta hipótese analisada corresponde, em sentido contrário ao que dispõe o princípio da lealdade e boa-fé. .

Para Dinamarco, a conduta extraída desse inciso pode se definir como “os casos em que a propositura da demanda é em si mesma um expediente engendrado com a finalidade de obter aquilo que a lei não permite”.

No inciso IV, é considerado litigante de má-fé todo aquele que opõe resistência injustificada ao andamento do processo, agindo, também, desfavoravelmente ao princípio da boa-fé. Mais especificadamente, aquele que atua contra a celeridade processual. Tanto o réu quanto o autor podem dar causa a esse comportamento. Como por exemplo a retenção dos autos além do tempo permitido.

O inciso seguinte remete à postura temerária em qualquer incidente ou ato processual, provocando manifestamente incidentes infundados, atentando contra o que dispõe o inciso IV do artigo 14 do CPC. Exemplificado como a produção de provas inúteis, como também a expedição de carta precatória para se ouvir testemunhas inexistentes.

Para o inciso VI, constitui litigância de má-fé todo aquele que provoca incidentes manifestamente infundados. Tal dispositivo trata do incidente de forma ampla, fazendo referência a qualquer revolta ou provocação destituída de fundamentação ou com fundamentação desvirtuada.

E, finalmente, o inciso VII, introduzido pela Lei 9.668/98, tratando do abuso recursal como ato de litigância de má-fé, a utilização do recurso como meio manifestamente protelatório, ou seja, sem eivado pela falta de motivação pertinente e destituídos de fundamento razoável ou meramente retórico.

4.1.2 Das sanções processuais ao litigante de má-fé

É certo que a prática da conduta desvirtuada de boa-fé e lealdade ocasiona prejuízos tanto para a outra parte, como também ao Poder Judiciário, uma vez que incorre na demora de prestação da tutela. Seja o juiz tendenciado a incorrer em erro, seja pelo gravoso desvio da finalidade almejada no processo. Permitir atos protelatórios como as descritas no dispositivo

legal trazido pelo CPC é dá verdadeira permissão para que o processo seja manejado com intuito de denegrir a atuação do Poder Judiciário, imagem já considerada desgastada.

Compactuando do mesmo entendimento, Ada Pellegrini Grinover afirma que “as sanções por litigância de má-fé têm o objetivo de punir aquele que praticou conduta ou ato ofensivo ou desrespeitoso ao Poder Judiciário”.

Nessa mesma ótica, no intuito de proporcionar a igualdade entre os participantes do processo, além de impor respeito ao Poder Judiciário e o verdadeiro combate ao exercício dos atos ilícitos tipificados no art. 17, incisos I a VII, do Código de Processo Civil, o caderno processual comina nas coações descritas no art. 14, parágrafo único, art. 16 e art. 18, §§ 1º e 2º, todos do Código de Processo Civil.

Quando a má-fé do agente é verificada, a requerimento da parte adversa ou de ofício, o juiz, ao final da lide, deverá condenar o litigante de má-fé a indenizar à parte contrária que suportou os prejuízos da sua má conduta, além das custas, honorários e demais despesas havidas ao longo do processo.

Afirma Ernane Fidélis dos Santos que, para que seja reconhecida a má-fé não há necessidade de a parte sair vencida, pois “mesmo se vencedora, se de má-fé, indeniza e paga honorários.”

Ademais à sanção processual que trouxe em seu bojo o combate à litigância de má-fé, caracterizada pela prática dos atos tipificados na cláusula geral do inciso V do artigo 14 do CPC; a legislação processual civil estabeleceu, também, sanções direcionadas aos participantes do processo, cujo caráter é eminentemente reparatório, dispostas nos artigos 16 e 18 do Código de Processo Civil, abaixo descritas

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu e interveniente.

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

Sem deixar espaço para dúvidas, a lei sobreposta previu que todas as práticas das condutas insertas nas hipóteses taxativas trazidas pelo artigo 17 do CPC, como também

condutas descritas nos artigos 16 e 18 , parágrafos 1º e 2º, respectivamente, estarão sujeitas ao pagamento de multa no equivalente a 1% sobre o valor da causa, quanto ao dever de indenizar o litigante vitimado pelos prejuízos decorrentes da conduta errônea.

As penalidades aplicadas à deslealdade consistente da prática dos atos elencados pelo artigo 17 e incisos, como também o que preceituam o artigo 16 caput e 18, parágrafos primeiro e segundo do mesmo diploma legal, são classificadas como sanções cuja natureza é reparatória, como a trazida pelo caput do artigo 18 (1% sobre o valor da causa, mais a condenação em custas e honorários); sanções de natureza pecuniária, ao caso do que traz o parágrafo 2º do artigo 18, quando o juiz condenará em quantia líquida (ou arbitramento). Por fim, sanções processuais endereçadas às partes e impostas em benefício do litigante prejudicado.

Se houver mais de um litigante de má-fé na causa, é defeso ao juiz condena-los proporcionalmente ao interesse de cada um deles na causa. Se houver ajuste para lesar a outra parte recairá, portanto, a condenação solidária.

4.2 HIPÓTESES DE OCORRÊNCIA DO ABUSO DO DIREITO PROCESSUAL

No exercício processual, através dos instrumentos ofertados pelo sistema jurídico, há várias possibilidades das quais as partes podem se aproveitar abusivamente em seu favor. Hipóteses provenientes da procrastinação ou ainda das diversas “estratégias de má-fé”.

Nas hipóteses em que ocorre o exercício abusivo originado da procrastinação processual, o proveito obtido pela parte, nada mais é, do que o ganho de tempo que, por si só, poderá trazê-la diversas vantagens, nas mais variadas vertentes. Já o proveito adquirido diante do exercício carregado de “estratégias de má-fé” e artimanhas processuais baseia-se na fragilidade que recai sobre à outra parte mediante reconvenções sem fundamento, como também as desistências estratégicas de recursos, por exemplo.

4.2.1 Nas ações cautelares

As ações cautelares são ações autônomas, de caráter não-satisfativo, assecuratório, objetivam a conservação do direito afirmado e, assim, neutralizam o nocivo efeito do tempo. Tem como características a instrumentalidade, pois serve de instrumento de proteção a outro instrumento (que é a tutela jurisdicional satisfativa); não tem um fim em si mesmo e tem eficácia limitada no tempo, o que a caracteriza como tutela temporária.

Na verdade, o maior objetivo trazido pela tutela cautelar é a resolução do problema trazido a juízo de forma mais célere, preservando os princípios processuais da celeridade e da ponderação. Contudo, a concessão da antecipação provisória dos efeitos da tutela definitiva sem a estrita observância a existência dos seus requisitos básicos, constitui causa acessível do abuso do direito, possível de tornar um instrumento de dolo, fraude, temeridade, erro grosseiro ou coação.

Em que pese as ações cautelares possuam objetivos nítidos de promover a celeridade processual, não é o que se tem observado na prática forense, quando na verdade a conduta das partes é bem diversa. Na rotina forense o que se vê é o inverso, pois as ações cautelares, em muitos dos casos propostos em juízo, passaram a ser mais um instrumento dos quais os litigantes de má-fé se utilizam para inviabilizar ou retardar um direito.

Trata-se de uma situação comum encontrada na rotina forense, por exemplo, quando o credor procura receber o crédito devido através de protesto de título. Ou até mesmo quando o credor é vítima de uma ação executiva desprovido de recursos, se utiliza das ações cautelares como meio protelatório. É o que relata o aresto jurisprudencial:

A parte que, intencionalmente, ajuíza várias cautelares, com o mesmo objetivo, até lograr êxito no provimento liminar, configurando a litispendência, litiga de má-fé, devendo ser condenada na multa específica. (STJ – 4ª T. – Resp. 108.973 – Rel. Sálvio de Figueiredo – j.29.10.1997 – DJU 09.12.1997, p.64.709).

Resta claro, portanto, que as ações cautelares, podem, infelizmente, ser instrumento manejado pelos litigantes de má-fé para protelar o direito discutido, uma vez que as ações cautelares asseguram a satisfação de uma pretensão futura, ação essa que possui rito mais moroso.

E, justamente pela morosidade característica da prestação jurisdicional que esses litigantes de má-fé se utilizam das ações cautelares de forma inconveniente. Convictos dessa postura da Justiça, os litigantes de má-fé veem o incentivo para cada vez mais ingressar em juízo imbuído deste desvirtuado propósito.

4.2.2 No exercício de recorrer

De início, é válido trazer aqui algumas considerações acerca da natureza constitucional concedida ao princípio do duplo grau de jurisdição. Há uma cansativa discussão doutrinária sobre o caráter constitucional do princípio, da sua observância compulsória, sem limites e da

sua relação com o princípio constitucional do devido processo legal, acesso à justiça e ampla defesa.

No que pese a discussão doutrinária acerca do assunto, pode-se dizer que o entendimento majoritário compreende que o princípio do duplo grau de jurisdição conferido na Constituição é interpretado como princípio, e não como garantia. Concluindo que o princípio não está referido na estrutura constitucional em termos absolutos.

Com efeito, a doutrina traz vários pontos negativos do princípio aqui discutido, como a dificuldade de acesso à justiça, o desprestígio da decisão de primeira instância, quebra da unidade do poder jurisdicional, afastamento da verdade, entre outros.

Nessa toada, o princípio do duplo grau de jurisdição confere, sobretudo o uso danoso do processo caracterizado pela interposição do recurso manifestamente protelatório, isto é, mesmo o recurso não tendo chances de ter seu mérito admitido pelo tribunal, seja porque possua teses contrárias ao entendimento do tribunal *ad quem*, seja porque o apelante queira contrariar provas periciais ou documentais carreadas nos autos que constituíram a base da sentença proferida.

Nesse sentido, por exemplo, o nosso Código de Processo Civil não limita o cabimento da apelação, uma vez que admite este recurso contra toda e qualquer sentença, sem nenhuma limitação, conforme pondera Nelson Nery Jr.

Portanto, eis uma grande dificuldade enfrentada pelos magistrados, a de saber diferenciar o abuso do direito de defesa exercido através da utilização legítima dos instrumentos postos ao dispor para sua defesa da forma mais ampla possível. É válido ressaltar que no CPC a boa-fé é presumida, de modo que, quem alegar a má-fé, terá o ônus comprovar a circunstância apontada.

Didier esclarece que o termo “abuso de direito de defesa” não se refere apenas ao tempo da contestação, a defesa em sentido estrito, mas sim à manifestação em qualquer momento processual e por qualquer das partes, como por exemplo, a interposição de recursos protelatórios.

4.2.3 Nos embargos declaratórios

Existem duas hipóteses, meramente protelatórios, quais sejam, os embargos do devedor e os famigerados embargos de declaração, cujo objetivo precípuo das suas interposições, nada mais é do que o ganho de tempo por parte do demandante ou demandado.

Tempo em que, normalmente, são apresentados favoravelmente aos litigantes de má-fé, pois tem ciência de que não alterarão em nada as decisões atacadas.

É sabido que, interpostos no prazo legal, os embargos interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.

É o que pondera Didier:

Mercê desse efeito interruptivo, os referidos embargos sobressaem como o recurso que se revela com mais propensão a estimular o intuito da procrastinação. Assim, na intenção de obter mais tempo, de dispor de um maior prazo ou até mesmo de protelar o andamento do feito, poderia a parte lançar mão dos embargos declaratórios, pois seu ajuizamento tempestivo tem o condão de interromper o prazo para outros recursos.

Além do inciso VII do art. 17 do Código de Processo Civil é o que preceitua o parágrafo único do art. 538 com redação da lei 8.450/04, quando estabelece a hipótese de abuso do direito de recorrer, *in verbis*:

Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.

Desse modo, opostos os embargos declaratórios e serem estes fundamentadamente demonstrados procrastinatórios, é dever do juiz ou do tribunal condenar o embargante ao pagamento de uma multa de 1% sobre o valor da causa em favor do embargado. Se, após o fundamento da sentença dos embargos proferido, o juiz ou tribunal persistir no vício alegado e resolva o embargante apresentar novos embargos, ou seja, caracterizada a reiteração dos embargos, caso estes sejam novamente considerados protelatórios, a multa será elevada a 10%, estando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito prévio do respectivo valor.

4.3 APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA COMO FORMA PUNITIVA AO EXERCÍCIO DO ABUSO DO DIREITO DE DEFESA

A tutela antecipada é caracterizada pela concessão sumária e precária do direito, permitindo a fruição imediata do direito almejado. A concessão da tutela antecipada conduz o magistrado a um juízo de probabilidade que deverá, ao mínimo, ficar demonstrada a prova inequívoca da verossimilhança do direito e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação do direito discutido.

O artigo 273 do CPC traz duas hipóteses em que fica autorizada a antecipação dos efeitos da tutela: em seu inciso I, a conhecida antecipação da tutela assecuratória, cabível quando comprovado fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e, inciso II, a antecipação da tutela punitiva, cabível quando “fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto protelatório do réu.”

Na hipótese trazida no inciso I, a tutela está sendo antecipada porque demonstrado que o bem vindicado sofre um dano irreparável ou de difícil reparação, o que o legitima ser beneficiado com a antecipação. Ou seja, o intuito da antecipação recai sobre que seja evitado um dano irreparável que venha comprometer a pretensão definitiva.

Já na antecipação da tutela punitiva, antecipa-se a tutela por sanção, apenando aquele que age de má-fé, sobretudo, que se utiliza de artimanha e cria empecilhos ao regular andamento do feito, comprometendo seu celeridade e regular andamento. A conduta temerária do litigante de má-fé é considerada ilícita e, portanto, permite a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pela parte adversária. Sem, para tal concessão, ser necessário o fundamento do *periculum in mora*, tão somente trazer a moralidade da Justiça.

Outra vertente que se faz importante destacar é que, por trata-se de uma sanção, pode ser a tutela deferida *ex officio* pelo magistrado, pois o exercício da má-fé processual é assunto de interesse público e é dever do juiz assegurar a leal e efetiva atividade jurisdicional. Carrilho Lopes afirma que “enquanto sanção processual, visa a resguardar a lealdade das partes no processo, a preservar a lisura do comportamento e, dessa forma, incorpora aspecto de fundamental interesse público.

Contudo, a doutrina e a jurisprudência são claras ao demonstrar como é tímida a aplicação da tutela sancionatória. A espécie trazida pelo inciso II, artigo 273 é de difícil aplicação prática.

Afirma inteligentemente Vicenzi

A tímida aplicação decorre pela falta de unanimidade entre a doutrina, e jurisprudência, sobre como interpretar e sancionar o exercício das posições

adotadas pelas partes no processo, bem como entender como se dará a valoração de tais atuações. Não há, em suma, um princípio norteador ou uma ideia máxima que identifique a ideologia do processo civil brasileiro em respeito às condutas desleais das partes.

Há timidez por parte dos magistrados na aplicação de tal medida, sobretudo pela existência de outras medidas e sanções trazidas pelo Código de Processo Civil para os litigantes de má-fé, sobretudo pela observância da máxima do *non bis in idem*, impossibilitando assim que seja aplicada sanção a mesma conduta.

5 DEVER DO JUIZ DE COIBIR E CONTROLAR O ABUSO DO DIREITO DE DEMANDAR

O atual ordenamento jurídico tem dado ênfase aos fundamentos éticos que deverão albergar o processo. Na esfera jurídica, grosso modo, significa que os procedimentos judiciais devem garantir substancialmente os direitos trazidos à justiça, não apenas formalmente.

Pondera o doutrinador Humberto Theodoro Junior:

No processo, as partes têm o direito de ampla defesa, mas esse poder não pode, sem justa causa, transformar-se em obstáculo à rápida solução do litígio. Daí conferir-se ao juiz poder para somente admitir a produção de provas necessárias à apreciação da causa e para indeferir qualquer diligência protelatória (CPC, art. 130) e, em geral, para punir todas as formas de fraude, simulação e litigância de má-fé (arts. 18, 129, 601 etc.)

As medidas sancionatórias que vedem o exercício abusivo do direito não dificultam o acesso à justiça, tampouco ao princípio da ampla defesa. Todos os direitos devem ser relativos e estão sujeitos à vigilância de requisitos ou pressupostos determinado em leis. Os direitos de acionar o judiciário e o de se defender não fogem a essa possibilidade

Contudo, o direito de defesa não pode ser igualado ao direito de agir desvirtuadamente e dolosamente à boa-fé, resistindo à pretensão da outra parte de forma que só acarrete tumulto e protelação no andamento processual.

Nesse caso, é razoável ao magistrado se indagar e, sobretudo, observar se o direito está sendo exercido de maneira justa, correta e hábil ou de maneira abusiva. Evitando, por exemplo, a concessão de liminares e antecipação de tutelas cujos pedidos não estejam razoavelmente fundamentados, revelando-se um direito suspeito e leviano. Como também, deve o magistrado se apoiar nas mais diversas provas trazidas aos autos, provas essas que

deverão estar imbuídas da veracidade de tal modo que o conduza a um alto grau de convencimento e evidência no momento de proferir suas decisões.

Os litigantes de má-fé se aproveitam da morosidade judiciária, pois bem sabem do acúmulo de demandas, para simular determinados direitos, induzindo o magistrado a erros que, em muitos casos, podem ser irreparáveis. O julgador deverá sempre estar alerta para esse tipo de situação, pesquisando de forma mais aprofundada as alegações e os motivos do pedido, procurando, principalmente no âmbito de liminares ou antecipação de tutela, a certeza ou a garantia, seja através de caução, seja através da garantia de reparação do dano que tais medidas podem causar a outra parte.

Observa-se que, nos dias de hoje, existe uma preocupação muito grande com a morosidade da justiça e parece-nos que, na ânsia de tornar a justiça mais rápida, estamos nos deparando com uma realidade extremamente perigosa. O judiciário não pode transformar-se em uma fábrica de produção, pois os juízes, ao julgar, tomam decisões que vão mudar a vida de pessoas, podendo, em muitos casos, ocasionar danos irreparáveis, seja no âmbito psicológico ou mesmo no material, para muitas pessoas, não só as que estão envolvidas de forma direta na lide.

O juiz, por força do art. 125, inc. III, do CPC, possui poderes de prevenir e reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça, protegendo assim toda a máquina judiciária, bem como o litigante de boa-fé, das nefastas e indesejáveis práticas processuais abusivas.

Assim, embora todos tenham direito ao acesso à justiça e à ampla defesa, devem utilizar-se desse direito de forma ética, a fim de resguardar a finalidade a que tais princípios se dirigem e até mesmo para compatibilizá-los entre si, garantindo uma decisão substancialmente justa.

6 CONCLUSÃO

Com o advento do direito civil moderno e superado repúdio à figura do abuso do direito, passou a ser reconhecida a possibilidade de que um direito possa ser exercido abusivamente, sendo imediatamente estabelecidas duas teorias a respeito do abuso do direito. A teoria subjetiva, apresentando o abuso como sendo o exercício do direito com o intuito proposital de prejudicar outrem e a teoria objetiva defendendo que o abuso do direito é o exercício anormal desse direito, independentemente do propósito de causar dano.

Assim, o abuso do direito passou a ser levado em conta não apenas através do cometimento do ato ilícito, pois, conforme a moderna teoria objetiva, pode haver abuso do

direito mesmo sem a intenção de prejudicar, ou seja, é norma de conduta, impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas. O Código de Processo Civil faz referência à boa-fé subjetiva, trata-se, sim, de normas de condutas em conformidade com a boa-fé assim considerada, independente de existência de boas ou más intenções.

A legislação disposta é vasta e rigorosa ao disciplinar a coibição das práticas temerárias no processo. Contudo, o fato de existirem tais leis não é o suficiente, não se faz necessário apenas existir a lei, ela deve ser, sobretudo aplicada. Infelizmente o judiciário se comporta ainda muito tolerante às práticas atentatórias não só prejudiciais à outra parte, sobretudo prejudiciais à própria Justiça. A falta de aplicabilidade dessas sanções tornam inoperantes a celeridade e moralidade processuais, requisitos da Justiça Material.

Embora os magistrados estejam munidos de leis que o autorizem coibir posturas de má-fé por qualquer das partes do processo, conclui-se que a não aplicabilidade dessas leis torna o sistema ineficaz. Portanto, há necessidade imediata de criar leis mais rígidas, que se possam efetivamente coibir práticas temerárias aos litigantes, como também aos seus procuradores.

Muito embora o dispositivo legal vigente manifeste atenção em vedar abusos, o que ocorre é que não tem sido suficientemente aproveitável na redução da ocorrência da litigância de má-fé a números menores do que deveria ser considerado como aceitável. A aplicação mais severa das multas ao litigante de má-fé e ao seu procurador, quando provado que deram causa, são formas de coibir a propositura de uma demanda sejam causa da morosidade da Justiça.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri de **O abuso do direito no processo de conhecimento**. São Paulo: LTr, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1936. V.1.

CARVALHO NETO, Inácio. de. **Abuso do direito**. Curitiba: Juruá, 2005.

CASTRO FILHO, José Olímpio de. **Abuso do direito no processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CORDEIRO, Antônio Menezes. Teoria geral do direito civil. 2ª ed. v. 1. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Processo Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 11. ed. Salvador. Editora Jus Podium, 2009. V.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v.3.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: O contempt of court. **Revista de Processo**, n. 102, abr./jun. 2001.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Tutela antecipada sancionatória (art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil)**. São Paulo: Malheiros, 2006.

NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. v.1.

VICENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

PLANIOL, Marcel. **Précis de droit civil**. Tomo I. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1929. Tradução online. <<http://tradutor.babylon.com/portugues/Georges+ripert/>>.

MARCACINI, Daniela Tavares Rosa. **Abuso de Direito**. Domínio Público. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012823.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça do Brasil. **Jurisprudências**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 30 out. 2014.