
Combate ao abuso do direito de ação: uma necessidade para a celeridade e efetividade processual

Valdir de Carvalho Campos*

1 INTRODUÇÃO

Alguns profissionais do direito estão aviltando o sistema processual brasileiro, no momento em que propõem determinadas ações, as quais são desprovidas de qualquer fundamentação no direito material, tendo apenas como escopo o retardamento do andamento do processo, ou o propósito de se aventurarem em demandas já sabendo de seu insucesso.

Em razão disso, nossos tribunais possuem uma avalanche de processos, os quais são distribuídos diariamente com intuito apenas de postergar o direto de outrem, sabendo da demora que um processo pode ter, se todas as vias recursais forem utilizadas. Não obstante, sabe-se que essas ações temerárias apenas dificultam, tumultuam e desgastam nossa justiça.

O presente trabalho tentará buscar uma solução, visando inibir a prática das ações procrastinatórias, protelatórias, ou seja, barrar os indivíduos que litigam de má-fé, conforme artigo 17, do Código de Processo Civil.

*Mestre em Direito, Especialista em Direito Empresarial, Especialista em Direito Tributário, Advogado. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru-ITE.

Deve-se ter em mente que o processo não é um jogo de esperteza, mas sim, um meio sério da busca e da efetivação dos direitos dos cidadãos, os quais buscam a efetividade da demanda postulada.

A proposta consiste em fazer com que aqueles que utilizam do Poder Judiciário com sagacidade, recebam uma severa punição e, outrossim, suportem os prejuízos causados pela litigância de má-fé, com o pagamento de multa, respondendo, ainda, pelos danos morais e materiais que causaram a outra parte.

A maior preocupação desta pesquisa, assim, é a busca pela maior celeridade processual, impedindo que pessoas mal intencionadas usem de forma descarada à máquina judiciária sem a devida lealdade, conforme consagrado no artigo 14, do Código de Processo Civil. Como é cediço, o Poder Judiciário brasileiro é tímido na aplicação das devidas sanções que visam punir severamente quem concorre para essa prática abusiva, salvo raríssimas exceções.

O processo civil encontra-se direcionado e condicionado a resultados, não tolerando qualquer tipo de comportamento que impeça a concretização do direito material e atente contra a moralidade e a ética, destacando discussões acerca da aplicação da litigância de má-fé, do abuso de direito e da vedação da conduta contraditória.

Importante ressaltar que a aplicação do princípio da boa-fé nas demandas judiciais, enquanto padrão de comportamento exigido por todos, tende a fazer com que as partes e os possíveis intervenientes, durante o litígio, atuem sempre visando à lealdade e colaborando com a justiça, para que exista o efetivo respeito do direito material e ocorra a sua concretização.

Constatando-se que a pessoa não tinha agido conforme os padrões éticos exigidos, deve o magistrado enquadrá-la como litigante de má-fé, aplicando-lhe sanções severas, com o fim de inibir as possíveis aventuras jurídicas.

Por fim, deve o magistrado, quando perceber que o indivíduo está agindo de má-fé, aplicar as multas descritas no Código de Processo, sem prejuízos das reparações previstas em decorrência, dos danos causados.

2 DO ABUSO DO DIREITO

O abuso do direito é um tema que merece um estudo mais aprofundando, haja vista a sua assaz ocorrência no meio jurídico. A vida contemporânea tem gerado

sérias guerras de interesses, na qual a ganância tomou conta de nosso meio, levando o indivíduo a buscar, a qualquer custo, a sua vitória na demanda.

Entretanto, este tipo de conduta amplia-se massacrando vários princípios básicos do direito, tais como a lealdade e o respeito para com a parte contrária.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA: NO DIREITO ROMANO

Com relação ao estudo sobre o abuso do direito, a maioria dos doutrinadores assevera que este teria suas raízes no Direito Romano.

Depreende-se da análise do instituto que o abuso do direito não ocorria por um acidente, mas sim, utilizado com o intuito de alcançar seu objetivo (ALMEIDA, 2004).

Preceitua Castro Filho (1960, p. 41):

Limitada a investigação no processo civil, mostram os pesquisadores que no direito romano, em que alguns negam tenha existido a repressão do abuso do direito, posto vigorasse nos textos a consagração do poder e da liberdade do indivíduo, desconhecido o instituto no período das *legis actiones*, já no período formulário, no *iudicium calumniae*, surgiu à imposição de pena contra o autor temerário, “qui intelligit, non recte se agere”. [...] Ainda que controversia se tenha estabelecido sobre o conceito da temeridade romana, achando alguns que ela equivalia à calúnia, e entendendo outros que significava culpa, é certo que a temeridade, ou seja, a consciência da injustiça, no processo foi reprimida.

Embora pareça dúvida acerca da existência ou não da teoria do abuso do direito no direito romano, mesmo assim eram aplicadas algumas repressões para combater a temeridade na demanda, o que pode ser entendido como um sinal de sua existência naquela época.

Stoco (2002, p. 60) revela:

Foi Cícero quem teve a intuição do abuso ao afirmar: “*Summum jus, summa injuria*” (“do excesso do direito resulta a suprema injustiça”), querendo demonstrar que a justiça exagerada se transforma em injustiça.

Extraí-se dos ensinamentos que aquele que agir ao ponto de exceder seus limites, ou seja, ultrapasse o seu direito, ao invés de proclamar justiça, praticava injustiça.

Afirma Cordeiro (2001, p. 675):

As relações de vizinha implicavam, já no Direito Romano, limitações impostas necessárias de uma convivência pacífica. Reside aí, a origem das servidões prediais mais antigas. O desenvolvimento posterior das servidões, que atingiria proporções consideráveis, denota a importância revestida, desde sempre, pelas relações de vizinhança. Instituíram-se mesmo, em prol do interesse comum, limitações não integráveis no sentido clássico de servidão. Os conflitos de vizinhança são uma área privilegiada para a aplicação do abuso do direito, seja, finalmente na actualidade.

Deste modo, segundo o doutrinador português, o instituto era sim utilizado nas relações de direito privado, para barrar as disputas que ocorriam entre os particulares.

Assim, a imposição de limitações era utilizada para restabelecer a convivência harmônica entre os moradores diante de um do excesso praticado por uma das partes.

No entanto, Carvalho Neto (2002, p. 24) adverte:

Entretanto, os romanos não desconheciam completamente a teoria do abuso do direito. Utilizaram-se dela em determinados casos concretos. Podemos localizar antecedentes do abuso do direito na proibição ao proprietário de demolir sua casa para vender os materiais, ou na perda da propriedade quando o titular se recusava a prestar caução de dano infecto, ou, ainda, na legislação imperial, as proibições de se manterem incultas as terras e de se manterem os latifúndios.

Por fim, conclui-se que, mesmo não havendo um consenso entre os doutrinadores sobre a existência ou não do instituto do direito abuso do direito, é inegável que já existiam naquela época repressões a práticas abusivas.

3.1 NO DIREITO MEDIEVAL

Assim, como constatado no Direito Romano, o Direito Medieval não tratou o abuso do direito como uma teoria geral, todavia foi neste que surgiu a teoria dos atos emulativos, podendo ser considerado como antecedente imediato na evolução da noção do abuso do direito (ALMEIDA, 2004).

Conceitua Carvalho Neto (2002, p. 25):

Chame-se de ato de emulação aquele praticado pelo proprietário ou pelo vizinho com o objetivo exclusivo de prejudicar terceiros. Com a frequência prática de atos dessa natureza, tornou-se necessária a limitação do exercício dos direitos subjetivos no âmbito dos limites estabelecidos por sua própria finalidade social e econômica.

Entendia-se, em um primeiro momento, a emulação como práticas abusivas exercidas por moradores contra outros vizinhos ou terceiros, impulsionando a necessidade de se restringir tal conduta, para restabelecer paz social entre as partes.

Essa teoria foi debatida no direito italiano sob a denominação de *emulatio*, a qual se caracterizava pela convergência de alguns requisitos: quando o indivíduo exercesse um direito e resultasse dano a terceiro; o ato praticado pelo agente era considerado inútil, e conseqüentemente a expressa intenção de causar o dano a outrem (MARTINS, 1997).

Por derradeiro, para a caracterização do ato emulativo, far-se-ia necessário que o ato exercido estivesse em consonância com um direito, o qual gerasse algum prejuízo à outra parte, mas, para que aquele fosse inútil, deveria estar acompanhado do elemento subjetivo, qual seja, o *animus*.

4 CONCEITO DE ABUSO DO DIREITO

É cediço que os incisos XXXV e LXXVIII, do artigo 5º da Carta Magna, explicitam o direito de ação, ou seja, o direito de se obter a concretização de um direito, através de uma decisão judicial.

No entanto, tal direito não deve ser concebido como absoluto, ou seja, existem alguns limites que o indivíduo deve seguir, para que não exceda seu direito. Na busca de evitar esta prática excessiva, surge a teoria do abuso do direito.

Antes mesmo de apresentarmos um conceito de abuso do direito, faz-se necessário uma apreciação de sua terminologia.

O vocábulo abuso, de acordo com Aurélio, significa “mau uso, uso errado, excessivo e injusto”.

A respeito do assunto, Castro Filho (1960, p. 20) define:

Assim, toda vez que, na ordem jurídica, o indivíduo no exercício do seu direito subjetivo excede os limites impostos pelo direito positivo, aí compreendidos não só o texto legal, mas também as normas éticas que coexistem em todo sistema jurídico, ou toda vez que o indivíduo no exercício do seu direito subjetivo o realiza de forma contrária à finalidade social, verifica-se o abuso do direito.

De forma elucidativa, Silva Pereira (1995, p.430) acrescenta:

Abusa do seu direito o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem.

As definições expostas demonstram que o abuso do direito é manipulado de forma intencional, isto é, quando o agente pratica ato com finalidade única de causar prejuízo à parte contrária. O entendimento acima tem como requisito o *animus*, ou seja, a intenção em causar dano.

De outro lado, existem doutrinadores que entendem existir o abuso do direito, mesmo inexistindo a intenção de dano.

Assim doutrina Almeida (2004, p.32):

Ocorre, porém, que em nosso pensamento, a abusividade (do direito) poderá ocorrer mesmo quando o agente não tem necessariamente a intenção de prejudicar alguém. [...] Como sabemos, a concorrência (constitucionalmente prevista) é um direito que tem a nítida intenção de obter a clientela alheia, e desta feita acaba por causar prejuízo àquele que a perde. [...] Portanto, concluímos que o abuso do direito poderá existir independentemente da intenção de causar prejuízo, daquele responsável pelo comportamento apontado como abusivo.

Partilhamos do mesmo entendimento do nobre autor, ao afirmar que, embora não tenha, expressamente constatado a intenção do agente em provocar o dano, mas o acaba cometendo, seja por descuido ou por excesso, deve ser coagido ressarcir os prejuízos causados.

Também para Abdo (2007, p. 34):

Como dito, a noção de abuso do direito está intimamente ligada àquela de direito subjetivo. Aliás, o abuso caracteriza-se justamente pelo *exercício irregular* de um direito subjetivo, ou seja, exercício do direito que excede os respectivos limites. Conclui-se, portanto, que o direito subjetivo constitui o verdadeiro objeto do abuso do direito. É tradicional o conceito segundo o qual o direito subjetivo corresponderia à faculdade ou ao poder conferidos ao indivíduo pela norma de direito positivo, a qual reconhece a prevalência de um interesse juridicamente protegido.

Como vimos acima, o indivíduo abusa do direito quando excede os limites do seu direito, isto é, pratica atos que não são proibidos, mas utilizados de forma exagerada, geram prejuízos à outra parte, o que causa um sentimento de injustiça.

Como se impõe aquilo que era tido como lícito, e, tendo outra forma de destinação ou estendendo-se um grau não aceito nos padrões aceitos pela sociedade, torna-se um ato ilícito.

Assim, a lei tem o fim de zelar pela devida e moderada aplicabilidade do direito, mas também o condão de punir aquele que o extrapolar em seu exercício.

No entanto, Castro Filho (1960, p.22) esclarece:

“Todavia, nem tão simples tem sido a conceituação no direito privado, a que se deve a elaboração da teoria. Já na própria denominação – abuso do direito – o mais tenaz dos seus opositores, Planiol, encontrou uma logomaquia, sustentando ser incompreensível que “possa haver uso abusivo de um direito qualquer, pela razão irrefutável de que um só e mesmo ato não pode ser ao mesmo tempo conforme ao direito e contrário ao direito”.

Destarte, a transcrição acima não é a mais acertada em nosso entendimento, pois aquele que utiliza o seu direito de forma desproporcional deve ser coibido, e, ainda, condenado a arcar com os prejuízos materiais e morais.

Não há que se falar em contrariedade de palavras no abuso do direito, pois, havendo um exercício que ultrapasse as condutas éticas e morais, tendo ou não *animus*, compete ao magistrado reprimi-lo e condená-lo às devidas sanções.

5 TEORIAS DO ABUSO DO DIREITO

O presente tópico tratará algumas das teorias que surgiram devido ao constante abuso do direito.

No entanto, não se esgotará aqui o tema sobre as teorias existentes que abordam o abuso do direito, mas delinearé, somente, as teorias que refutarmos serem mais relevantes.

Incumbe, ainda, mencionarmos as discussões de relevância entre direitos subjetivos e boa-fé. Tendo esta como parâmetro de equilíbrio entre os direitos, servindo para constatar quais condutas, mesmo exercidas galgadas no direito material, caracterizam o abuso do direito, o qual, conseqüentemente, resulta em um dano sujeito à reparação civil.

5.1 TEORIAS NEGATIVAS

A presente teoria critica o conceito de direito subjetivo como meio de eliminar do ordenamento toda a explicação que se remete à autonomia de vontade, pois o direito seria social (ROSENVALD, 2007).

Sobre o assunto, Carvalho Neto (2002, p. 4) acrescenta:

Observando o princípio de que a responsabilidade aumenta na razão direta do desenvolvimento da personalidade jurídica do homem, isto é, na razão direta do aumento de seus direitos, Duguit nega o conceito de direitos subjetivos para, reconhecendo apenas situações jurídicas objetivas, afirmar que o homem não tem direitos, mas apenas deveres. A verdade simples para Duguit, como discípulo de Comte, é que agir conformemente ao direito não é exercer um direito subjetivo; da mesma forma, praticar um ato cujo objeto não é em si contrário ao direito, mas cujo fim é ilícito, é pura e simplesmente violar o direito objetivo. Daí derivaria, necessariamente, o desaparecimento da teoria do abuso do direito, uma vez que, não havendo direito subjetivo, não há que se falar de seu abuso. Aliás, Duguit considera justamente o abuso como a melhor prova da falsidade do conceito de direito subjetivo.

A presente teoria negativista, ao que nos parece, não é a melhor, pois o direito subjetivo existe, sendo o mesmo representado pelo dolo e culpa. O indivíduo, quando exerce seu direito, pode, de forma intencional ou não, sobrepujar o seu direito.

Pode, do contrário afirmado pelo referido autor, ocorrer um abuso do direito mesmo que a parte siga a norma, e, ainda, que não tenha intenção de ultrapassar o que lhe é devido, por ocorrer um ilícito.

Ainda no mesmo sentido negativista, mas agora sem eliminar a questão do direito subjetivo, surge a teoria de Rotondi, o qual concebeu o abuso como um dado de fato, verdadeiro conceito metafísico e estranho à órbita jurídica (ROSENVALD, 2007).

Sobre o tema, Almeida (2004, p. 61) assenta:

Segundo entendimento de Mário Rotondi, o abuso do direito não poderia ser inserido no campo do direito por não pertencer a esse mundo. O autor perfila-se àqueles que sustentam o abuso do direito como parte integrante de um fenômeno sociológico e não jurídico. Não nega o instituto, porém, entende que este é necessário para a evolução do direito. Afirma, assim, que o ato abusivo como um ato ilícito ou contrário ao direito, porque em seu entender não há como um ato social interferir no direito positivo.

A visão de Rotond é muita significativa, pois esclarece sobre as alterações legislativas que ocorrem conforme as mudanças sociais. Entretanto, não é aceitável à medida que consideremos que o abuso é somente um ato social. Pois é certo que quem ultrapassa seus direitos e causa dano a outrem fica obrigado a repará-los.

O abuso do direito é um ato injusto e ilegal, o qual merece total punição por parte do nosso ordenamento jurídico, não devendo ser entendido como um mero ato social, mas como um ato atentatório ao direito da parte e à própria demanda.

5.2 TEORIA AFIRMATIVA

Esta teoria consiste em que o abuso do direito está relacionado com a anormalidade da norma, sendo que o meio abusivo derivaria do exercício que prejudicasse outrem, incorrendo em danos anormais. Excederia medidas de costumes, ainda que o comportamento estivesse dentro dos parâmetros legais (ROSENVALD, 2007).

Posteriormente surgiu a teoria de Ripert, na qual associava-se o abuso do direito a uma regra moral. Assim, destaca-se pelo ataque aos deveres morais de justiça, equidade e humanidade. Recebeu duras críticas, pois elevava o direito natural, colocando a moral acima de tudo (ROSENVALD, 2007).

Bem observou Cunha (1973, p. 362):

Segundo Ripert, a incerteza da doutrina do abuso do direito deve-se pelo menos em parte, à sua colocação no âmbito dos problemas da responsabilidade civil e a se ter perdido a consciência de que ela é, antes, inspirada pela ideia de moralidade no exercício dos direitos, a qual todavia, não penetra no domínio jurídico senão numa medida limitada. [...] Passa Ripert a considerar que a expressão abuso do direito não tem qualquer sentido se por ela se quer designar os casos em que a responsabilidade de uma pessoa se encontra comprometida por ultrapassar os limites do direito, embora pretendendo intrincheirar-se atrás do exercício do seu direito.

Não compartilhamos com o entendimento da teoria acima, pois o abuso do direito deve ser caracterizado pela falta de fundamentação de seu exercício, uma vez que, se o indivíduo age amparado pela norma concreta, e não a excede, não há que se cogitar em dano pelo abuso do direito.

5.3 TEORIA DE JOSSERAND

De acordo com essa teoria o abuso do direito aconteceria, a todo o momento em que o direito fosse utilizado sem observar sua finalidade social, ou, ainda, não houvesse um motivo legítimo para o seu exercício (ALMEIDA, p. 2007).

Consta-se a não possibilidade de se usar o direito apenas com o intuito de prejudicar outrem, devendo ser espreitada a utilização do direito buscando a sua finalidade social, e acarretaria, do contrário, abuso do direito.

Conforme a respectiva teoria, quando se fala em motivo legítimo não se está fazendo referência ao interesse particular do indivíduo, mas sim, aos direitos que são criados para atender sua função (ALMEIDA, p.2007).

Merece destaque a teoria em pauta, pois, se todos os sujeitos atentassem para o fim social do direito, não haveria o exercício do direito de forma sobrepujada.

Retomaremos os estudos diretamente ao direito processual, entendendo o abuso do direito de ação, e, também, do de defesa.

6 ABUSO DO DIREITO NO ÂMBITO PROCESSUAL

Foi no Código de Processo Civil de 1939 que o legislador começou a preocupar-se com as relações de multas e custas diferenciadas, passando a levar um pouco mais a sério as questões referentes às custas, multas e condenações em perdas e danos. (SOUZA, 2005).

O abuso do direito de ação ou de exercício do direito de defesa deve ser observado em todas as suas dimensões, e, obviamente, na esfera do direito instrumental em primeiro lugar. Isto porque é através deste que o sujeito pode buscar o que lhe é devido, alcançando a ordem e a reparação de seu dano.

Menciona Stoco (2002, p. 76):

E, como instrumento de paz social e distribuição de justiça, visando não só dar a cada um o que é seu, mas ainda, dar a cada um o que deve ser seu, e também, tendo como meta optada precípua solucionar as pretensões resistidas em juízo, a teoria do abuso do direito faz-se presente no procedimento, posto que se existe das partes em juízo que atuem de boa-fé, procedendo com lisura e lealdade. O descumprimento desses ditames induz má-fé, que se subsume no conceito de abuso do direito e do ato ilícito que, por sua vez, integra o campo maior da responsabilidade civil. Portanto, o abuso do direito está para a má-fé assim como a responsabilidade está para o ato ilícito.

Assim, não é de se olvidar que o processo é o instrumento para se alcançar a concretização do direito material, o que acaba em perfazer a sua função, qual seja, a pacificação e o restabelecer da harmonia entre as partes.

Sobre o assunto, Theodoro Júnior (2000, p.94) pondera:

Embora com diversos traços comuns do abuso de direito material, o abuso processual, à luz do Código de 1939, merecida da doutrina análise que lhe destaca contornos e detalhes próprios. Catalogavam-se como modalidades do referido abuso em relação ao processo civil: 1) o dolo, a respeito do qual se distinguia o dolo substancial e o instrumental; 2) a temeridade; 3) a fraude, sob as formas de processo aparente e sumulado; 4) a emulação; 5) o capricho; 6) o erro grosseiro; 7) a violência; 8) a protelação do feito; 9) a falta ao dever de dizer a verdade; 10) a anormal uso do poder de disposição do processo.

Mas há doutrinadores que discordam de tal posicionamento, afirmando que a fraude e o uso anormal do poder não podem confundir-se com o abuso do direito.

No entanto, existem certas semelhanças entre os citados institutos com relação ao abuso do direito, mas é necessário atenção para não ocorrerem confusões.

Com relação às referidas modalidades, Almeida (2004, p. 70) alerta:

O instituto da fraude não pode ser confundido com o abuso do direito, pois trata-se de conceito próprio, que pode ser dividido em fraude à lei e fraude contra credores. Nestes casos, a fraude à lei a possibilidade de semelhança com o instituto do abuso do direito, razão pela qual vamos nos concentrar apenas na verificação desse tipo de fraude. [...] busca-se tangenciar preceito legal proibitivo ou imperativo, sem que se tenha em mira especificamente causar prejuízo a uma determinada pessoa.

Continua o autor:

O termo “desvio do poder”, às vezes utilizado como sinônimo para abuso do direito, deve ser afastado, tendo em vista que não espelha a mesma finalidade. [...] O desvio do poder diz respeito ao direito administrativo, sendo utilizado de forma incontestada para configurar a não observância legal na prática de atos administrativos por parte de seus agentes. [...] Melhor explicando, enquanto o abuso do direito visa reprimir situações ocorridas com fundamento em um direito, mas que extrapolaram certos limites, o abuso de poder também deseja afastar situações que foram praticadas com base em um direito, porém que se afastou de sua finalidade.

Nosso entendimento corrobora com o assentado, pois a diferença entre os institutos é nítida. Enquanto no abuso do direito o sujeito aproveita-se excessivamente da utilização de seu direito, na fraude não se tem a total garantia do direito, e, ainda, viola dispositivo legal.

Já realizando a comparação do abuso do direito com o desvio do poder, percebe-se que este se relaciona, exclusivamente, com o direito administrativo, do contrário ocorre com o abuso do direito, pois abrange todas as outras matérias de direito.

Passaremos a analisar o abuso contido dentro do processo, mas precisamente, em relação a quem os comete nas relações jurídicas.

Assim, na relação processual, cabe às partes obedecer a alguns requisitos no momento da propositura das demandas, devendo o autor, no momento de traçar a sua ação, estar atento às exigências processuais.

Sobre as preliminares, Castro Filho (1960, 118) esclarece:

Dizem as primeiras, tradicionalmente, questões preliminares, no sentido de que constituem exigências a serem satisfeitas e examinadas antes das demais, que também tradicionalmente, se denominam questões de mérito, ou de merecimento do pedido. [...]

Já aí se pode perceber como descobrir, com mais facilidade ou menor dificuldade, o abuso do direito no processo, se atentar para que a falta de um desses pressupostos processuais muitas vezes indicará o uso anormal desde que tal falta seja devida a dolo, fraude, erro grosseiro, simulação, etc...

Assim, as partes devem atentar para os requisitos processuais, e, outrossim, as condições da ação, inexistindo alguns desses elementos, a demanda será indeferida de plano pelo magistrado.

Sabendo o autor que ausentes estão os pressupostos processuais e as condições da ação, e, mesmo assim propuser a demanda como mera aventura jurídica, acreditando ser um jogo de esperteza, deve o magistrado aplicar severas multas de litigância de má-fé, e, ainda, fixar um alto valor por estar praticando ato atentatório à dignidade da justiça, sem prejuízo da responsabilidade em decorrência do abuso do direito de ação.

Doutrina Abdo (2007, p. 50):

Porém, como é notório, é a atividade das partes a grande responsável pelo cometimento de abuso do direito no âmbito do processo civil. [...] A explicação para este fato está em que as partes, para usar imagens de Calamandrei, são personagens de um verdadeiro duelo que é o processo, em que o primitivo tilintar das espadas foi substituído pela polêmica dos argumentos. Trata-se, antes de tudo, de uma luta serrada que não é feita apenas de boas razões, mas principalmente de técnica pra fazê-las valer.

É importante mencionar que o Ministério Público também pode cometer abusos, devendo as sanções ser aplicáveis, primeiramente, contra o Estado, e posteriormente este, constatando culpa, propor uma ação regressiva contra a pessoa do órgão do Ministério Público.

Situação não diferente é a que ocorre com a Fazenda Pública, deve o magistrado aplicar as devidas sanções, mas não contra os seus Procuradores, mas sim, em relação ao Estado, o que determina pela recorribilidade, mesma protelatória, de todas as decisões judiciais.

Insta salientar que de acordo com a doutrina, pode o magistrado também sofrer sanções caso haja abuso de sua parte.

Calha descrever Abdo (2007, p. 50)

[...] a conclusão é natural é a de que o juiz abusa do processo quando exerce alguma situação subjetiva (em geral, um poder-dever) com desvio de finalidade, mediante ação ou omissão. É freqüente a menção ao abuso praticado pelo magistrado no exercício dos poderes de direção e impulsão do processo, disciplinados, entre outros dispositivos, pelo artigo 125, CPC. Desta forma, determina que o inc. IV do art. 125 que compete ao juiz tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. Todavia, não pode ele forçar a celebração de

um acordo, pressionando um ou outro litigante para que aceite uma proposta de transação desfavorável. No dizer de Peyrano, essa conduta certamente configura abuso por parte do magistrado.

Se o juiz atuar de forma a desvirtuar o andamento do processo, provocando demora na decisão da lide, incorrerá na prática de abuso.

Bem asseverou Marinoni (2007, 28):

O juiz está proibido de praticar atos comissivos ou omissivos que possam retardar o processo de maneira injustificada. Neste sentido se diz, na Espanha, considerando-se os termos do art. 24.2 do texto constitucional – que afirma que todos têm direito “a um processo sin dilaciones indebidas” – que o juiz deve prestar a tutela jurisdicional sem “dilações indevidas”.

Desta forma, não pode o magistrado praticar atos que irão retardar o desenrolar o andamento do processo, pois a partir do momento que assim agir, está praticando um dano, o que sem dúvida alguma cabe sanção.

Como é cediço pode o advogado vir a sofrer as sanções disciplinadas nos preceitos da Lei 8.906/94, Estatuto da Advocacia, e do Código de Ética e Disciplina da OAB, conforme preceitua o artigo 34, VI, do Estatuto, vejamos:

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

VI - advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior;

XIV - deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa.

Assim, o advogado que propõe ação com fundamento contrário à lei, salvo nos casos de inconstitucionalidades daquelas, incide em ato atentatório à justiça, também quando não respeita os princípios da boa-fé e lealdade para com a outra parte, ou, ainda, faz alegações falsas com a finalidade de ludibriar o poder judiciário.

A jurisprudência ainda entende sobre a responsabilidade solidária do advogado em casos de má-fé, devendo ser imposta em ação própria, senão vejamos:

ADVOGADO – CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA EM PENA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. A condenação solidária do advogado no pagamento da pena imposta a título de litigância de má-fé, confere ao profissional direito de interpor recurso. O instituto da litigância de má-fé tem inteira aplicabilidade no processo do trabalhista, constituindo-se em instrumento de inegável utilidade para a preservação do princípio da lealdade processual. Comete litigância de má-fé a parte que vem a juízo reclamar direito sabidamente inexistente quando já passados duas décadas da rescisão contratual. Somente por ação própria o advogado poderá ser responsabilizado pelo patrocínio de lide temerária. Recuso

provido em parte para afastar a condenação solidária do advogado (TRT 9ª REGIÃO – 5º TURMA – RO 06525/98 – LTR 63-06/957).

Portanto, na relação processual, todos os envolvidos na relação jurídica podem praticar abuso do direito, causando danos às partes, provocar desaceleramento da demanda, deixar mais onerosa e tumultuar o processo, e conseqüentemente a justiça.

Por derradeiro, o abuso pode ser encarado como um ato ofensor às partes e ao Estado, ou seja, quando se pratica um ato com o fim de procrastinar o andamento do processo, faz com que a parte autora sofre um dano, decorrente da lentidão, e em contrapartida, pode ocorrer também ao magistrado.

Sobre o assunto Marinoni (2007, p. 16):

É preciso que ao tempo do processo seja dado seu devido valor, já que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, o processo será mais efetivo, ou terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão. De nada adianta a doutrina continuar afirmando, retoricamente, que a justiça atrasa é uma injustiça, quando não há a mínima sensibilidade para se perceber que o processo sempre beneficia o réu que não tem razão.

Assim, a deve-se ter sempre como escopo a duração razoável do processo, onde se visa obstar as condutas procrastinatórias por parte das partes e dos profissionais do direito.

7 A RESPONSABILIDADE EM DECORRÊNCIA DO ABUSO DO DIREITO

Convém traçarmos algumas ponderações sobre Responsabilidade Civil, instituto este utilizado para reparar os danos causados devido o abusivo do direito de ação.

7.1 CONCEITO

O termo responsabilidade vem do vocábulo responsável, de responder, do latim *respondere*, significa vir a assegurar, assumir o pagamento do que se obrigou ou do ato que realizou. Designa-se, na esfera cível, como a obrigação de reparar ou ressarcir o dano, quando praticado de forma injusta (SILVA, 2007).

Como sabemos, a responsabilidade civil é o meio pelo qual o sujeito repara dano que causou a outrem, quando praticado de forma injusta, tanto patrimonial como moral.

Sobre o conceito, Cavalieri Filho (2010, p.01) explicita:

O principal objetivo da ordem jurídica, afirmou o grande San Tiago Dantas, é proteger o lícito e reprimir o ilícito. Vale dizer: ao mesmo tempo em que ela se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, reprime a conduta daquele que o contraria.

Para alcançar esse objetivo, o ordenamento deve impor deveres às partes de acordo com a natureza que correspondem, podendo ser positivos ou negativos. O dever jurídico é preceituado pela conduta exterior de um indivíduo pelo direito positivado, devido à reivindicação dada pelo convívio social (CAVALIERE FILHO, 2010, p. 01).

Desta maneira, a responsabilidade civil surge para evitar inibir as práticas ilícitas, buscando o bem comum, ou seja, a pacificação social.

Alerta Vaz (2009, p. 36):

[...] tem-se que, apesar de a responsabilidade civil possuir, em tese, uma finalidade eminentemente de proteção da esfera jurídica de cada pessoa (ou manutenção do *status quo ante*) através da reparação ou da compreensão, quanto aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, respectivamente, a doutrina e a jurisprudência, em especial no ordenamento jurídico alienígena, prevêem atualmente outras funções: de punição (ou sancionatória) e prevenção (dissuasória) que, pela repercussão no universo jurídico da contemporaneidade, merecem uma investigação cuidadosa para sua compreensão.

Cumpre traçarmos aqui uma definição do conceito de ato ilícito, por ser este fato que gera a responsabilidade civil.

Desta maneira, Cavalieri Filho (2010, p. 10) aclara:

Em sentido estrito, o ato ilícito é o conjunto de pressupostos da responsabilidade – ou, se preferirmos, da obrigação de indenizar. [...] Em sentido amplo, o ato ilícito indica apenas a ilicitude do ato, a conduta humana antijurídica, contrária ao Direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico.

Existem controvérsias quanto ao fato de os atos abusivos se inserirem na categoria dos ilícitos.

Assim dispõe Abdo (2007, p. 104):

“O abuso de direito, embora seja por seu fim um ilícito, não se confunde com o ato simplesmente violador da lei”. Mas adiante, em consonância com o que aqui se tem exposto, acrescenta o jurista mineiro “o ato que ofende frontalmente a lei não tem sequer a aparência de legalidade”. É incapaz de produzir efeito porque atrita frontalmente com a vontade legal. O agente, de forma alguma, teria legitimidade para praticá-lo. Já o ato abusivo se prende a uma faculdade legal que, em princípio, o agente detinha. O vício reside na forma com que o titular da faculdade a utilizou, desviando-a de sua normal objetividade.

Abuso do direito vem previsto no Código Civil, no artigo 187, o qual reza:

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

Não paira dúvida de que aquele que abusar de um direito, ao exercê-lo, exceder os seus limites, via de regra contrariando os bons costumes e a boa-fé, praticará ato ilícito.

Deste modo, ocorrendo o ato ilícito surge o direito à sua reparação, conforme preceitua o artigo 927, do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Deverá o magistrado, de ofício ou a requerimento da parte, observado o abuso do direito, fazer com que o agente arque com os prejuízos que causou devido ao excesso de seu direito. Deste modo, o agente que agir de má-fé, também estará praticando um ato ilícito, o qual é passível de reparação civil.

7.2 RESPONSABILIDADE PROCESSUAL

Já foi mencionado, em itens anteriores, que tanto o abuso do direito material quanto do processual guardam peculiaridades, como, por exemplo, exigem que o sujeito atente para o ordenamento jurídico de forma a respeitar os princípios de boa-fé.

Nesse sentido, Helio Angelis (2000, p. 63) explica:

A diferença fundamental entre os dois institutos, é que, no direito civil, o “Abuso do Direito”, geralmente, envolve a parte lesada ou terceiros, ao passo que o litigante de má-fé atinge, além da parte o Estado, através do Poder Judiciário, que vê a sua dignidade arranhada e diminuída pela sua nefasta atuação.

Deste modo, conforme já apontado, na relação processual, tanto as partes como o juiz podem vir a cometer ato abusivo, pelo fato de agirem contrários à boa-fé e aos demais costumes.

Sobre o assunto, Abdo (2007, p. 110) acrescenta:

Na verdade, o problema do abuso do processo – que sempre existiu e que há tempos vem atacando a plena efetividade do processo e a rápida solução das controvérsias – foi e tem sido estudado não pela perspectiva da teoria do abuso do direito, mas sim sob outra roupagem, mais familiar e menos polêmica: a da responsabilidade processual civil.

Assim, o abuso do processo é uma questão séria que vai de encontro ao princípio da celeridade processual, e, ainda, fere o princípio da efetividade processual.

Sobre o tema Miranda (1973, p. 385):

Existe direito de litigar – dito direito de ação – e nenhuma limitação se fazia a esse direito no texto de 1939. Tampouco à pretensão à tutela jurídica, que nasce dele. Ou do uso das formas. O que se condenou, no texto legal, foi o abuso. A liberdade de se defender em justiça é essencial à própria liberdade de pensamento e de ação, sem a qual a sociedade se envilece e regride. Onde a justiça falha, a infelicidade humana se insinua; onde se cerceia a defesa, estrangula-se a liberdade humana, antes mesmo que a justiça falhe. Assim, o abuso de direito processual só existe se compõem os seus pressupostos segundo texto de legal; e nunca se aprecia antes de ter produzido os seus efeitos, porque então se estariam a peneirar, liminarmente, a pretensão à tutela jurídica, a pretensão processual, a ação e a prática dos atos processuais.

A responsabilidade processual vem disposta no Código de Processo Civil, no artigo 16, a qual descreve: “Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.”

Por fim, incumbe ressaltar que os objetivos do processo sejam almejados, fazendo-se necessário que não haja abuso do direito e a litigância de má-fé, ambos contrários aos basilares princípios norteadores do direito, a boa-fé e a lealdade.

Podemos concluir que quem agir com má-fé também incorrerá em abuso do direito, o que restará em um ato ilícito, sujeito à devida reparação civil.

8 CONCLUSÃO

Em suma, a única solução plausível para barrar o abuso do direito de ação reside na aplicação de multas mais gravosas o que, certamente, causará uma redução em relação às chamadas aventuras jurídicas, demandas em que não há possibilidade de acolhimento do direito material.

É notável a audácia dos agentes, pois se sabe que seu direito de ação não está amparado em norma de direito material, o que mostra um total desrespeito para com o poder judiciário. É necessário que o poder judiciário adote medidas com oportunismo manifestado nossas práticas.

O processo é o instrumento por meio do qual a jurisdição atua, consiste em uma garantia constitucional e o acesso à justiça é visto como um sistema, através do qual se assegura a faculdade de seus direitos e, efetivamente, a possibilidade de resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. O processo se caracteriza como uma verdadeira relação jurídica, impondo direitos e deveres, ônus e faculdades às partes e ao juiz, mediante a observância do devido processo legal.

Relacionou-se, especificamente, o instituto da boa-fé com o processo civil. No Processo Civil, imprescindível seria a aplicação da regra da boa-fé em consonância com a exigência dos deveres de lealdade das partes no sentido de proteger a confiança no sistema judiciário, favorecendo a manutenção saudável das relações jurídicas.

Impede-se o exercício de posições ilícitas, contrárias à expectativa ou confiança criada na relação jurídica. O juiz deve promover a efetivação dos direitos no caso em concreto através das cláusulas gerais, especificamente a cláusula geral, da boa-fé, buscando pacificar com justiça em toda a sua extensão no caso concreto.

Fora demonstrado que o ordenamento não pode ficar adstrito apenas à visão subjetiva das partes, uma vez que, se o sistema se restringe à análise do subjetivismo para caracterização da má-fé, torna-se praticamente impossível a aplicação de sanções pelo descumprimento dos deveres processuais.

Portanto, se as partes devem proceder de forma leal e honesta, pode-se preceituar que o dever de colaboração no processo resulta da aplicação da regra da boa-fé objetiva, em decorrência dos direitos e da criação de deveres acessórios.

No processo civil, “mutatis mutantis”, aplica-se a teoria do abuso do direito civil, no sentido de que as partes não podem abusar do direito de ação e de defesa, para evitar que as ações se prolonguem no tempo, desgastando a parte vencedora e denegrindo a imagem do processo e do judiciário conseqüentemente.

Urge salientar que as práticas abusivas realizadas no processo civil contribuem para a excessiva duração do processo, deixando a demanda à mercê do tempo.

No entanto, percebe-se que muitos magistrados fazem “vistas grossas” ao se deparar com o abuso do direito, fazendo com que essas ações transformem-se em uma ameaça ao direito.

As partes, no momento em que propõem as demandas totalmente desprovidas de qualquer fundamentação, aviltam o sistema processual para coibir tal atitude, deve-se proceder à aplicação de multas gravosas, respondendo, ainda, pelos danos morais e materiais acarretados pela demora do processo.

Por fim, constatado o abuso do direito por uma das partes, não deve o poder judiciário se omitir. Assim, em casos de evidente má-fé é imprescindível aplicar a devida penalidade visando não só moralizar a atuação das partes, mas, principalmente, efetivar medidas que contribuam para a celeridade processual dentro do devido processo constitucional.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. **O Abuso do processo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Abuso do direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ÂNGELIS, Helio de. **O Litigante processual de má-fé na esfera do processo civil**. Camoinas: Agá Juris, 2000.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Abuso do direito**. Curitiba: Juará, 2002.

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

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COSTA, Judith Martins, **A Boa-Fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CUNHA, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Lisboa: Forense, 1973.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, Gilson Delgado. PIZZOL, Patrícia Miranda. **Recursos no processo civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1.

ROCHA, Antônio Manuel da; CORDEIRO, Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Lisboa: Almedina, 2001.

ROSENVOLD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, De Plácido e, **Vocabulário Jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. **O Abuso do direito processual**. uma teoria pragmática. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

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

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2007. v.1.

VAZ, Caronline. **Função da Responsabilidade Civil – Da reparação à Punição e Dissuasão**. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.