



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Patrícia Carla de Deus Lima

Abuso do direito e tutela ética do processo

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
Mestrado em Direito Econômico e Social**

Curitiba, janeiro de 2006.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Patrícia Carla de Deus Lima

Abuso do direito e tutela ética do processo

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Social da PUC-PR como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Francisco Carlos Duarte
Co-orientadora: Prof.^a Teresa Arruda Alvim Wambier

Curitiba
Janeiro de 2006



Patrícia Carla de Deus Lima

Abuso do direito e tutela ética do processo

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Social da PUC-PR como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito. Aprovada pela Comissão Examinadora que assina abaixo.

Prof. Francisco Carlos Duarte
Orientador

Prof.^a Teresa Arruda Alvim Wambier
Co-orientadora

Curitiba, janeiro de 2006

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização do autor.

Patrícia Carla de Deus Lima

Graduou-se em Direito na Universidade Federal do Paraná - UFPR em 1998. É especialista em Direito Processual Civil pela *Università degli Studi di Milano* (2000-2001), havendo apresentado, sob a orientação do Prof. Dr. Giuseppe Tarzia, monografia intitulada “O abuso do direito de defesa praticado pelo réu”. É advogada e professora de Direito Processual Civil do curso de graduação do Centro Universitário Positivo – UnicenP.

Lima, Patrícia Carla de Deus

L735a **Abuso do direito e tutela ética do processo / Patrícia Carla de Deus**
2006 **Lima ; orientador, Francisco Carlos Duarte ; co-orientadora, Teresa**
 Arruda Alvim Wambier. – 2006.
 ix, 223 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Curitiba, 2006
Inclui bibliografia

1. Abuso de direito. 2. Ética jurídica. 3. Tutela jurisdicional. 4. Processo civil. 5. Má-fé (direito). I. Duarte, Francisco Carlos. II. Wambier, Teresa Arruda Alvim. III. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

Doris - 4.ed. 342.1433
340.15
341.461

*Aos que
todos os dias
me presenteiam
com a generosidade
do seu amor.
São eles
agora e sempre
o melhor de mim.*

Agradecimentos

Ao Prof. Dr. Francisco Carlos Duarte, pela orientação.

À Prof.^a Dra. Teresa Arruda Alvim Wambier, pelo apoio e incentivo que sempre me deu à participação da vida acadêmica.

Aos meus pais, porque, a maturidade mostrou, foram sempre o melhor que podiam ser e contribuíram infinitamente para que eu hoje possa também sê-lo.

À Patrícia Yamasaki Teixeira, pela companhia preciosa na estrada que conduziu até esse momento, pelo apoio incondicional e irrestrito que tão comoventemente ofereceu nesses últimos (e mais difíceis) passos – e eu aceitei.

À Ana Paula Zanatta, irmã querida que a vida me deu, por ter dividido comigo todos e os mais importantes momentos – de alegria e de tristeza – como deve ser entre irmãs.

Ao Márcio Busato, por ter me feito perceber que somente há um método de trabalho ideal: aquele em que nos sentimos confortáveis para trabalhar.

Aos amigos Manoel, Mauro, Pedro, Priscila e Waldirene, pela cumplicidade e companheirismo que entre nós nasceu – e perdurará – ao longo do curso de mestrado ofertado pela PUC-PR. Aliás, ao Pedro, estimado amigo processualista, iconoclasta espirituoso, um agradecimento especial pela troca constante de idéias e por ter dito, tantas vezes, nos últimos meses, que “vai dar tudo certo”.

Ao Prof. Walter Claudius Rothenburg, pelas lições de direito constitucional que se revelaram, durante esse trabalho, lembranças muito preciosas do 2.º ano na Faculdade de Direito da UFPR.

Resumo

Lima, Patrícia Carla de Deus. **Abuso do direito e tutela ética do processo**. Curitiba, 2006. 231 fls. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

A presente dissertação se dedica ao problema do abuso do direito e sua repressão como forma de garantir a tutela ética do processo. Foi objeto de análise o tema do devido processo legal e alguns de seus desdobramentos, como os princípios do contraditório, da ampla defesa e da efetividade da tutela jurisdicional, a fim de demonstrar a necessidade de se reprimir a conduta processual abusiva. Também se tratou da natureza dos princípios como modalidade de norma jurídica e do modo como se faz a conjugação de dois princípios, com o objetivo de lhes garantir máxima efetividade. Estabelecidas tais premissas, analisou-se o surgimento e desenvolvimento da teoria do abuso no direito civil, para, então, mostrar como ela expandiu seus efeitos também para o direito processual civil e, particularmente, o processo civil brasileiro. A conclusão central é a de que o Código de Processo Civil em vigor dispõe de meios adequados para prevenir e reprimir a conduta processual abusiva, sendo, contudo, necessário repensar a interpretação de algumas normas de combate ao abuso no processo, a fim de lhes garantir maior efetividade.

Palavras-chave

Devido processo legal; contraditório; efetividade da tutela jurisdicional; abuso de direito; direito civil; processo civil; litigância de má-fé; repressão; prevenção.

Resumo

Lima, Patrícia Carla de Deus. **Abuso do direito e tutela ética do processo.** Curitiba, 2006. 231 fls. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Il presente lavoro si dedica al problema dell'abuso del diritto e la sua repressione come forma di assicurare la tutela etica del processo. È stato analizzato il tema del dovuto processo legale e qualche di sua conseguenza, come i principi del contraddittorio, della ampia difesa e dell'effettività della tutela giurisdizionale, con l'intenzione di mostrare la necessità di reprimere la condotta processuale abusiva. È stata pure trattata la natura dei principi come modalità di norma giuridica e il modo come si deve fare la coniugazione di due principi, con l'obiettivo di dargli massima effettività. Sotto queste premesse, si ha analizzato il sorgimento e sviluppo della teoria dell'abuso nel diritto civile, per, così, mostrare come lei ha steso i suoi effetti pure per il diritto processuale civile e, particolarmente, il processo civile brasiliano. La conclusione centrale è che il Codice di Procedura Civile attuale ha mesi propri per prevenire e reprimere la condotta processuale abusiva, anche se c'è la necessità di riflettere sull'interpretazione di qualche norma contro l'abuso nel processo, per rendergli più efficaci.

Parole-chiave

Dovuto processo legale; contraddittorio; effettività della tutela giurisdizionale; abuso del diritto; diritto civile; processo civile; improbità processuale; repressione; prevenzione

Sumário

1. Introdução	9
2. Contraditório, ampla defesa e efetividade da tutela jurisdicional no contexto do devido processo legal.	
2.1. Processo e Constituição: compreensão do “método constitucionalista”	13
2.2. <i>Due process of law</i> : evolução histórica do conceito	21
2.3. Devido processo legal processual x devido processo legal material	26
2.4. Efetividade da tutela jurisdicional	34
2.4.1. O fator celeridade	37
2.4.2. Instrumentalismo substancial	49
2.5. Contraditório	51
2.5.1. E a ampla defesa?	57
3. Participação x efetividade: critérios para conjugação dos princípios processuais constitucionais	64
3.1. Princípios e regras: análise comparativa	65
3.2. A proporcionalidade como critério para resolução de colisões entre princípios	76
3.3. A conjugação dos princípios da efetividade da tutela jurisdicional com o contraditório e a ampla defesa.	81
4. A teoria do abuso do direito: evolução no Direito Civil	88
4.1. Contexto histórico	88
4.2. Críticas à teorização do abuso do direito.	94
4.3. Teorias subjetivistas x teorias objetivistas: as diversas opções legislativas adotadas para consagração do abuso.	100
4.4. O abuso do direito na codificação civil brasileira	
4.4.1. O Código Civil de 1916.	110
4.4.2. O Código Civil de 2002	116

5. O abuso do direito no processo	129
5.1. O desenvolvimento da teoria no processo civil: necessidade x obstáculos	129
5.2. A diversidade dos critérios adotados para repressão ao abuso do processo: perspectiva crítica.	137
5.3. Questionamento subjetivo: a quem pode ser imputado abuso do direito no processo?	
5.3.1. Relação jurídica processual e sujeitos do processo: premissas.	143
5.3.2. O juiz	147
5.3.3. As partes e seus advogados	151
5.4. Sanções ao abuso no processo civil	159
5.5. O abuso do processo na legislação processual brasileira	168
5.5.1. O Código de Processo Civil de 1939	169
5.5.2. O Código de Processo Civil de 1973	179
5.5.3. A situação específica da antecipação de tutela por abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório: art. 273, II, do CPC	189
5.6. O papel da jurisprudência na repressão do abuso: casuística	
5.6.1. Litigância de má-fé: dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (art. 17, I)	194
5.6.2. Litigância de má-fé: alteração da verdade dos fatos (art. 17, II)	200
5.6.3. Litigância de má-fé: utilização do processo para consecução de objetivo ilegal (art. 17, III)	204
5.6.4. Litigância de má-fé: incisos IV, V e VI	207
5.6.5. Litigância de má-fé: interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório (Art. 17, VII)	211
5.6.6. A antecipação de tutela por abuso do direito de defesa (art. 273, II)	217
6. Conclusões	221
7. Referências	225

1.

Introdução

Muito bem pondera Cândido Dinamarco, com habitual lucidez, que o estudo do processo chegou, atualmente, apesar das diferenças sentidas nos diversos sistemas processuais contemporâneos, a elevado grau de maturidade, caracterizado

pelo encontro de todos em torno de certas idéias comuns, como a própria autonomia do direito processual e seus institutos, a maior participação do juiz na preparação do provimento que emitirá a final, a necessidade de assegurar o juiz natural o 'due process of law' e a efetividade do processo, com a real e equilibrada participação contraditória dos seus sujeitos interessados.¹

Assim, alcançou o direito processual novo patamar metodológico, em que se reconhece a satisfatoriedade dos conceitos basilares e se entende que o conhecimento formado a respeito dos institutos fundamentais é idôneo à "construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados".²

Foi criada, por conta desse raciocínio, premissa sólida para se refletir a respeito do significado atual do princípio do contraditório e da ampla defesa, noções que têm estreita (se não indissociável) relação com os institutos processuais fundamentais (jurisdição, ação, defesa e processo). Com efeito, hoje já não há qualquer dúvida de que a prestação jurisdicional almejada pelo autor, quando põe em movimento a máquina jurisdicional inicialmente inerte através da propositura da demanda, tem sua validade condicionada à observância de um procedimento em contraditório. É dizer: existe nessa noção (bem como na ampla defesa³) fator de legitimação da atuação jurisdicional do Estado.

Importante, contudo, é observar que o conceito de processo justo (expressão que, em nosso ordenamento jurídico, entende-se equivaler ao devido processo legal ou *due process of law*) sofreu modificações profundas nas últimas décadas. Veja-se, por exemplo, aquela trazida pela Emenda Constitucional n.º 45, de que resultou a inserção, no rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5.º da Constituição Federal de 1988, da duração razoável dos processos judiciais e administrativos (inciso LXXVIII), a confirmar o entendimento pacificado de que

¹ *A instrumentalidade do processo*, p. 21-22.

² *Ibid.*, p. 23.

o processo justo é aquele em que se presta, em favor do autor que tem razão, tutela jurisdicional tempestiva.

A ampla defesa e o contraditório, sendo princípios que constituem desdobramento do referido conceito, sofreram ao longo do tempo revisão de seu sentido e alcance, para viabilizar sua convivência pacífica com outros desdobramentos reconhecidos em relação ao *due process*.

O novo significado do contraditório e da ampla defesa, à luz do conceito atual de processo justo e, mesmo, da própria concepção publicista do processo, é tema que já foi objeto de trabalhos interessantíssimos por estudiosos do processo civil. Não deixa, contudo, de ser questão extremamente atual, sobretudo quando se percebe que está atrelada a outras discussões extremamente oportunas e interessantes, como é aquela relacionada à aplicação das regras que impõem às partes litigantes a adoção de conduta proba na tramitação do processo.

Com efeito, muito embora haja várias regras no Código de Processo Civil em vigor que traduzem claramente a instituição de deveres éticos para as partes litigantes, observa-se escassa ou praticamente inexistente incidência de tais regras nos casos concretos. E as coisas não se passam desse modo porque os litigantes brasileiros (e, nessa constatação, feliz ou infelizmente não estamos sós) sentem-se particularmente sensibilizados pelo referido dever, como bem evidencia José Carlos Barbosa Moreira.⁴ O que parece haver, mais do que qualquer outra coisa, é a impressão equivocada de que a limitação à atuação das partes no processo implica, inexoravelmente, ofensa ao contraditório e à ampla defesa, devendo, por isso, ser evitada.

A conseqüência desse modo de pensar não poderia ser mais óbvia: a pretexto de garantirem a observância do *due process* no caso concreto, aqui analisada sob o enfoque da irrestrita homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, nossos magistrados têm deixado de punir a conduta processual

³ Adiante veremos a relação próxima que há entre uma e outra noção.

⁴ “... basta alguma experiência da vida forense para mostrar que, na maioria dos casos, o grande desejo de pelo menos um dos litigantes é o de que o feito se prolongue tanto quanto possível. Ajunto que os respectivos advogados nem sempre resistem à tentação de usar todos os meios ao seu alcance, lícitos ou ilícitos que sejam, para procrastinar o desfêcho do processo: os autos retirados deixam de voltar a cartório no prazo legal, criam-se incidentes infundados, apresentam-se documentos fora da oportunidade própria, interpõem-se recursos, cabíveis ou incabíveis, contra todas as decisões desfavoráveis, por menos razão que se tenha para impugná-las, e assim por diante” (BARBOSA MOREIRA, J. C. O futuro da justiça: alguns mitos, *Revista de Processo*, p. 230).

abusiva e desleal, fazendo das regras que estabelecem o dever de lealdade processual praticamente letra morta. Desnecessário dizer que, nesse panorama, a concepção publicista do processo cede lugar a uma visão privatista desse instituto, situação essa claramente incompatível com os conceitos basilares que acreditamos estarem tão bem sedimentados...

No presente trabalho, como agora parece evidente, pretendemos nos dedicar a essas questões que gravitam em torno da tutela ética do processo.

Para tanto, refletiremos, num primeiro momento, sobre o significado que os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ter para se compatibilizar com as normas que estipulam o dever de lealdade processual, de modo a refletir sobre um dos principais obstáculos existentes para sua aplicação. Essa análise será feita juntamente com a reflexão sobre a efetividade da tutela jurisdicional, no contexto do devido processo legal (da qual os referidos princípios decorrem). Ficam aqui delineados os contornos do Capítulo 2.

No capítulo 3, nos dedicaremos, num primeiro momento, à importância e ao papel dos princípios em nosso ordenamento jurídico, passando pelo princípio da proporcionalidade como fator de conjugação/equilíbrio de princípios até a reflexão sobre o modo como devem/podem conviver os valores “efetividade” e “participação”, tutelados, respectivamente, pelos princípios da efetividade da tutela jurisdicional e os do contraditório e da ampla defesa.

Na seqüência (capítulo 4), trataremos do desenvolvimento da teoria do abuso do direito no Direito civil, expondo o contexto histórico em que foi essa teoria inicialmente formulada, as críticas que lhe foram dispensadas, os critérios que buscaram explicar o fenômeno abusivo, até chegar no tratamento do tema no direito positivado brasileiro, com referência ao Código Civil de 1916 e ao Novo Código Civil. O objetivo dessa parte do trabalho é extrair noções / premissas importantes para análise do fenômeno do abuso no processo.

Por fim, no Capítulo 5, procederemos à análise do tema do abuso no processo juntamente com a das normas processuais que estabelecem sanções contra o comportamento abusivo no ordenamento jurídico brasileiro, contribuindo, assim, para adequada tutela ética do processo.

No último capítulo, a análise dos sub-temas a que se dedica incluirá a apreciação de posicionamentos adotados a respeito deles pelos tribunais brasileiros (eminentemente pelo Superior Tribunal de Justiça, a que cabe o papel

de uniformização na aplicação da lei federal). Outra postura não poderíamos adotar, depois de evidenciar, ao longo de todo o trabalho, o papel de criação de direitos que modernamente é atribuído ao juiz.

Reconhecemos ser ambicioso o projeto do presente trabalho, já que está ele relacionado à revisão de posicionamentos arraigados na tradição ou na cultura jurídica. Não podemos, então, manifestar desde já o sincero desejo de que, com as considerações a seguir expostas, tão distantes de oferecer respostas para as questões analisadas, possamos, de algum modo, contribuir para o debate a respeito do tema, papel esse que se nos revela como o (justo) preço para ingresso e participação na vida acadêmica.

2.

Contraditório, ampla defesa e efetividade da tutela jurisdicional no contexto do devido processo legal.

2.1.

Processo e Constituição: compreensão do “método constitucionalista”

Adquiriu grande importância, nas últimas décadas, no Brasil e no mundo, o método que se traduz na análise do sistema e institutos do processo de acordo com a Constituição.

Há trinta anos, em reflexão sobre o tema, Mauro Cappelletti e Vincenzo Vigoriti já advertiam que “um dos mais importantes e mais difusos avanços que se manifestaram recentemente em numerosos países, entre os quais a Itália, é aquele da ‘constitucionalização’, ou seja da inserção de tais garantias ou de algumas destas na lei fundamental de um determinado país”.⁵

As garantias mencionadas pelos autores são aquelas que regem, eminentemente, as relações das partes entre si, entre elas e o juiz e, também, entre elas e terceiros, de que são exemplos a imparcialidade do juiz, o contraditório, a demanda.⁶ Essas garantias refletem uma constante de “‘constitucionalização’ dos mais significativos, e inalienáveis, direitos subjetivos”,⁷ isto é, da igualdade entre os indivíduos perante a lei e os tribunais, da inviolabilidade do direito de liberdade pessoal, do direito a um juiz investido de acordo com a lei, do direito de petição ou reclamação perante os órgãos públicos, entre outros.⁸

Os princípios e garantias processuais inseridos no ordenamento constitucional (por conta desse movimento de “constitucionalização do processo”) não se limitam, no dizer de Luigi Paolo Comoglio, a “reforçar do exterior uma

⁵ Tradução livre do original: “Uno dei più importanti e più diffusi svolgimenti che si sono manifestati in epoca recente in numerosi Paesi, tra cui l’Italia, è quello della ‘costituzionalizzazione’, ossia dell’inserimento di tali garanzie o di talune di esse nella legge fondamentale di un determinato Paese” (I diritti costituzionale delle parti nel processo civile italiano, *Rivista di diritto processuale*, p. 605).

⁶ CAPPELLETTI, M.; VIGORITI, V. *Op. cit.*, p. 605.

⁷ COMOGLIO, L. P. I modelli di garanzia costituzionale del processo, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 698.

⁸ *Ibid.*, p. 698-699.

mera ‘reserva legislativa’ para a regulamentação desse método [*em referência ao processo como método institucional de resolução de conflitos sociais*], mas impõem a esse último, e à sua disciplina, algumas condições mínimas de legalidade e retidão, cuja eficácia é potencialmente operante em qualquer fase (ou momento nevrálgico) do processo”.⁹

E, por isso, no dizer do autor, tais garantias contribuem para que concretize, não mais um direito genérico ao processo, mas, sim, um direito ao processo justo.¹⁰ Direito esse cujo reconhecimento implica superação da crise ocorrida no século passado, em que “as clássicas garantias processuais se revelaram como respostas às exigências de um processo ‘liberal’, mas não também às exigências de um processo socialmente ‘justo’”.¹¹

Tratando dessa, assim dita, constitucionalização do processo, Luigi Paolo Comoglio, Michele Taruffo e Corrado Ferri dela extraem três conclusões essenciais. Num primeiro plano, afirmam, não há como se reconhecer, em relação ao legislador ordinário, a liberdade de disciplinar o processo unicamente com base nos critérios da oportunidade ou da conveniência: “a sua discricionariedade permanece íntegra apenas nas áreas da disciplina do processo que não são cobertas pelas garantias constitucionais”.¹² Num segundo plano, sustentam que algumas das situações jurídicas processuais (faculdades, poderes, ônus, direitos e deveres), analisadas sob a ótica das garantias constitucionais, não podem mais ser “variáveis” dependentes da disciplina ordinária do processo, ou seja, “não podem ser excluídas ou reguladas de modo que a sua existência possa ser suprimida”.¹³ Por fim, concluem os autores, na esteira das demais ponderações feitas, que “a tendência de construir procedimentos especiais que privilegiam a rapidez e a eficiência da solução do conflito encontra limites no sentido de que os direitos

⁹ Tradução livre do original: “... le garanzie costituzionali, ad esso relative, non si limitano a rafforzare dall'esterno una mera ‘riserva legislativa’ per la regolamentazione di quel metodo, ma dall'interno impongono a quest'ultimo, ed alla sua disciplina, alcune condizioni minime di legalità e di correttezza, la cui efficacia è potenzialmente operante in qualsiasi fase (o momento nevrálgico) del processo” (Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali, *Studi in onore di Luigi Montesano*, p. 92).

¹⁰ *Ibid.*, p. 92.

¹¹ CAPPELLETTI, M.; VIGORITI, V. *Op. cit.*, p. 612.

¹² Tradução livre do original: “La sua discrezionalità permane integra solo nelle aree della disciplina del processo che non sono coperte da garanzie costituzionale” (*Lezione sul processo civile*, p. 21).

¹³ COMOGLIO, L. P.; TARUFFO, M.; FERRI, C. *Op. cit.*, p. 21.

processuais fundamentais reconhecidos às partes podem ser articulados de vários modos mas não podem ser lesados em seu núcleo fundamental”.¹⁴

No Brasil, durante muito tempo, o processo de interpretação, dentro dos vários ramos do direito, levava em consideração, principalmente, a lei ordinária (infraconstitucional, portanto) que o regulava, sendo isso expressão da própria evolução histórica do país, que teve “poucos hiatos de tempo em Estado de Direito, em regime democrático, em estabilidade política, enfim”.¹⁵

Breve retrospectiva das Constituições que se sucederam no panorama político-jurídico brasileiro por quase um século (de 1824 a 1946) permite perceber que, durante muito tempo, não houve preocupação de garantir, através do ordenamento constitucional, a regularidade da prestação jurisdicional.¹⁶ “A Constituição de 1946 trouxe novo alento às instituições, mormente na garantia dos direitos individuais. Restabeleceu-se o mandado de segurança. Inseriu regra constitucional da mais alta importância: a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. Impede-se qualquer tentativa do legislador para limitar o acesso ao Poder Judiciário”.¹⁷

Mas, novo período de “escuridão” política, instituído com a ditadura militar, trouxe retrocesso para esse tímido avanço na tutela constitucional do processo.

Com a Constituição Federal de 1988, promulgada após o fim da ditadura militar no Brasil, observou-se, contudo, significativa ampliação dos direitos e garantias individuais e coletivas.

¹⁴ Tradução livre do original: “... la tendenza a costruire procedimenti speciali che privilegiano la rapidità e l’efficienza della soluzione del conflitto trova dei limiti nel senso che i diritti processuali fondamentali riconosciuti alle parti possono essere articolati in vari modi ma non possono essere lesi nel loro nucleo essenziale” (*op. cit.*, p. 21).

¹⁵ NERY JR., N. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 19.

¹⁶ À época em que entrou em vigor a primeira carta constitucional brasileira (a Constituição de 1824), sequer era muito clara a autonomia entre direito material e direito processual, pelo que as disposições constitucionais de natureza processual eram escassas e disciplinavam, de modo geral, a organização do Poder Judiciário e alguns detalhes específicos de sua atuação. A Constituição de 1891 (promulgada já no Brasil republicano) influenciou-se no direito norte-americano para organização do Poder Judiciário, adotando, inclusive, a dualidade da legislação processual (à União cabia legislar sobre a atuação da Justiça Federal, ao passo que aos Estados cabiam legislar sobre o processo em geral). A Constituição de 1934 trouxe, como grande inovação, a unificação da legislação processual civil, extinguindo-se, portanto, os códigos estaduais criados sob a égide da Constituição de 1891. A Constituição de 1937 foi, sabe-se, marco de um período histórico significativo: a instituição do Estado Novo, que, lamentavelmente, implicou omissão sobre quaisquer garantias mínimas para prestação jurisdicional, além de supressão de procedimentos diferenciados para tutela de direitos, como o mandado de segurança (ROSAS, R. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*, p. 24-25).

¹⁷ ROSAS, R. *Op. cit.*, p. 25.

A ansiedade de participação de segmentos sociais que haviam sido marginalizados por longo tempo, a desconfiança dos futuros intérpretes da Constituição Federal e a falta de nitidez da separação entre os espaços do público e do privado tornaram a Constituição Federal de 1988 excessivamente heterogênea e longa.

Não é a Constituição Federal da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias (...).¹⁸

Sálvio de Figueiredo Teixeira, em texto emblemático sobre essa “nova ordem”, bem pontuou que, apesar de suas vicissitudes, “nenhum texto constitucional valorizou tanto a ‘Justiça’, tomada aqui a palavra não no seu conceito clássico de ‘vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu’, mas como conjunto de instituições voltadas para a realização da paz social”.¹⁹

E essa tendência de valorização da Justiça se fez sentir, como é natural, na tutela do processo. Preocupou-se o legislador constituinte em externar, nas normas da nova Carta Constitucional, os valores basilares que devem ser observados na administração da justiça, tendo, ainda, consagrado (e isso será tratado com mais vagar logo adiante) a fórmula do *due process of law*, que, sozinha, talvez já fosse suficiente para expressar a preocupação do legislador com a consecução de um processo comprometido com a legalidade e com a justiça. Não pode deixar de ser mencionada, nesse mesmo contexto, a consagração de procedimentos específicos para tutela diferenciada de alguns direitos (de que são exemplos o mandado de segurança, a ação popular, o *habeas data*, o *habeas corpus*, etc). Todos esses princípios, garantias e exigências têm “um objetivo final, que se pode qualificar como garantia-síntese e é o *acesso à justiça*”.²⁰

Essas significativas mudanças trazidas pela Constituição de 1988, num primeiro plano, trouxeram um desafio importante para os operadores jurídicos: “um imperativo de renovação da ordem jurídica nacional, por ser totalmente nova a base sobre a qual ela se assenta”,²¹ diante do qual se impõe a tarefa de re-interpretar as regras infraconstitucionais à luz do novo ordenamento constitucional.²² Num segundo plano (indissociavelmente vinculado ao primeiro), criaram-se condições favoráveis a uma nova leitura do processo ou, melhor

¹⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, p. 87-88.

¹⁹ O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania, *As garantias do cidadão na Justiça*, p. 80.

²⁰ DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 197.

²¹ GUERRA FILHO, W. S. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 31.

²² *Ibid.*, p. 31.

dizendo, do direito processual civil, leitura essa conduzida à luz de sua relação – importante e necessária – com o ordenamento constitucional em vigor.

Cândido Dinamarco²³ bem explica que a tutela constitucional do processo se justifica pela percepção de que é ele instrumento para o exercício do poder estatal. Com efeito, “a inclusão do demandado no processo, a autoridade que o juiz exerce ao longo deste e a imposição de resultados não têm por apoio a vontade dos litigantes que previamente manifestassem aquiescência, mas o próprio poder estatal, definido como *capacidade de decidir imperativamente e impor decisões*”.²⁴

E, enxergando-se a Constituição como instrumento normativo em que “se estabelecem os esquemas essenciais do governo e os respectivos limites”,²⁵ ou seja, instrumento para disciplina do exercício do poder,²⁶ é absolutamente compreensível a tendência moderna de traçar os contornos essenciais da prestação jurisdicional no ordenamento constitucional. “Aqui não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial (...)”.²⁷

Cândido Dinamarco utiliza terminologia própria para explicar esse novo modo de analisar o processo: método constitucionalista. E explica que ele

inclui em primeiro lugar o estudo das recíprocas influências existentes entre Constituição e processo – relações que se expressam na *tutela jurisdicional do processo* e, inversamente, na missão deste como fator de efetividade dos preceitos e garantias constitucionais de toda ordem; inclui também o exame do arsenal de medidas integrantes da chamada *jurisdição constitucional das liberdades* (mandado de segurança, ação popular, ação civil pública *etc.*).²⁸

²³ Processualista a quem não se pode negar o importantíssimo papel de sistematizar criticamente o estudo sobre as instituições fundamentais do processo civil, conferindo-lhes alcance e significado indispensáveis para se pensar as profundas modificações sofridas no direito processual nas últimas décadas e, também, o próprio rumo dos estudos conduzidos a respeito da matéria.

²⁴ DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 193.

²⁵ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 94.

²⁶ Nesse sentido, José Afonso da Silva: “A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias” (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 42).

²⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, C. A. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, *Revista de Processo*, p. 10.

²⁸ DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 188-189.

Esses novos temas consistiriam no núcleo de disciplina que tende a se transformar em ramo autônomo da ciência jurídica – o Direito Processual Constitucional²⁹ – muito embora seja natural a análise dos temas referidos com a disciplina de Teoria Geral do Processo.³⁰ Ramo científico autônomo ou não, fato é que o Direito Processual Constitucional³¹ tem por objeto essa relação entre processo e Constituição, que se dá em dois sentidos. No primeiro, observa-se que a Constituição, através de seus princípios e garantias, estabelece *standards* políticos para a vida do processo – “trata-se de imperativos cuja observância é penhor da fidelidade do sistema processual à ordem político-constitucional do país”.³² No segundo, o processo atua como instrumento de efetivação das normas constitucionais, inclusive, em algumas situações, através dele, acaba sendo alterado o sentido de alguma norma ou garantia e, assim, o ordenamento constitucional recebe “interpretação à luz de valores vigentes no presente e que no momento de sua edição não eram aceitos ou eram dimensionados ou interpretados de modo diferente”.³³

Ora, pensar no processo como instrumento de efetivação das normas constitucionais é, a toda evidência, constatar que nele devem estar refletidos os valores que o legislador constituinte elegeu como essenciais para o bem estar da sociedade. Mas quais valores são esses? Basta a análise, ainda que superficial, das regras dos arts. 1.º e 2.º da Constituição Federal, inseridos no título que trata “dos

²⁹ Segundo Roberto Rosas, teria sido Ruy Barbosa pioneiro na tarefa de desvendar a proteção constitucional do processo. “Surgiram [*em referência aos subsídios constitucionais do processo*] da famosa ação que Ruy, como advogado, propôs contra a União Federal a favor dos reformados e demitidos pelo Marechal Floriano Peixoto. As razões finais foram publicadas em 1893, com o título: *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Dele extraímos postulados jurídicos que ficaram no Direito Público brasileiro: a) os tribunais têm autoridade para negar a execução a atos contrários ao direito dos indivíduos; b) têm direito de examinar a constitucionalidade dos atos legislativos ou administrativos, como chave de nosso regime constitucional; c) o tribunal é apenas o instrumento da lei preponderante; d) aos tribunais federais compete declarar a nulidade dos atos legislativos por quebra da Constituição Federal; e) garantia constitucional é a organização da justiça” (*Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*, p. 14).

³⁰ GUERRA FILHO, W. S. *Op. cit.*, p. 16-17.

³¹ “Hoje, como dito, em função do fenômeno de *constitucionalização* do Direito, no caso do direito processual, faz-se uma distinção entre *direito processual constitucional* e *direito constitucional processual*. O primeiro regular os procedimentos jurídicos a serem observados na solução de questões de natureza jurídico-constitucional (...) O segundo, que se explicita através de regras e princípios consagrados na Constituição (...) estabelece valores abertos que se irradiam por todo o *sistema*, a serem observados tanto pelo legislador ordinário ao elaborar leis processuais, quanto pelo julgador, na aplicação do direito, no caso concreto” (SANTOS FILHO, O. V. *A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo*, p. 131).

³² DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 189.

³³ *Ibid.*, p. 89.

princípios fundamentais”, para desvendar alguns desses valores: democracia, cidadania, dignidade da pessoa humana, liberdade, justiça, solidariedade, erradicação da pobreza, diminuição das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem comum, igualdade etc. Evidentemente, esse não é um rol taxativo mas meramente exemplificativo dos valores constitucionais que exercem influência sobre o processo.³⁴

Se a Constituição hoje é vista como fonte hierárquica maior e inafastável para o processo civil, então, é forçoso reconhecer que suas regras e princípios devem ser interpretadas e aplicadas de modo a prestigiar os referidos valores. Assim, se constitui princípio fundamental da Carta Constitucional de 1988 a democracia, então o processo civil deve ser democrático, o que, claramente, se traduz na necessidade de que, aos litigantes, seja oportunizada a participação para defesa de seus interesses.³⁵ Por outro lado, prevendo o ordenamento constitucional ser necessária a diminuição das desigualdades sociais, o processo civil deve ser estruturado de tal modo que os menos favorecidos tenham adequadas condições de exercerem suas próprias razões em juízo, surgindo, aqui, portanto, a relevância da assistência judiciária.³⁶ O mesmo raciocínio vale em relação à liberdade: a influência desse valor no processo deve permitir (e de fato permite) a possibilidade de os litigantes fazerem certas escolhas – apresentar ou não defesa, produzir ou não determinada prova, contratar esse ou aquele advogado...³⁷

³⁴ A disposição do art. 5.º, inciso XXXII (“o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”) parece revelar, por exemplo, que os mecanismos de tutela jurisdicional devem ser estruturados de modo a garantir adequada defesa do consumidor em juízo.

³⁵ É por trás dessa idéia, aliás, que está estruturada toda a elaboração doutrinária, atualmente, a respeito dos princípios do contraditório e da ampla defesa, de que trataremos, contudo, por questões metodológicas, em momento subsequente do trabalho.

³⁶ A que alude, com incomensurável sensibilidade, Calamandrei: “Também diante da administração da justiça, há perigo de que prejudique o pobre aquela maldição que lhe pesa, toda vez que os ordenamentos democráticos se limitam a assegurar-lhe, a ele como a todos os outros cidadãos, as liberdades políticas e civis: as quais muitas vezes, quando lhe faltam os meios econômicos indispensáveis para valer-se, na prática, dessas liberdades, acabem sendo para o pobre irrisórias. ‘A lei é igual para todos’ é uma bela frase que emociona o pobre, quando a vê escrita sobre as cabeças dos juízes, na parede de fundo das salas de audiência; mas quando percebe que, para invocar em sua defesa a igualdade da lei, é indispensável a ajuda daquela riqueza que ele não tem, então aquela frase parece uma piada de sua miséria: como se lesse escrito num muro que, graças à liberdade de imprensa (...) todos os cidadãos são igualmente livres para publicar um grande jornal de informações, ou, graças à liberdade de educação (...) todos os cidadãos são igualmente livres para mandar os próprios filhos para os estudos universitários” (Processo e democracia, *Opere giuridiche*, p. 690-691).

³⁷ Essas relações são irreparavelmente descritas por Cândido Dinamarco: “Falar em *acesso à ordem jurídica justa*, por exemplo (ou na garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional), é invocar os próprios fins do Estado moderno, que se preocupa com o bem-comum e, portanto, com a felicidade das pessoas; valorizar o princípio do *contraditório* equivale a trazer para o processo

São, enfim, inúmeras as conseqüências resultantes da influência dos valores constitucionais supra-referidos sobre as regras e princípios que incidem sobre o processo. Todas elas, contudo, apontam para direção extremamente importante: a dimensão ética e política do processo civil.

Hoje já não se admite enxergá-lo como um instrumento eminentemente técnico com um fim em si mesmo.³⁸ Trata-se, isso, sim, de instrumento voltado à consecução de relevantes objetivos sociais, políticos e jurídico mediante o exercício do poder (pelo Estado-juiz),³⁹ não havendo dúvidas, portanto, da superação da concepção liberalista do processo, muito bem explicada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Esta, ainda não imbuída claramente do caráter público do processo, não só atribuíra às partes amplos poderes para o início e fim do processo e o estabelecimento de seu objeto, como também sujeitava à exclusiva vontade destas o seu andamento e desenvolvimento, assim como a própria instrução probatória, restringindo por via de conseqüência de maneira significativa os poderes do órgão judicial. Como em outros campos da vida em sociedade, acreditava-se no livre jogo das forças sociais, conquistando corpo a idéia de que o próprio interesse da parte litigante no direito alegado constituiria eficaz catalisador para a mais rápida investigação da situação jurídica.⁴⁰

Duas conseqüências relevantes, entre outras inúmeras que não serão aqui tratadas pela limitação imposta na escolha do tema, resultam desse modo de ver o processo como instrumento público para consecução de fins maiores do que aqueles individuais discutidos em cada caso concreto. A primeira delas é que, sendo instrumento público em que há exercício de poder estatal, assumem especial relevância todas as garantias e princípios constitucionais que convergem na fórmula do *due process of law* e, portanto, devem sempre ser analisadas com extremo cuidado aquelas iniciativas que, de algum modo, impliquem prejuízo ou limitação a tais garantias. A segunda delas é que, superada a concepção liberal do

um dos componentes do próprio regime democrático, que é a *participação* dos indivíduos como elemento de legitimação do exercício do poder e imposição das decisões tomadas por quem o exerce; cuidar da garantia do *devido processo legal* no processo civil vale por traduzir em termos processuais os princípios da legalidade e da supremacia da Constituição, também inerentes à democracia moderna; garantir a imparcialidade nos julgamentos mediante o estabelecimento do *juiz natural* significa assegurar a impessoalidade no exercício do poder estatal pelos juizes, agentes públicos que não devem atuar segundo seus próprios interesses mas para a obtenção dos fins do próprio Estado; etc.” (*Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 194).

³⁸ “... a compreensão dos institutos do processo civil, a partir da Constituição, permite vislumbrá-los não como pura técnica lógico-formal, mas como um conjunto de instrumentos para a concretização da justiça” (CAMBI, E. *Direito constitucional à prova no processo civil*, p. 98).

³⁹ DINAMARCO, C. *A instrumentalidade do processo*, p. 60-61.

⁴⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, C. A. *Garantia do contraditório, Garantias constitucionais do processo civil*, p. 137-138.

processo, impõe-se repensar *le regole del giuoco*,⁴¹ isto é, re-interpretar as regras que disciplinam a atuação dos litigantes, de modo a evitar que façam do processo instrumento para consecução de interesses privados, egoístas e escusos que lhe são estranhos. A análise do delicado equilíbrio entre essas duas perspectivas é tarefa que se afigura indispensável para adequada compreensão do problema do abuso do direito no processo.

2.2.

***Due process of law*: evolução histórica do conceito**

É comum atribuir ao sistema jurídico da *common law* o berço da cláusula ora analisada, daí porque geralmente se busca a compreensão de seu alcance e significado a partir de doutrina e repertório jurisprudencial norte-americano e inglês.⁴²

Verifica-se a origem da cláusula no sistema inglês com a *Magna Charta Libertatum*, de 15 de junho de 1215, que surgiu em contexto histórico peculiar.

A situação na Inglaterra, nesta época, era bastante clara. De um lado, havia núcleos de saxões insatisfeitos com a submissão aos normandos, que deles retiraram as terras; de outro, os próprios nobres normandos nutriam ferrenha inveja em relação ao poder dos reis. A situação era, portanto, propícia para que as reivindicações dos menos poderosos fossem atendidas. Ora, para os saxões, os nobres normandos e os reis formavam uma hegemonia, restando-lhes somente a submissão ao sistema feudal. Entretanto, entre os nobres e os reis, as duas classes mais poderosas, havia certas diferenças em relação ao poder. Ambas as partes queriam agradar aos saxões, que se aproveitaram da situação para conquistar algumas de suas reivindicações. (...) Os saxões, querendo restaurar a liberdade de que desfrutavam aproveitaram a exigência dos nobres por uma norma que limitasse o poder do rei, para nela inserir as antigas leis que regiam seu povo.⁴³

O art. 39 desse instrumento previa: “Nenhum homem livre deverá ser detido ou preso, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer maneira molestado, nem usaremos a força contra ele, ou mandaremos

⁴¹ Nas palavras célebres de Calamandrei.

⁴² Adhemar Ferreira Maciel, em estudo interessantíssimo sobre o tema, afirma que o *due process of law* foi cogitado 500 anos antes do início da era cristã, aludindo à peça *Antígona*, em que “já se invocavam determinados princípios morais e religiosos, não-escritos, que podiam ser opostos à tirania das leis escritas” (O devido processo legal e a Constituição brasileira de 1988, *Revista de Processo*, p. 176).

⁴³ PAMPLONA, D. A. *Devido processo legal: aspecto material*, p. 37-38.

proceder contra ele, exceto através de julgamento legal de seus pares, ou pela lei da terra”.⁴⁴

Da redação do dispositivo, percebe-se que assegurava aos homens livres a proteção de direitos fundamentais (vida, liberdade e propriedade), que “somente poderiam sofrer limitações segundo os procedimentos e por força do direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais, ou seja, pelos princípios e costumes jurídicos consagrados pelo *common law*”.⁴⁵

Natural, a partir de análise do contexto histórico em que surgiu o instrumento normativo ora analisado, imaginar que se trata de conquista significativa na história da proteção aos direitos humanos. Com efeito, entende-se que ela e outros estatutos ingleses (como a *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Amendment Act*, de 1679; e o *Bill of Rights*, de 1688) “condicionaram a formação de regras consuetudinárias de mais ampla proteção dos direitos humanos fundamentais”.⁴⁶

Essa visão da *Magna Charta*, como símbolo inicial da proteção aos direitos fundamentais,⁴⁷ é objeto de críticas, calcadas, por um lado, na sua redação em latim (somente traduzida para o inglês no século XVI) a que se atribui a intenção de dificultar ou obstaculizar o acesso das massas “iletradas”⁴⁸⁻⁴⁹ e, por outro lado, no fato de ter por destinatários de sua proteção os barões e os homens livres (em reduzidíssimo número), nada fazendo, de novo, “a favor dos que não eram livres”.⁵⁰

Pouco depois da criação da *Magna Charta*, agora no reinado de Eduardo III, em 1354, é que foi efetivamente utilizada na legislação a expressão *due process of law*, em substituição à “lei da terra”, a que aludia o capítulo 39, supra-referido.⁵¹

⁴⁴ Tradução livre do original: “No free man shall be arrested or imprisoned, or disseized, or outlawed, or exiled, or in any manner destroyed, nor will we proceed against him, or put burden upon him, except by the legal judgement of his peers, or by the law of the land”.

⁴⁵ SIQUEIRA CASTRO, C. R. de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*, p. 10.

⁴⁶ SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 151.

⁴⁷ Evidenciada pelo teor do art. 39, supramencionado.

⁴⁸ MARINHO, D. E. R. Uma visão evolutiva dos direitos humanos, disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dh_dorian.html>, acesso em 25.12.2005.

⁴⁹ “A língua utilizada para a redação da *Magna Charta* espelha uma sociedade hierarquizada, em especial pela linguagem. Daí a afirmação de que a *Magna Charta* não servia aos interesses da maioria da população. O problema estava no idioma, e não precisamente nas idéias que o texto trazia” (PAMPLONA, D. A. *Op. cit.*, p. 39).

⁵⁰ NOBLET, A. *A democracia inglesa*, p. 28 *apud* SILVA, J. A. da. *Op. cit.*, p. 152.

⁵¹ SIQUEIRA CASTRO, C. R. de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, p. 10.

Cumpra, agora, portanto, analisar o tratamento do instituto no sistema jurídico norte-americano, ao qual se atribui notável avanço em relação à análise do tema. E, também aqui, é inevitável fazer incursão no contexto histórico em que houve consagração da cláusula nesse sistema. Para tanto, não se pode deixar de ter por premissa que a América do Norte foi colonizada pelos ingleses e, portanto, naturalmente, já no início de sua organização jurídica e política, herdou deles a garantia do *due process of law*, posteriormente incorporada ao ordenamento constitucional.⁵²

A disposição do art. 39 da *Magna Charta* influenciou a elaboração de instrumentos normativos (cartas coloniais e declarações estaduais de direitos), como a *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia*, a *Declaração de Delaware*, a *Declaração de Direitos de Maryland*, a *Declaração de Direitos da Carolina do Norte*, a *Declaração do Estado de Vermont* e a *Constituição de Massachusetts*. Em todos esses instrumentos normativos, observa-se a existência de dispositivos, com redação mais ou menos uniforme, que garantem proteção legal aos valores fundamentais (vida, liberdade e propriedade), impedindo que deles sejam privados os cidadãos a não ser através de julgamento justo ou nos termos da “lei da terra”.⁵³

Posteriormente, foi aprovada a Constituição da União,⁵⁴ em que atualmente estão inseridas as quinze emendas conhecidas por *Bill of Rights*.⁵⁵

A 5.^a emenda do *Bill of Rights* foi assim redigida:

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a

⁵² *Ibid.*, p. 12.

⁵³ SIQUEIRA CASTRO, C. R. de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, p. 13-15.

⁵⁴ MACIEL, A. F. O devido processo legal e a Constituição brasileira de 1988, *Revista de Processo*, p. 178.

⁵⁵ José Afonso da Silva explica com clareza o contexto em que foi criado esse instrumento normativo: “A Constituição dos EUA aprovada na Convenção de Filadélfia, em 17.9.1787, não continha inicialmente uma declaração dos direitos fundamentais do homem. Sua entrada em vigor, contudo, dependia da ratificação de pelo menos nove dos treze Estados independentes, ex-colônias inglesas na América, com que, então, tais Estados soberanos se uniriam num Estado Federal, passando a simples Estados-membros deste. Alguns, entretanto, somente concordaram em aderir a esse pacto se se introduzisse na Constituição uma *Carta de Direitos*, em que se garantissem os direitos fundamentais do homem. Isso foi feito, segundo enunciados elaborados por Thomas Jefferson e James Madison, dando origem às dez primeiras Emendas à Constituição de Filadélfia, aprovadas em 1791, às quais se acrescentaram outras até 1975, que constituem o *Bill of Rights* do povo americano...” (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 154-155).

witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation.⁵⁶

Quase cem após a aprovação da Constituição norte-americana, em momento imediatamente posterior ao fim da guerra de secessão ocorrida naquele país e, portanto, quando já tinha havido a abolição da escravatura, foram aprovadas pelo Congresso americano mais 3 emendas para, junto com as 10 originariamente previstas na Constituição, compor o *Bill of Rights*. Essas emendas tinham por objetivo “garantir os direitos de cidadania e as liberdades civis (*civil liberties*) aos ex-escravos e seus descendentes de cor negra”.⁵⁷ Entre elas, estava a 14.^a emenda, com a seguinte redação:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado deve criar ou aplicar qualquer lei que reduza os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem deve nenhum Estado privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa em sua jurisdição a isonômica proteção das leis.⁵⁸

Da interpretação e aplicação das disposições mencionadas (5.^a e 14.^a emenda), desde sua criação até os dias de hoje, resultou a identificação do sentido e alcance da cláusula do *due process of law*. Não houve, é bom que se tenha presente, construção de conceito preciso e específico para a cláusula. Aliás, há significativas manifestações da Suprema Corte dos Estados Unidos quanto à dificuldade dessa empreitada.⁵⁹ Em que pese, contudo, essa dificuldade, hoje se

⁵⁶ A disposição, na tradução de Carlos Roberto de Siqueira Castro, fica com a seguinte redação: “Nenhuma pessoa será levada a responder por crime capital, ou de outro modo infamante, a não ser por declaração sob julgamento ou acusação formal de um júri de instrução, exceto em casos surgidos nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço em tempo de guerra ou de perigo público; da mesma forma, nenhuma pessoa estará sujeita, pelo mesmo crime, a correr por duas vezes perigo de vida; nem será obrigada, em nenhum caso criminal, a depor contra si mesma, nem será privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada será desapropriada para uso público sem justa compensação” (*op. cit.*, p. 30-31).

⁵⁷ *Ibid.*, p. 31.

⁵⁸ Tradução livre do original: “*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction there of, are citizens of the United States and of the State where they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*”.

⁵⁹ É o que lembra Adhemar Ferreira Maciel “A Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Twining v. New Jersey*, mostrou a dificuldade na conceituação da *due process clause*: ‘Poucas cláusulas do direito são tão evasivas de compreensão exata como essa (...) Esta Corte se tem sempre declinado em dar uma definição compreensiva dela e prefere que seu significado pleno seja gradualmente apurado pelo processo de inclusão e exclusão no curso de decisões dos feitos que forem surgindo’” (O devido processo legal e a Constituição brasileira de 1988, *Revista de Processo*, p. 175-176).

reconhece, no sistema norte-americano, dois sentidos principais – um processual, outro substancial – que refletem a elaboração doutrinária e jurisprudencial a respeito da cláusula do devido processo legal.⁶⁰

Como o objetivo dessa parte do trabalho é contextualizar historicamente a cláusula do *due process of law*, não poderia ser ela concluída sem alusão à consagração de tal cláusula no ordenamento jurídico brasileiro.

Até bem pouco tempo, a cláusula do devido processo legal não era expressamente acolhida em nosso sistema jurídico, muito embora já se buscasse, em dispositivos de ordenamentos constitucionais precedentes, mais precisamente nas Constituições de 1934⁶¹ e 1946,⁶² a necessidade de observância dessa cláusula.

Foi com a Constituição Federal de 1988, especificamente no art. 5.º, inciso LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), que a cláusula analisada, pela primeira vez, foi expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, sem a necessidade, portanto, de conferir a outras normas constitucionais interpretação extensiva para delas extrair-se a necessidade de sua observância em nosso sistema jurídico.

Vislumbra-se, em outros dispositivos constitucionais, claro desdobramento do *due process*, “como o direito de ação (inc. XXXV), o direito de propriedade (incs. XXII, XXVII, XXVIII), o direito de herança (inc. XXX), o direito adquirido (inc. XXXVI), direito ao juiz natural (XXXVI)...”.⁶³ Além desses, outros, especificamente relacionados à tutela constitucional do processo,⁶⁴ demonstram a

⁶⁰ No item 2.3, *infra*, serão expostas, com mais vagar, as noções relacionadas ao devido processo legal processual e substantivo.

⁶¹ Analisando a norma do art. 113, número 24, Danielle Anne Pamplona pontua: “Foi a primeira vez que uma Constituição brasileira previu a garantia da ampla defesa. Tal previsão era essencial para que se observasse o princípio do *devido processo legal* em seu aspecto processual, fazendo com quem o processo e o procedimento transcorressem com devida adequação ao direito, como regras eleitas em determinado período no tempo, como princípios básicos a ser seguidos” (*Devido processo legal: aspecto material*, p. 70).

⁶² “No direito positivo brasileiro, o princípio do devido processo legal somente chegou ao texto constitucional, de modo expresso e caro, na Constituição de 1946, onde veio insculpido em seu art. 141, § 4.º. Se bem que, nesse texto, decorre límpido, de fato, apenas o princípio da justicialidade, segundo o qual nenhuma lesão ao direito, de qualquer cidadão, poderá deixar de ser apreciada pelo Poder Judiciário. Da garantia do controle jurisdicional, todavia, deflui tranqüilamente a do devido processo legal, por ser inimaginável que se garanta a cidadão o direito ao controle jurisdicional dos atos, sem que isso se faça mediante o uso de instrumental apropriado, devidamente previsto no ordenamento jurídico” (WAMBIER, L. R. Anotações sobre o princípio do devido processo legal, *Revista de Processo*, p. 59).

⁶³ MACIEL, A. F. O devido processo legal e a Constituição brasileira de 1988, *Revista de Processo*, p. 178.

⁶⁴ Já tratados no item 2.1, *supra*.

intenção do legislador constitucional de “cercar o ordenamento jurídico por todos os lados com o princípio do devido processo legal”.⁶⁵

Evidentemente, não se pode afirmar que o devido processo legal se traduza apenas nos referidos desdobramentos ou, por outras palavras, que a cláusula neles se esgota, impassível de mudança de significado ao longo do tempo. Pensar desse modo é negar-lhe a natureza de princípio. Afinal normas como essa

traduzem aspirações infinitas (...): por mais generoso que um ordenamento jurídico seja, contemplando inúmeras regras que desenvolvam, por exemplo, o princípio da dignidade humana, este permanece, sempre disposto a aceitar novas regras que persigam o ideal, sempre norteando a aplicação das regras já existentes. Para tanto, é certo dizer-se que as demais normas jurídicas jamais esgotam os princípios; que elas somente conseguem expressá-los de maneira incompleta.⁶⁶

2.3

Devido processo legal processual x devido processo legal material

Em sua concepção originária (isto é, na forma como foi inicialmente tratada na Inglaterra e nos Estados Unidos), a cláusula do *due process of law* era vista, apenas, como garantia de natureza processual, de cuja aplicação resultava a regularidade do processo judicial, perante os mais diversos órgãos encarregados de promover seu andamento. Aliás, de início, o devido processo legal encerrava um feixe de garantias que tinham por destinatário apenas o processo penal, tais como o contraditório, a ampla defesa, a igualdade das partes, a imparcialidade do juiz, além de outras mais específicas como o direito a julgamento por júri, a vedação a dois julgamentos por conta do mesmo fato, o direito a julgamento rápido, etc. Somente com o tempo é que os desdobramentos do *due process* deixaram de ficar confinados no processo penal para atingir todas as relações processuais, inclusive aquela estabelecida no processo civil.⁶⁷

Os aspectos mencionados evidenciam, antes de mais nada, que o sentido processual da cláusula do *due process of law* tem por núcleos essenciais a idéia de regularidade do processo e de proteção do jurisdicionado.

Desse modo as garantias constitucionais do *devido processo legal* convertem-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a

⁶⁵ PAMPLONA, D. A. *Op. cit.*, p. 73.

⁶⁶ ROTHENBURG, W. C. *Princípios constitucionais*, p. 30.

⁶⁷ SIQUEIRA CASTRO, C. R. de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, p. 34-38.

garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente.⁶⁸

A pergunta inevitável é, então: quais são os critérios que indicam a regularidade do processo? Para respondê-la, é mais do que oportuno analisar o entendimento doutrinário que se firmou a respeito do *due process*, no direito processual civil brasileiro.⁶⁹

Para Nelson Nery Jr., “bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”.⁷⁰

Mas, o fato é que o legislador constitucional brasileiro optou por especificar direitos (ou subprincípios) que decorrem dessa garantia (como o juiz natural e imparcial, o contraditório e a ampla defesa, a publicidade do processo, a motivação das decisões, assistência judiciária aos necessitados⁷¹), disso resultando a conclusão de que “na Constituição Federal do Brasil, o devido processo legal tem uma textura muito menos aberta do que nos EUA”.⁷² “O que se exige, pois, para a satisfação do *devido processo legal* não é apenas um ‘procedimento’ ou um conjunto seqüencial de atos judiciais conducentes a um veredito final; exige-se, isto sim, um autêntico ‘processo’, com todas as garantias do contraditório e da defesa...”⁷³

⁶⁸ GRINOVER, A. P. *O processo constitucional em marcha*, p. 8.

⁶⁹ Contexto que, evidentemente, nos interessa tratar de modo particular, porque é nele que se situa o problema a que nos propomos nessa parte do trabalho: de que modo se relacionam e devem conviver os princípios do contraditório, da ampla defesa e da efetividade da tutela jurisdicional.

⁷⁰ NERY JR., N. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 32.

⁷¹ Luiz Rodrigues Wambier alude a tais desdobramentos, ao tratar do princípio do devido processo legal como “mandamento garantidor do acesso do cidadão às decisões do sistema judiciário, mediante normas processuais adremente estabelecidas ao nível da elaboração legislativa, e do qual decorrem alguns postulados básicos para o sistema democrático” (Anotações sobre o devido processo legal, *Revista de Processo*, p. 55-56).

⁷² DEL CLARO, R. Devido processo legal – direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil, *Revista de Processo*, p. 286.

⁷³ SIQUEIRA CASTRO, C. R. de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, p. 40.

Não apenas os referidos subprincípios, todavia, compõem a garantia do devido processo legal. Hoje também se reconhece que, além deles, tal noção engloba a necessidade de garantir resultados efetivos ao processo, sendo a efetividade de tais resultados analisada, sobretudo, pelo prisma da tempestividade da tutela jurisdicional e de sua adequação em relação ao direito material tutelado.⁷⁴

Percebe-se, então, que o *due process* se desmembra em vários segmentos, de modo a se poder afirmar que “tem o significado sistemático de fechar o círculo das garantias e exigências constitucionais relativas ao processo, numa fórmula sintética destinada a afirmar a indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma”.⁷⁵ Para Grinover, Cintra e Dinamarco, as garantias que compõem o devido processo legal não têm a função apenas de assegurar direitos subjetivos para as partes litigantes, constituindo, antes de mais nada, condições indispensáveis para o “correto exercício da jurisdição” e, desse modo, servindo-lhe de fator legitimante.⁷⁶

Os aspectos mencionados evidenciam que o devido processo legal, em seu sentido processual, estabelece *standards* de justiça para a prestação jurisdicional, na medida em que nele “está abrangida a idéia de um procedimento, prévia e adequadamente existente (sentido estático), mas também a da efetiva participação dos sujeitos processuais nos atos que constituem esse procedimento (sentido dinâmico)”.⁷⁷ É por isso que hoje se utiliza indistintamente a expressão devido processo legal como sinônimo, equivalente do direito ao processo justo,⁷⁸ “regido por *garantias mínimas de meios e de resultado*”,⁷⁹ utilizando-se, contudo, terminologia diferente para identificar o mesmo fenômeno em outros alguns países.⁸⁰

⁷⁴ Diante disso, afirma Humberto Theodoro Júnior se poder vislumbrar “um aspecto substancial na garantia do devido processo legal” (*Curso de direito processual civil*, p. 28).

⁷⁵ DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 244-245.

⁷⁶ *Teoria geral do processo*, p. 84.

⁷⁷ CAMBI, E. *Direito constitucional à prova no processo civil*, p. 112.

⁷⁸ “Portanto, pode-se considerar a garantia do devido processo legal como uma *garantia de justiça* que assegura o *direito ao processo justo*, o qual consiste no direito ao serviço jurisdicional corretamente prestado e a todas as oportunidades que a Constituição juntamente com as leis processuais oferecem para a concretização da defesa judicial dos direitos lesados ou ameaçados de lesão” (CAMBI, E. *Op. cit.*, p. 111).

⁷⁹ DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 247.

⁸⁰ “Por exemplo, em Portugal fala-se em *direito à tutela jurisdicional* ou em *direito a um processo equitativo*. Na Itália, após recente Emenda à Constituição, fala-se em *giusto processo*. Na Espanha, fala-se em *direito a tutela judicial efectiva*. Já na Alemanha, fala-se em *Anspruch auf rechtliches*

Para Cândido Dinamarco, muito embora seja enigmática a cláusula do *due process*, tem ela “o mérito de traçar o *perfil democrático* do processo e atrair à órbita das medidas de tutela constitucional certas garantias não caracterizadas como verdadeiros princípios ou lançadas de modo genérico em outros dispositivos constitucionais mas que com ele guardem pertinência”,⁸¹ referindo-se o autor às garantias de inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, da inviolabilidade do domicílio e do sigilo das comunicações e dados.⁸²

Pode-se, então, afirmar que, no sistema processual brasileiro, o devido processo legal, em sua acepção processual, tem por desdobramentos

a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos.⁸³

Outras tantas garantias específicas são concebidas para o processo penal, em decorrência do *due process*,⁸⁴ mas escapa ao objetivo desse trabalho sua análise.

Tecidas essas breves considerações sobre o sentido processual do devido processo legal, é necessário falar de seu sentido substancial ou material, cuja compreensão permite perceber a magnitude que hoje o *due process* possui no sistema jurídico norte-americano.⁸⁵

Gehör e em *Recht auf ein faires Verfahren*. Não obstante outros ordenamentos jurídicos reclamarem cada um sua nomenclatura própria, importa perceber que todos guardam o mesmo sentido de atingimento de uma justiça interna (ou contextual) do processo” (DEL CLARO, R. Devido processo legal – direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil, *Revista de Processo*, p. 270-271).

⁸¹ DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 246.

⁸² *Ibid.*, p. 246.

⁸³ NERY JR., N. *Op. cit.*, p. 40.

⁸⁴ Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco aludem à presunção de não culpabilidade do acusado; à vedação quanto à identificação criminal datiloscópica de pessoas já identificadas civilmente; à indenização por erro judiciário e pela prisão que venha a superar os limites da condenação; à vedação de prisão (como regra geral) não determinada pela autoridade judiciária competente, entre outras garantias (*Teoria geral do processo*, p. 85-86).

⁸⁵ Danielle Anne Pamplona explica com muita clareza por que, no sistema inglês, não se concebeu sentido material para a cláusula do *due process of law*: “O Parlamento, na Inglaterra, era visto como sede das liberdades, órgão em que era depositada muita confiança – mormente após a adoção do sufrágio universal. Por isso, a cláusula do *due process of law* nunca foi interpretada como uma limitação a este poder. O próprio princípio da legalidade era interpretado como o necessário respeito à vontade do parlamento, sem questionar a justiça ou validade de seus atos. Assim, não era possível invocar o *due process of law* para questionar o modo ou o conteúdo dos atos elaborados pelo poder legislativo” (*Devido processo legal: aspecto material*, p. 39-40).

Não há como se compreender o sentido substancial que a cláusula assumiu, com o passar do tempo, nos Estados Unidos, sem atentar para o peculiar controle de constitucionalidade realizado nesse país, denominado *judicial review*, cujas características permitem encaixá-lo, na classificação usualmente utilizada para distinguir as diversas formas de controle de constitucionalidade, na categoria “controle jurisdicional difuso”.⁸⁶

Essa modalidade de controle de constitucionalidade, como parece estar evidenciado pela própria terminologia utilizada para identificá-lo, caracteriza-se, justamente, por ser realizado mediante atividade de Poder Judiciário, a quem cabe, portanto, o papel de analisar a validade das leis e demais atos do Poder Público em face do ordenamento constitucional. É difuso porque “todo e qualquer juiz, independente de sua instância, pode manifestar-se sobre a constitucionalidade de todos os atos normativos, ficando sempre a decisão definitiva a cargo da Suprema Corte”.⁸⁷

É importante ter em mente que essa forma de controle de constitucionalidade, no sistema jurídico norte-americano, não está expressamente prevista em sua Constituição. Foi ela construída no caso concreto, a partir de decisão paradigmática do Juiz John Marshall, proferida no caso *Marbury v. Madison*, em que constou que “a lei infra-constitucional seria sempre interpretada de acordo com a lei maior, caso contrário a Constituição não seria encarada com a lei maior do país, e poderia sempre ser ignorada frente a uma lei inferior”.⁸⁸

Nesse contexto, a atribuição de sentido material para o *due process* serviu como justificativa teórica (e, mesmo, legal) para que os juízes norte-americanos procedessem à revisão das leis estaduais no confronto com a Constituição, a partir de abusos denunciados no caso concreto. O *substantive due process of law*, portanto, nasceu com o objetivo de coibir a elaboração de leis, pelo Congresso ou legislativos estaduais americanos, “embora formalmente constitucionais, mas que, materialmente, estivessem despidas de razoabilidade”.⁸⁹

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio

⁸⁶ SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 52.

⁸⁷ PAMPLONA, D. A. *Devido processo legal: aspecto material*, p. 86.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 86.

⁸⁹ MACIEL, A. F. O devido processo legal e a Constituição Brasileira de 1988, *Revista de Processo*, p. 178.

se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É *razoável* o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.⁹⁰

Nessa cláusula, nos Estados Unidos, portanto, “ficam amparadas as teses mais ampliativas da *judicial review*, cabendo à Corte, ao seu livre alvedrio, dizer quais leis violam o trinômio vida-propriedade-liberdade de forma irrazoável, com recurso na *rule of reason*, ou *standard of reasonableness*, critérios muitas vezes indefinidos e que, supostamente, permitiriam examinar caso a caso a constitucionalidade das leis”.⁹¹

Curiosamente, por muito tempo após a aprovação da Constituição americana (em 1787), o Poder Judiciário negou-se a atribuir à cláusula do *due process* outro enfoque além daquele processual. Quase um século após a entrada em vigor daquela Carta Constitucional, verifica-se a existência de decisões nesse sentido pela Suprema Corte, em vários casos concretos denominados *Slaughter-House Cases*, em que se questionava lei estadual que instituiu regime de monopólio, por 25 anos, para exploração de um determinada atividade econômica (pecuária e abate de animais para consumo alimentar) a uma só empresa. No julgamento do caso, a Suprema Corte, por maioria, entendeu “não ser cabível o controle judicial acerca do mérito da lei concessiva do monopólio”.⁹²

Estimulada pela fluidez redacional da cláusula *due process of law* e reverente aos princípios liberais e ao preconceito “anti-arbítrio” que subjazem a idéia do contrato social (*social compact*) formador da federação americana, a justiça estadunidense não teve cerimônia em passar em revista a legislação econômico-social editada em profusão a partir da segunda década do presente século, resultando do conjunto de suas decisões o axioma de que uma lei não pode ser considerada *law of the land*, ou consentânea com o *due process of law*, quando incorrer na falta de “razoabilidade” ou de “racionalidade”, ou seja, em suma, quando for arbitrária.⁹³

O primeiro precedente em que se observou a expressa alusão ao sentido substancial da cláusula, pela Suprema Corte americana, foi no caso *Allgeyer v. Louisiana*, em que se discutia a validade de lei estadual (Lousiana) que havia proibido a contratação de seguros disponibilizados por empresas não licenciadas naquele Estado. “Restou decidido pela Corte que, quando ela fundamentasse no *due process of law* a restrição ou invalidação de um ato estadual, não estaria

⁹⁰ BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da constituição*, p. 224.

⁹¹ DEL CLARO, R. *Op. cit.*, p. 266.

⁹² SIQUEIRA CASTRO, C. R. de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, p. 49.

destruindo a autoridade do Estado, já que isto significava que a atuação do poder estadual tinha excedido a sua esfera de competência”.⁹⁴

Outras decisões proferidas no mesmo período refletem a intensa utilização da cláusula, nesse novo sentido, pela Suprema Corte americana, em matéria de legislação econômica, o que evidencia “a tendência da restrição judicial no princípio deste século contra a legislação de ordem econômica constrangedora da liberdade de iniciativa”.⁹⁵ Fácil perceber, então, a aplicação do *substantive due process*, nesse primeiro momento, prestou-se à consagração – no plano judicial – da política não-intervencionista do Estado na economia, que é um dos corolários essenciais (senão o mais importante) da filosofia liberalista.

É interessante notar a significação da cláusula neste ponto do desenvolvimento histórico americano. Aqui o *due process* protegia a liberdade contratual, ficando evidente que é pobre sua tradução para *devido processo legal*, que nos remete, imediatamente, ao seu aspecto processual. O ideal é compreender a cláusula como a ‘devida adequação ao direito’. Esta, sim, permite chegar à mesma conclusão dos juízes que decidiram o caso. Àquela época, o Direito protegia a liberdade de contratação, e a filosofia vigente não permitia que o Estado interferisse nas relações entre os indivíduos.⁹⁶

Inegável, então, que nesse contexto particular a interpretação feita pela Suprema Corte acabou por privilegiar as classes economicamente mais fortes, como se percebe no caso *Hammer v. Dagenhart*, em que foi declarada a inconstitucionalidade de lei estadual que proibia o comércio de produtos manufaturados por indústrias em que se utilizasse, como mão de obra, menores de idade.⁹⁷

A consagração do Estado Social,⁹⁸ contudo, implicou alteração significativa na aplicação concreta da cláusula pela Suprema Corte. Passou ela a intervir menos na política econômica (e legislação a respeito da matéria), atuando de modo mais contudente nas *non economic matters*, para promover a defesa de direitos fundamentais como a liberdade de pensamento, a informação, o voto, etc.⁹⁹

⁹³ *Ibid.*, p. 57.

⁹⁴ PAMPLONA, D. A. *Op. cit.*, p. 50-51.

⁹⁵ SIQUEIRA CASTRO, C. R. de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, p. 65.

⁹⁶ PAMPLONA, D. A. *Devido processo legal: aspecto material*, p. 54.

⁹⁷ MACIEL, A. F. *O devido processo legal e a Constituição brasileira de 1988*. p. 178.

⁹⁸ Que se caracteriza pelo “propósito de compatibilizar, em um mesmo sistema (...) dois elementos: o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do *Welfare State*” (SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 136).

⁹⁹ SIQUEIRA CASTRO, C. R. de. *Op. cit.*, p. 69.

Há duas decisões muito emblemáticas nessa nova fase de atuação da Suprema Corte americana. A primeira delas proferida no caso *Griswold v. Connecticut*, em que se reconheceu a inconstitucionalidade do instrumento normativo estadual que proibia a utilização de métodos anticoncepcionais, por se entender afrontar essa disposição o direito de privacidade assegurando constitucionalmente. A segunda delas proferida no caso *Roe v. Wade*, em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da legislação que estabelecia sanção penal para a prática de aborto, entendendo, também nesse caso, que o direito constitucional de privacidade justificava fosse concedida à mulher (gestante) a possibilidade de decidir ter ou não o filho.¹⁰⁰

A evolução histórica da cláusula, em seu sentido material, é muito bem sintetizada por Luís Roberto Barroso:

O reconhecimento dessa dimensão substantiva do devido processo legal passou por três fases distintas e de certa forma cíclicas, que incluem (a) sua ascensão e consolidação, no final do século XIX até a década de 30; (b) seu desprestígio e quase abandono no final da década de 30; (c) seu renascimento triunfal na década de 50, no fluxo da revolução progressista promovida pela Suprema Corte sob a presidência de Earl Warren. Presentemente, a Suprema Corte reassumiu um perfil conservador e o *ativismo judicial* - isto é, a intervenção dos tribunais no mérito de certas valorações legislativas e administrativas -, que se manifestava destacadamente pelo uso substantivo da cláusula do devido processo legal, vive um momento de refluxo.¹⁰¹

Os aspectos mencionados mostram ser plausível resumir o significado do *substantive due process*, afirmando constituir-se, essencialmente, de “vínculo autolimitativo do poder estatal como um todo, fornecendo meios de censurar a própria legislação e ditar a ilegitimidade de leis que afrontem as grandes bases do regime democrático”.¹⁰²

Resta, por fim, analisar se é possível conferir, à disposição do art. 5.º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, o sentido ora analisado, isto é, se há como enxergar nessa disposição fundamento para se sustentar, no sistema jurídico brasileiro, a existência do *substantive due process of law*.

Há quem afirme ser possível – e de fundamental importância – conceber a aplicação da cláusula, nessa última perspectiva, no direito penal (em que se coíbe a tortura, a presunção de culpa sem julgamento definitivo pelo Poder Judiciário), no direito tributário (em que é proibida a instituição de tributos que impliquem

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 72-75.

¹⁰¹ *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 220-221.

confisco ou acabem desrespeitando a capacidade contributiva) e, também, no direito administrativo (com o intuito de evitar normas administrativas arbitrárias e/ou irracionais).¹⁰³ Contudo, mesmo quem pensa desse modo, reconhece a dificuldade de adoção do *substantive due process* em nosso sistema jurídico, antes de mais nada porque, em sua atuação, o magistrado está vinculado à lei, salvo raríssimas exceções em que se lhe permite julgamento com base na equidade. E, desse modo, seria incompatível com essa atuação, deixar de incidir determinada regra, num caso concreto, com base em critério de proporcionalidade (que está na essência do *substantive due process*).

Por outro lado, também o modo como está estruturado o controle de constitucionalidade no Brasil mostra não existir razão para que se dê à cláusula do devido processo legal, inserida no art. 5.º, inciso LIV da CF/88, interpretação ampliativa, nela enxergando, também, a consagração do *substantive due process* em nosso sistema. Com efeito, vimos acima que a importância da adoção dessa cláusula nos Estados Unidos se revela, sobretudo, pelo fato de constituir ela fundamento teórico importante para a doutrina do *judicial review*; contudo, contando o nosso sistema jurídico com regras que expressamente disciplinam o controle de constitucionalidade (abstrato e concreto) das leis, não haveria sentido em buscar, na cláusula do devido processo legal do art. 5.º, o alcance que lhe é conferido no direito estrangeiro.¹⁰⁴

Essas breves considerações sobre o sentido atual do devido processo legal permitem que entendamos o contexto em que se inserem as – mais adiante tratadas – garantias da efetividade da tutela jurisdicional e do contraditório e ampla defesa, cuja relação e convivência constituem objetivo essencial dessa parte do trabalho.

2.4.

Efetividade da tutela jurisdicional

¹⁰² DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 245.

¹⁰³ OLIVEIRA, V. de S. Expressões do devido processo legal, *Revista de Processo*, p. 300.

¹⁰⁴ É o que, muito razoavelmente, sustenta Roberto Del Claro, em raciocínio no qual também, de forma contundente, afirma que “acolher a tese do devido processo substancial é dar uma carta em branco ao Judiciário para que assumira toda e qualquer função do legislador, retomando as posições extremistas do realismo jurídico e de todas as outras formas de voluntarismo judicial” (*op. cit.*, p. 268-269).

Não nos parece exagero afirmar que a efetividade da tutela jurisdicional é hoje referencial teórico para análise de qualquer instituto do direito processual civil. Contribuí para essa conclusão, em nosso modo de ver, a existência de tantas – e tão qualitativamente expressivas – obras a respeito, subscritas pelos grandes mestres do direito processual brasileiro e mundial. Por isso mesmo, tratar do tema, em qualquer sede, é sempre um objetivo tão fadado ao insucesso – e, talvez por isso, ingênuo – quanto a pretensão de represar o mar dentro de uma piscina olímpica. Permitimo-nos, então, o papel de, aqui, apenas relatar, sinteticamente, as noções essenciais que gravitam em torno dessa noção de efetividade.

A discussão sobre a efetividade da tutela jurisdicional tem como pano de fundo a terceira fase metodológica por que passou o direito processual civil, denominada “fase instrumentalista”, em que se concebe o processo como instrumento para realização de alguns objetivos. Ou seja, é o processo visto como meio utilizado para a consecução de fins relacionados à atividade jurisdicional, sendo, a toda evidência, importante conhecer esses últimos para perceber a utilidade do primeiro.¹⁰⁵ É o que, precisamente, anota José Roberto dos Santos Bedaque:

Se a jurisdição é a atividade estatal destinada à atuação da lei; se a ação é o poder de estimular essa atividade e fazer com que ela atinja seu objetivo; se a defesa é pressuposto da legitimidade do provimento e imprescindível à correta imposição da norma ao caso concreto, o processo, palco em que essas três atividades se desenvolvem, deve ser considerado o meio através do qual se visa a um provimento justo, ou seja, que represente a correta formulação e imposição da regra concreta. O processo é, portanto, o meio com o qual o Estado formula e atua a norma jurídica, nos casos em que os destinatários desta não possam ou não queiram fazê-lo. (...) processo e jurisdição têm o mesmo objetivo, o que é perfeitamente natural, visto que o primeiro constitui o meio de atuação da segunda.¹⁰⁶

Enxergar o processo como instrumento é perceber, antes de mais nada, que, de sua utilização, não pode resultar apenas a conclusão de que se presta a concretizar escopo jurídico da jurisdição (atuação do direito objetivo), sendo necessário, então, também se lhe reconhecer o papel de concretizar escopos políticos e escopos sociais.¹⁰⁷

Os escopos políticos ficam claramente evidenciados pela percepção de que, através do processo, o Estado (personificado na figura do juiz) exerce poder. O papel político do processo, no dizer de Cândido Dinamarco, pode ser constatado a

¹⁰⁵ DINAMARCO, C. *A instrumentalidade do processo*, p. 182.

¹⁰⁶ *Poderes instrutórios do juiz*, p. 51-52.

partir da necessidade de, através dele, serem efetivados “três valores fundamentais no Estado e na democracia”:

Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (*poder*), sem qual nem ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor *liberdade*, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre os quais ele se exerce; finalmente, assegurar a *participação* dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política.¹⁰⁸

Os fins sociais do processo, por sua vez, se relacionam ao atendimento de duas necessidades distintas: educação e pacificação social.

Através do adequado (isto é, justo) e contínuo exercício da jurisdição, por meio do processo, é possível “educar as pessoas para o respeito a direitos alheios e para o exercício dos seus”.¹⁰⁹ Assim, o processo, se efetivo, pode funcionar como fator de inibição às condutas ofensivas dos bens jurídicos tutelados, eminentemente, por meio dos direitos subjetivos. “Nessa dimensão assume relevo o exemplo a ser dado pela administração da justiça. O funcionamento adequado das vias de pacificação social é que poderá levar o cidadão a retomar a confiança na ‘Justiça’, estimulando o exercício dos direitos e, inclusive, o respeito aos direitos alheios”.¹¹⁰

A meta de pacificação social reflete, indiscutivelmente, a projeção do Estado democrático sobre o processo. Se, a função do primeiro é promover o bem comum, no processo, essa função é concretizada mediante pacificação com justiça, isto é, com a resolução dos conflitos intersubjetivos que são levados à apreciação do Estado-juiz. “Se a jurisdição é uma forma de expressão do poder do Estado, é claro que através dela devem ser canalizados fins do Estado. Qual o objetivo do Estado? Costuma-se responder: o bem comum. Então, podemos dizer que o fim do Estado, nos limites da jurisdição, também é o encontro do bem comum”.¹¹¹

¹⁰⁷ DINAMARCO, C. *Op. cit.*, p. 181-192.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 204-205.

¹⁰⁹ DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 129.

¹¹⁰ MARINONI, L. G. *Novas linhas do processo civil*, p. 192.

¹¹¹ MARINONI, L. G. *Novas linhas do processo civil*, p. 189.

Nesse contexto, a paz social que se pretende assegurar por meio do processo “é inerente ao bem estar que este [*o bem comum*] deve necessariamente conduzir”.¹¹²

O papel do processo, na consecução dos escopos sociais supramencionados, pressupõe, a toda evidência, que ele seja efetivo, sob pena de, não apenas, ser impossível enxergar nele esse papel instrumental atribuído pela atual fase metodológica do direito processual civil, como, também, de verdadeira aniquilação dos direitos que o Estado democrático pretendeu proteger ao consagrar, no ordenamento constitucional, a garantia de acesso à justiça. Mas, o que seria o processo efetivo ou, por outras palavras, quais características permitiriam tal qualificação do processo?

As palavras de Dinamarco, ao explicar a importância da noção de “processo civil de resultados”, tão valorizada no posicionamento doutrinário moderno, parecem indicar com muita clareza a resposta à referida indagação. Pondera o autor que “não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar...”¹¹³

Extraí-se, dessa assertiva, então, que a efetividade da tutela jurisdicional está intrinsecamente ligada à capacidade de produzir ela resultados úteis para o autor que tem razão.

2.4.1.

O fator celeridade

Antes de mais nada, falar em utilidade dos resultados é aludir, necessariamente, à tempestividade da tutela, à necessidade de evitar que o atraso na prestação jurisdicional impeça a adequada fruição do direito material e a própria consecução dos objetivos da jurisdição.

Com efeito, nas últimas décadas, constatou-se que os sistemas processuais de países ricos e pobres, desenvolvidos e subdesenvolvidos, possuem (lamentável) característica em comum: a lentidão do processo, que, obviamente, se traduz em

¹¹² DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 127.

¹¹³ *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 108.

atraso na resolução dos conflitos intersubjetivos pelo Poder Judiciário de cada um desses países.

Como do processo se espera, na clássica fórmula de Chiovenda, que conceda ao autor que tem razão tudo aquilo e exatamente aquilo a que teria direito se não tivesse a necessidade de procurar o Poder Judiciário, é evidente que a lentidão em sua tramitação acaba por comprometer a viabilidade dessa expectativa. E mais do que isso: o fator demora acabou estimulando o desrespeito às regras de direito material em vários (senão todos) setores da vida em sociedade. Afinal, na maior parte das situações, é economicamente mais vantajoso apostar no atraso da prestação jurisdicional, de que pode resultar, na melhor das hipóteses (para o demandado, evidentemente), a impossibilidade material de cumprimento da prestação e, na pior das hipóteses (para o demandado, evidentemente), a satisfação do direito com taxas de juros expressivamente inferiores àquelas praticadas pelo mercado financeiro...

A morosidade do processo atinge muito mais de perto aqueles que possuem menos recursos. A lentidão processual pode ser convertida num custo econômico adicional, e este é proporcionalmente mais gravoso para os pobres. (...) A lentidão pode favorecer a parte economicamente mais forte em detrimento da menos favorecida; a demora da justiça pode pressionar os economicamente mais débeis a aceitar acordos nem sempre razoáveis. O que ocorre na Justiça do Trabalho é extremamente expressivo, já que, não raro, o trabalhador, por não poder suportar a espera daquilo que lhe é devido, aceita conciliar em condições favoráveis à parte reclamada.¹¹⁴

Evidentemente, a situação retratada acima expressa o prejuízo a que se expõe o autor que tem razão, quando o direito que pretende ver tutelado pelo Estado-juiz tem expressão econômica. Nas hipóteses em que se discute em juízo direito sem essa conotação patrimonial, como são, em regra, os direitos personalíssimos,¹¹⁵ o prejuízo é muito maior, se não irreparável, quando se pensa no processo como “instrumento indispensável não somente para a efetiva e concreta atuação do direito de ação, mas também para a remoção das situações que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país”.¹¹⁶ De

¹¹⁴ MARINONI, L. G. *Novas linhas do processo civil*, p. 35.

¹¹⁵ Cujo rol, sabemos, foi significativamente ampliado pela Constituição Federal de 1988, na esteira de evolução por que passaram os sistemas jurídicos ocidentais de um modo geral.

¹¹⁶ MARINONI, L. G. *Novas linhas do processo civil*, p. 33.

se concluir, então, com José Rogério Cruz e Tucci que “justiça tardia corresponde a verdadeira denegação de justiça”.¹¹⁷

Os exemplos, lamentavelmente, são inúmeros. Fazem eles parte da vida de qualquer operador jurídico. Do advogado que precisa explicar ao seu cliente que o empregador não depositou os valores correspondentes ao FGTS, na forma determinada em lei, e que não há previsão de quando ele terá disponíveis tais valores (com os quais poderia ou deveria contar para sua própria subsistência quando desempregado). Do juiz que, apesar da dura carga de trabalho diária, encara diariamente pilhas e mais pilhas de autos de processo, que têm crescimento diretamente proporcional à falta de estrutura de que padece o Poder Judiciário.

Demoras sem justificativa aumentam a descrença nos serviços judiciários e a angústia do litigante que pretende ver ser direito tutelado, além de abalar sensivelmente a segurança que deve haver nas relações jurídicas. A celeridade e a segurança jurídica são objetivos difíceis de ser delineados conjuntamente, mas o retardamento excessivo da prestação jurisdicional vem contribuir sensivelmente para o descaso com a lei.¹¹⁸

Mauro Cappelletti, em seu *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano*,¹¹⁹ já advertia das graves conseqüências resultantes da duração excessiva do processo. Com efeito, ponderava o autor que já na década de 50 (do séc. XX) a duração excessiva implicava exclusão do caráter democrático do processo, caráter esse que pressupõe “um procedimento cuja duração não seja excessiva, dado que essa duração é danosa sobretudo para a parte que, sendo economicamente menos forte, tem mais urgência em obter quanto lhe seja eventualmente devido: daí porque a duração excessiva do processo oferece geralmente à parte mais rica uma posição de privilégio em relação ao adversário”.¹²⁰

Aqui parece indispensável consignar que está atrelado à essência do processo o fator tempo. Afinal, o termo “processo” remete a movimento, de um

¹¹⁷ CRUZ E TUCCI, J. R. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal, *Revista de Processo*, p. 73.

¹¹⁸ LUCON, P. H. dos S. Garantia de tratamento paritário das partes, *Garantias constitucionais do processo*, p. 113.

¹¹⁹ Texto publicado há quase 40 anos que constitui referencial teórico indispensável para reflexão em torno da temática do acesso à justiça.

¹²⁰ Tradução livre do original: “... implica infatti un procedimento la cui durata non sia eccessiva, dato che siffatta durata è dannosa soprattutto alla parte che, essendo economicamente meno forte, ha più urgenza di ottenere quanto le sia eventualmente dovuto: onde l'eccessiva durata del processo offre generalmente alla parte più ricca una posizione di privilegio nei confronti dell'avversario” (“Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano”, *Giustizia e società*, p. 114).

lugar para outro, dentro de um lapso temporal. No âmbito da prestação jurisdicional, esse movimento tem por ponto de partida a propositura da demanda e, como ponto de chegada, a satisfação do direito material.¹²¹ E entre os dois pontos faz-se necessária a prática de atos processuais preparatórios, que “embora tenham um determinado momento para serem realizados, normalmente não se perfazem de modo instantâneo, mas, sim, desenrolam-se em várias etapas”.¹²²

A crise da tempestividade da tutela jurisdicional não ocorre, em princípio, pela existência desse percurso entre os pontos de chegada e de partida. Afinal, para que o Estado-juiz possa decidir os conflitos que lhe são levados à apreciação com justiça, faz-se necessária a prática de tais atos e essa constatação reflete a idéia de que “não basta ao processo produzir um resultado justo; ele precisa também ser justo em si mesmo”.¹²³

Não se pode deixar de reverenciar, nessa ordem de idéias, a advertência sempre lúcida de José Carlos Barbosa Moreira, no seguinte sentido:

Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.¹²⁴

Fundamental, então, encontrar um ponto de equilíbrio para contornar a crise causada pela demora na tramitação do processo. E essa constatação certamente permitiu que se cogitasse de prazo razoável para a prática dos referidos atos preparatórios. Aliás, hoje já não há dúvidas de que a *duração razoável do processo* constitui um dos elementos integrantes do conceito de processo justo e, portanto, do devido processo legal.

Luigi Paolo Comoglio explica que a Corte de Justiça da Comunidade Européia tem repetidamente afirmado os elementos que constituem conteúdo

¹²¹ Hoje, já não há como afirmar que a prolação da sentença seja o ponto de chegada do movimento iniciado pela propositura da demanda, pois, com ela, na maior parte das vezes, a satisfação do direito reconhecido em favor do autor ainda não ocorre, sobretudo em se tratando de sentença condenatória, que remete o autor, na forma como é hoje concebido o sistema, para um outro processo (o executivo), visando à satisfação de seu direito de crédito.

¹²² CRUZ E TUCCI, J. R. *Op. cit.*, p. 72.

¹²³ MENDES JR., M. de S. *O pedido de reparação de dano extrapatrimonial*, no prelo.

mínimo essencial do dito processo justo. São eles: (i) o direito de acesso às cortes e aos tribunais; (ii) o direito de uma defesa ampla em juízo; (iii) o contraditório como decorrência do paridade de armas; (iv) o direito à prova e à contra-prova; (v) a publicidade dos atos processuais; (vi) independência e imparcialidade do juiz; e (vii) duração razoável dos “julgamentos”.¹²⁵

Nesse exato sentido, têm caminhado as reformas legislativas realizadas, sobretudo na última década, para, por assim dizer, operacionalizar o conceito de processo justo. Há pouco observamos, inclusive, isso acontecer no Brasil, por meio da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que inseriu, no art. 5.º, da Constituição Federal de 1988, o inciso LXXVIII, com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Muito embora já se visse, na regra do art. 5.º, inciso XXXV da Constituição Federal (que prevê a inafastabilidade do Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça de lesão a direito), a necessidade de uma tutela jurisdicional tempestiva,¹²⁶ não há como se deixar de reconhecer o valor e importância da reforma constitucional recente. Em primeiro lugar porque ela representou a consagração de uma visão doutrinária crítica do processo e é sempre muito gratificante descobrir no debate doutrinário, na discussão acadêmica, arma poderosa para mudança concreta no direito positivado e na realidade. Em segundo lugar porque, como pudemos refletir em outra oportunidade, “o legislador constitucional colocou, ao lado de outras garantias processuais mais debatidas (como o contraditório e a ampla defesa), o *dever* (quando, por tanto tempo, falou-se da *necessidade*) de o operador jurídico interpretar e aplicar as regras processuais de forma a superar o problema da morosidade processual”.¹²⁷

Mas, o que se pode entender por duração razoável do processo?

¹²⁴ BARBOSA MOREIRA, J. C. O futuro da justiça: alguns mitos, *Revista de Processo*, p. 232.

¹²⁵ “Il ‘giusto processo’ civile in Italia e in Europa”, *Revista de Processo*, p. 117-119.

¹²⁶ Pondera Cândido Dinamarco que o inciso XXXV do art. 5.º da Constituição consagra o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que “manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, seja processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja *efetiva* como resultado prático do processo” (*Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 199), efetividade essa que se desdobra, indiscutivelmente na tempestividade da tutela jurisdicional ora tratada.

¹²⁷ LIMA, P. C. de D. A contagem dos prazos no processo civil a partir da reforma do Judiciário, *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*, p. 554.

José Rogério Cruz e Tucci, em análise do tema, concluiu que direito à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável se traduz no direito ao processo em dilações indevidas. E alude a três critérios identificados pela Corte Europeia de Direitos do Homem a serem analisados em cada caso concreto com o objetivo de verificar se houve “indevida dilação processual” ou, dito de outro modo, se o processo não teve duração razoável. São eles: a complexidade do tema discutido, o comportamento das partes e seus procuradores, e a atuação do órgão jurisdicional.¹²⁸

Muito claro, então, que os critérios mencionados remetem à determinação casuística da garantia de duração razoável do processo, ou seja, não se prestam a atribuir-lhe um sentido mais ou menos uniforme que pudesse servir como parâmetro geral para valorar a ocorrência de atraso da prestação jurisdicional.

Gisele Santos Fernandes Góes, analisando a duração razoável do processo como garantia constitucional no Brasil, a partir da Emenda Constitucional n.º 45/2004, afirmou que ela “não precisa ser tipificada, muito menos quantificada, em inúmeros prazos processuais, visto que, como bem ponderou o legislador da reforma, deve atender à lógica do razoável”.¹²⁹ E, nessa linha de raciocínio, conclui a autora que “se deve raciocinar a razoável duração do processo, com a visão de que se faça o bloqueio do que é inaceitável ou arbitrário, gerando sempre resultantes de natureza negativa”.¹³⁰

Há autores, contudo, que sustentam a possibilidade dar, à fórmula da razoável duração do processo, expressão numérica, mediante operação de soma dos prazos previstos na legislação processual para cada etapa do procedimento.¹³¹ E, dessa soma, resultaria conclusão, especificamente em relação ao procedimento

¹²⁸ CRUZ E TUCCI, J. R. *Tempo e processo*, p. 67-69.

¹²⁹ Razoável duração do processo, *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*, p. 266.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 266.

¹³¹ É o que sustenta veementemente Fernando Fonseca Gajardoni: “Apesar de correremos o risco de ser tachados de ortodoxos, a nosso ver, em sistemas processuais preclusivos e de prazos majoritariamente peremptórios como o nosso, o tempo ideal do processo é aquele resultante do somatório dos prazos fixados no Código de Processo Civil para o cumprimento de todos os atos que compõem o procedimento, mais o tempo de trânsito dos autos. Eventuais razões que levem a uma duração que exceda o prazo fixado previamente pelo legislador, com base no direito a ser protegido, deve se fundar em um interesse público superior, que permita justificar o quebramento da previsão contida na norma processual, no qual não se inclui a alegação de excesso de demanda” (*Técnicas de aceleração do processo*, p. 59).

comum ordinário, de que o prazo razoável de duração do processo seria de 131 dias.¹³²

A *American Bar Association* divulgou, já há alguns anos, dados concretos para apuração da duração razoável do processo na Justiça norte-americana. Especificamente em relação às causas cíveis, os dados divulgados podem ser assim sistematizados:

- a.1) *casos cíveis em geral*: 90% destes devem ser iniciados, processados e concluídos dentro de 12 meses; sendo que os 10% restantes, em decorrência de circunstâncias excepcionais, dentro de 24 meses;
- a.2) *casos cíveis sumários*: processados perante os juizados de pequenas causas (*small claims*), devendo ser finalizados em 30 dias;
- a.3) *“relações domésticas”*: 90% destas pendências devem ser iniciadas e julgadas ou encerradas de outro modo no prazo de 30 dias; 98% dentro de 6 meses e 100% em um ano.¹³³

Parece-nos, contudo, que esse último modo de pensar, muito embora esteja calcado em louvabilíssimas intenções, não valora adequadamente aspecto essencial relacionado à garantia da duração razoável do processo: o fato de ela ter sido concebida mediante utilização da técnica do conceito vago, que se expressa, evidentemente, na alusão a critério de razoabilidade.

O que distingue os conceitos indeterminados ou vagos das normas minuciosas, é que, nestas, inexistente intencionalidade de ‘transferir’ parcela de avaliação ao aplicador da lei, ainda que isto ocorra, precisamente pela ‘impossibilidade normal’ de se preverem todas as circunstâncias que podem ocorrer concretamente. *O universo real é infinitamente mais rico do que a regra de direito ou mesmo do que o universo normativo. Sequer a este, pois, em princípio, é virtualmente possível açambarcar aquele, ao menos ‘a priori’.* Por esta técnica dos conceitos vagos, há, na própria norma a tendência para que, por intermédio de sua aplicação, se venha a compreender no seu âmbito, todo universo do real *ai posto*; a norma propende a isso.¹³⁴

Vislumbra-se, portanto, por trás da técnica de utilização dos conceitos vagos (utilizada em vários ramos do Direito), a tentativa de garantir às normas (princípios e regras) um tal grau de flexibilidade que lhe permita não apenas tutelar um número maior de situações, mas, também, fazê-lo de acordo com as

¹³² MENDES SPALDING, A. Direito à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5.º da CF inserido pela EC n. 45/2004, *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*, p. 38.

¹³³ É o que relata José Rogério Cruz e Tucci, ao analisar, justamente, o tema da duração razoável do processo (*Tempo e processo*, p. 77).

¹³⁴ ARRUDA ALVIM, J. M. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 14. Texto grifado no original.

particularidades de cada uma delas, o que, potencialmente, tende a aumentar o grau de eficácia da norma portadora do conceito vago.¹³⁵

“Com frequência, palavras como ‘razoável’, ‘negligente’, ‘injusto’ e ‘significativo’ cumprem precisamente esta função. Cada um desses termos faz com que a aplicação da norma que o contém dependa, até certo ponto, de princípios ou diretrizes que transcendam a norma, e de tal maneira que esta se assemelhe mais a um princípio”.¹³⁶

Teresa Arruda Alvim Wambier pondera ter assumido especial importância, atualmente, a interpretação dos conceitos vagos, pois “o uso destes conceitos consiste numa técnica legislativa marcadamente afeiçoada à realidade em que hoje vivemos, que se caracteriza justamente pela sua instabilidade, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram ‘verdades’ sociais”.¹³⁷

Fácil perceber nesse contexto que, mediante utilização dessa técnica, “outorga-se liberdade, em certa medida, ao aplicador da lei, na concreção desta, ou com intuito de que ele chegue a uma só solução (conceitos vagos); ou com o fito de que ele escolha uma das soluções possíveis, todas estas válidas, desde que justificada (= motivada) a escolhida”.¹³⁸

De tais considerações resulta, salvo melhor entendimento, que a tentativa de atribuir à garantia da duração razoável do processo uma expressão numérica (identificada no caso concreto, repita-se, mediante soma dos prazos previstos em lei para as várias etapas do procedimento analisado) vai de encontro a opção feita pelo legislador de garantir maior flexibilidade ao conceito e, assim, permitir maior eficácia na sua aplicação prática.

¹³⁵ Paulo Dourado de Gusmão, em texto escrito há mais de 50 anos, já advertia da necessidade de ver o direito como instrumento flexível em prol da vida em sociedade: “Ou o direito tem que modificar-se (quer legislativamente, quer por uma interpretação histórica) ou a sua aplicação transformar-se-á num desastre, condenado por toda a consciência nacional. É o direito que deve adaptar-se à sociedade, à vida e não a vida ao direito. E por que? Porque é impossível enquadrar a vida, na sua infinita variabilidade, no esquema de uma norma. O *iure constituto* tem que acompanhar as modificações da vida, do contrário será um sistema retrógrado, inadaptável à vida” (O abuso do direito, *Revista Forense*, p. 369).

¹³⁶ Tradução livre do original: “Con frecuencia, palabras como ‘razonable’, ‘negligente’, ‘injusto’ y ‘significativo’ cumplen precisamente esta función. Cada uno de esos términos hace que la aplicación de la norma que lo contiene dependa, hasta cierto punto, de principios o directrices que trascienden la norma, y de tal manera hace que ésta se asemeje más a un principio” (DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 79).

¹³⁷ *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, p. 145.

¹³⁸ ARRUDA ALVIM, J. M. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*, p. 18.

Além disso, a proposta mencionada não tem também condições de aplicação prática. Não há como se exigir que um processo com rito comum ordinário tenha duração inferior a 6 (seis) meses quando, nas regras que o disciplinam, estão previstos “n” incidentes que podem ensejar sua paralisação por mais ou menos tempo e, assim, comprometer o cumprimento desse prazo. Aliás, é o que reconhece Alessandra Mendes Spalding:

Logicamente que, diante do caso concreto, inúmeras variáveis externas podem contribuir para que tal prazo seja estendido, como a demora na publicação das intimações pela imprensa oficial, a necessidade de produção de prova pericial, oitiva de diversas testemunhas domiciliadas em comarcas distintas daquela onde tramita o feito, a arguição de incidentes processuais com efeito suspensivo, a ocorrência de outras causas suspensivas do processo, a presença de mais de um réu com procuradores distintos, a presença num dos pólos da ação da Fazenda Pública etc.¹³⁹

As circunstâncias apontadas pela autora não são, contudo, excepcionais. Fazem elas parte do cotidiano da maior parte dos processos, ao lado de outras não mencionadas pela autora como, por exemplo, a eventual demora para citação do réu por razão alheia à vontade do autor e à atuação do Poder Judiciário. Não havendo condições de dimensionar previamente a influência que terão esses fatores sobre a duração do processo, parece forçoso reconhecer que é inadequada a utilização de fórmula matemática para identificar qual é o tal prazo razoável...

Isso não significa, contudo, que a garantia da *durata ragionevole del processo* seja inoperante, mas apenas que exige maior cuidado e sensibilidade do operador jurídico para que venha a surtir os efeitos que justificaram sua consagração. Por outras palavras, não temos como precisar minuciosamente quanto tempo o processo deve durar, mas, certamente, a experiência prática inspira a adoção de algumas medidas que, juntas, certamente podem evitar as “dilações indevidas” do processo, para usar aqui a expressão consagrada por José Rogério Cruz e Tucci.

Até então aludimos à existência de um (grave) problema – atraso na prestação jurisdicional – e de suas conseqüências (negativas) para a administração da justiça pelo Estado. Também nos referimos à necessidade de garantir ao processo duração razoável e à dificuldade de precisá-la. Agora, é necessário que passemos para uma terceira etapa de reflexão: o que pode ser feito para o processo

¹³⁹ MENDES SPALDING, A. *Op. cit.*, p. 38.

ter tramitação mais ágil? Não há como se refletir adequadamente sobre as soluções para quaisquer problemas sem conhecer-lhes a(s) causa(s). Guardadas as devidas proporções, proceder desse modo é agir tão irresponsavelmente quanto o médico que receita remédios sem fazer diagnóstico do paciente. Ingressamos, aqui, indiscutivelmente em questão muito delicada.

O que causa a lentidão na tramitação do processo?

Faltam-nos infelizmente números para responder a essa indagação com a precisão que o método científico recomenda. Sim. Muito do que foi dito até hoje sobre o atraso na prestação jurisdicional reflete visão incompleta e, talvez, inidônea da realidade, porque baseada eminentemente em elementos extraídos da experiência individual de cada operador jurídico em vez de dados estatísticos colhidos adequadamente.

Poucos são os que entre nós se interessam pelo assunto. As estatísticas judiciárias ou inexistem, ou não recebem a necessária divulgação, ou não se mostram confiáveis. Quem deseje obter dados sobre duração de processos e de recursos tem de contentar-se, ainda, com os ministrados por fontes nem sempre merecedoras de crédito. Os resultados de qualquer pesquisa, nesse terreno, costumam ser fragmentários, quando não incoerentes, e, portanto, de escassa valia para fundamentar conclusões que aspirem à seriedade científica.¹⁴⁰

Em que pese o aspecto mencionado, do qual se ressentia a doutrina processualista de um modo geral, foram, com o tempo, agrupados em categorias os fatores considerados mais expressivos para o problema ora examinado. Com efeito, José Rogério Cruz e Tucci alude a três categorias: fatores institucionais; fatores de ordem técnica e subjetiva; e, fatores derivados da insuficiência material.¹⁴¹

Entre os primeiros, estariam questões como o desprestígio do Poder Judiciário em relação aos Poderes Executivo e Legislativo; a utilização corriqueira de legislação “intervencionista e emergencial” que aumenta sobremaneira o número de demandas (entre particulares e Estado e entre os particulares entre si); e a falta de investimento estatal para melhorias na administração da Justiça.¹⁴²

Encaixariam na segunda categoria (fatores de ordem técnica e subjetiva), segundo o autor, problemas como o desprestígio das decisões proferidas em 1.^a instância e da própria noção de oralidade, a inidoneidade do processo de execução

¹⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, J. C. A duração dos processos: alguns dados comparativos, *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, p. 28.

¹⁴¹ *Tempo e processo*, p. 99.

¹⁴² *Ibid.*, p. 100-102.

para cumprimento das sentenças condenatórias, o despreparo técnico dos juízes (em razão de sua própria carga de trabalho, que lhes impede de frequentar cursos de aperfeiçoamento), o não cumprimento, pelos juízes, dos prazos que lhes são determinados pela legislação processual, entre outros.¹⁴³

Como é natural imaginar, entre os fatores resultantes da insuficiência material, estão vários problemas de infra-estrutura do Poder Judiciário, tais como: precariedade de instalações, deficiente informatização, etc.¹⁴⁴

Fernando da Fonseca Gajardoni prefere sistematizar os fatores do atraso nos seguintes termos:

- a) a falta de aparato material-tecnológico do Judiciário, fruto de uma política fiscal governamental de corte de gastos públicos (fator material);
- b) a existência de uma legislação processual parcialmente ultrapassada, em muitos aspectos ainda exageradamente formalista, não alterada para tutelar de forma tempestiva e adequada os novos e os já conhecidos direitos (fator legal); e
- c) uma formação cultural – no mais das vezes puramente contenciosa – dos operadores do direito, que têm grande aptidão para as lides forenses e suas trilhas processuais, mas não estão preparados, contudo, para a advocacia preventiva e para as práticas conciliatórias (fator cultural).¹⁴⁵

Indiscutivelmente, o problema analisado está intrinsecamente ligado a multiplicidade de aspectos, entre os quais: a estrutura deficiente do Poder Judiciário (o número de juízes e auxiliares da justiça é muito inferior àquele necessário para enfrentar a avalanche de demandas propostas diariamente, além de ser evidente a falta de preparo técnico, em muitos casos, de uns e outros); o abuso (não adequadamente reprimido, infelizmente, por nossos tribunais) dos inúmeros mecanismos processuais disponibilizados às partes para defenderem seus interesses em juízo; a infinidade de recursos consagrados na legislação processual civil (muitos deles com processamento que somente desprestigia a atuação dos juízes de primeira instância); e a deficiência própria do procedimento ordinário.¹⁴⁶

Sobre esse último aspecto, Luiz Guilherme Marinoni tece crítica contundente:

¹⁴³ *Ibid.*, p. 102-104.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 105-110.

¹⁴⁵ *Técnicas de aceleração processual*, p. 69.

¹⁴⁶ Não por outra razão, em reflexão sobre a crise da justiça civil nos anos 80, SÉRGIO CHIARLONI sugere a realização de mudanças no seguinte sentido: “In primo luogo si tratta di intervenire con l'obiettivo di disincentivare l'interesse alla durata del processo in capo al privato che ha torto (nella massima parte dei casi il convenuto, ma molto spesso, è stato giustamente sottolineato [FABBRINI] anche l'attore che propone un'azione, magari di accertamento negativo, allo scopo di 'impantanare definitivamente gli sviluppi fisiologici della situazione sostanziale'). In secondo luogo, si tratta di intervenire sulle strutture processuali in modo da impedire, nei limiti del possibile, il loro abuso 'mediato e consapevole' a scopi esclusivamente dilatori. In terzo luogo, si tratta di intervenire sul sistema giudiziario nel suo complesso, attraverso modifiche strutturali,

A universalização do procedimento ordinário também é responsável pela lentidão da justiça. A lamentável confusão entre instrumentalidade do processo e neutralidade do processo em relação ao direito material, que conduziu à supressão das tutelas diferenciadas, foi a principal responsável pelo aparecimento do procedimento ordinário como procedimento-padrão, que deveria ser capaz de atender às mais diversificadas situações de direito substancial. Um procedimento que desconsidera o que se passa nos planos do direito material e da realidade social, obviamente, não poderia propiciar uma tutela jurisdicional efetiva, pois a efetividade da tutela jurisdicional depende da predisposição de procedimentos adequados à tutela dos direitos e somente é possível a construção de tutelas jurisdicionais adequadas olhando-se de fora para dentro, ou seja, a partir do plano do direito material. A neutralidade do procedimento ordinário não permitiu ao processualista, por muito tempo, sequer perceber que o ônus do processo não pode ser jogado nas costas do autor, como se este fosse o culpado pela má estrutura do Poder Judiciário e pela falta de efetividade do procedimento comum.¹⁴⁷

Com a previsão de antecipação da tutela (inclusive nas hipóteses de abuso de direito de defesa), a previsão de recursos sem efeito suspensivo, as mudanças das regras que disciplinam a execução provisória, a recentíssima reforma na execução da sentença condenatória¹⁴⁸ – e outras alterações relevantes, pretende-se, como parece óbvio, abreviar o tempo do processo ou, no mínimo, evitar que a morosidade causasse danos graves ou irreparáveis para a parte que tem razão.

Parece, contudo, que as várias frentes do problema da duração do processo demandam mudanças que envolvem não apenas a reformulação de vários institutos processuais, como também a reestruturação dos órgãos e carreiras do Poder Judiciário.¹⁴⁹ “Nenhuma reforma que tenha por objetivo acelerar o processo, por melhor que seja, surtirá todos os efeitos desejados se não contar com a cooperação inteligente e com o espírito participativo daqueles que operam o direito”¹⁵⁰.

organizzative e di partecipazione che introducano al suo interno nuovi livelli di efficienza e di produttività" (*La giustizia civile degli anni 80: le riforme possibili*, p. 223).

¹⁴⁷ *Novas linhas do processo civil*, p. 34-35.

¹⁴⁸ Tratada no PLC 52/2004, recém aprovado pelo Senado e agora aguardando sanção presidencial.

¹⁴⁹ Com base nessa perspectiva, VINCENZO VIGORITI pondera: “Forse però, a parte le prospettive a lungo termine, qualche cosa si potrebbe mutare fin da adesso. Anche con le strutture esistenti, con i giudici e gli avvocati attuali, ai quali comunque occorerà rivolgersi, deve esse possibile migliorare il funzionamento del servizio giustizia, riducendo attese e tempi di decisione. È vero che il problema della durata eccessiva non si risolve semplicemente moltiplicando il personale, migliorando le strutture, aggiustando il rito, ma è vero pure che per questa via qualche risultato è ottenibile. Così, ad esempio, la razionalizzazione del regime della competenza e della giurisdizione (e relativi regolamenti), o l'introduzione di misure atte a disincentivare l'uso del processo a fini dilatori, o ancora l'adozione di meccanismi di filtro dei ricorsi alle giurisdizione superiori (tipo *writ of certiorari*) non sarebbero certo inutili e non sono impossibili” (*Costo e durata del processo*, p. 323).

¹⁵⁰ GAJARDONI, F. da F. *Técnicas de aceleração processual*, p. 91.

Essas considerações parecem suficientes para compreensão do contexto em que se insere atualmente a discussão sobre a tempestividade da tutela jurisdicional (enquanto componente indispensável da noção de processo justo), de modo a permitir analisar, mais adiante, a convivência dessa noção com a de contraditório e ampla defesa.

2.4.2.

Instrumentalismo substancial

A noção de efetividade da tutela jurisdicional não se resume, contudo, à sua tempestividade. Falar em tutela jurisdicional efetiva é também falar em adequação do processo ao direito material discutido em juízo ou, por outras palavras, conceber mecanismos processuais que atendam às peculiaridades do direito material para melhor tutelá-lo. É esse o núcleo central da idéia de instrumentalismo substancial.

Por muito tempo se fez apologia à autonomia do direito processual civil, procurando-se, portanto, desvinculá-lo dos demais ramos do direito. É o que se observou, muito claramente, na segunda fase metodológica do processo civil, descrita por Cândido Dinamarco nos seguintes termos:

Foi nessa segunda fase que os processualistas se aperceberam de que o processo não é um *modo de exercício dos direitos* colocado no mesmo plano que os demais modos indicados pelo direito privado, mas caminho para obter uma especial proteção por obra do juiz – a tutela jurisdicional. O objeto das normas de direito processual não são os bens da vida (...) mas os próprios fenômenos que na vida do processo têm ocorrência, a saber: a *jurisdição*, a *ação*, a *defesa* e o *processo*...¹⁵¹

Enquanto que, na primeira fase metodológica, acontecia exatamente o contrário: não se conseguia conceber o direito processual civil como ciência autônoma (com conceitos e método próprio), mas como mero “gancho” do direito material, não por outra razão denominando-se tal fase como “sincretista”.¹⁵²

Fácil perceber, então, a dialeticidade¹⁵³ existente por trás da evolução do direito processual. Passou seu estudo por uma fase sincretista (tese), sucedida por uma fase autonomista (antítese) para chegar a um estágio em que se reconhece sua

¹⁵¹ DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 256.

¹⁵² *Ibid.*, p. 255.

¹⁵³ “Os três momentos da dialética, entendida como procedimento gnoseológico, são, em última análise, a afirmação de uma realidade (tese), a sua negação (antítese), e finalmente a negativa, ou da afirmação, ou da negação” (GRINOVER, A. P. *O processo constitucional em marcha*, p. 8).

autonomia científica, mas também se admite a necessidade de ser ele influenciado pelo direito material, caracterizando, assim, a fase instrumentalista (síntese).

Essa necessidade de aproximação entre direito e processo, que caracteriza a última fase mencionada, é muito bem explicada por José Roberto dos Santos Bedaque:

Talvez a noção mais importante do direito processual moderno seja a de instrumentalidade, no sentido de que o processo constitui instrumento para a tutela do direito substancial. Está a serviço deste, para garantir sua efetividade. A consequência dessa premissa é a necessidade de adequação e adaptação do instrumento ao seu objeto. O processo é um instrumento e, como tal, deve adequar-se ao objeto que opera. Suas regras técnicas devem ser aptas a servir ao fim a que se destinam, motivo pelo qual se pode afirmar ser relativa a autonomia do direito processual.¹⁵⁴

É o que também pondera Ovídio Baptista da Silva, para quem

transcorridos alguns anos, a maior novidade científica, no campo do processo civil, passou a ser, justamente, a busca de formas especiais de tutela jurisdicional indicadas pelos processualistas como espécies de ‘tutela diferenciada’ que outra coisa não é senão a redescoberta tardia de que a todo o direito corresponde, ou deve corresponder, uma *ação* (adequada) que efetivamente o ‘assegure’, proclamando-se, mais uma vez, a função eminentemente ‘instrumental’ do processo.¹⁵⁵

Pois, dessa aproximação, resultaram muitas opções legislativas de indiscutível importância para aperfeiçoamento da nossa tutela jurisdicional.

Por trás da criação dos procedimentos especiais, no Código de Processo Civil e na legislação extravagante, está indiscutivelmente essa noção de instrumentalidade substancial, essa percepção de que a adequada tutela passa por respeitar certas peculiaridades do direito material.¹⁵⁶ Essa constatação vale igualmente para a diversificação procedimental ora existente para tutela dos direitos coletivos (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos¹⁵⁷). O particular avanço¹⁵⁸ observado no processo coletivo brasileiro, nas últimas duas décadas, reflete a toda evidência essa preocupação de aproximação entre os mecanismos de tutela e os direitos/interesses tuteláveis.

¹⁵⁴ *Direito e processo*, p. 20.

¹⁵⁵ *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, p. 116-7.

¹⁵⁶ “... a especialidade não resulta do encurtamento de seu rito, mas das próprias características do litígio submetido à apreciação jurisdicional e das exigências das pretensões nele contidas, pois o conflito de interesse a ser dirimido apresenta particularidades que escapam ao alcance de um tratamento processual comum. E os procedimentos especiais ajustam-se às peculiaridades das exigências das relações neles deduzidas, tornando mais aparente a relação existente entre o direito e o processo” (MARCATO, A. C. *Procedimentos especiais*, p. 74-75).

¹⁵⁷ Cfe. art. 81 do CDC.

Essa influência também se faz notar, indiscutivelmente, no aprimoramento da tutela inibitória de direitos individuais e coletivos. Nesse sentido, pondera Luiz Guilherme Marinoni que “o direito de acesso aos meios técnicos adequados à tutela inibitória é o direito de ação que garante a técnica processual capaz de prestá-la. Diante da proibição da autotutela, pouco vale a norma que confere direito à tutela, já que esta somente pode ser obtida por meio do processo. É por isto que se entende que o direito de ação é o direito à preordenação das técnicas adequadas à tutela dos direitos”.¹⁵⁹

Os aspectos mencionados mostram que o princípio da efetividade da tutela jurisdicional se desdobra, atualmente, duas dimensões: na primeira, é efetiva a tutela jurisdicional prestada em tempo razoável; na segunda, é efetiva a tutela jurisdicional prestada mediante adequação dos mecanismos processuais ao direito material. Muito embora, para a análise que pretendemos realizar no presente trabalho, essa segunda dimensão assumira importância secundária em relação à primeira, parecia-nos impossível tratar da efetividade da tutela jurisdicional sem, ao menos, acenar às questões tratadas nesse item específico.

2.5.

Contraditório

O princípio mencionado constitui, como já dissemos, desdobramento da cláusula do devido processo legal. Por outras palavras, falar em processo justo é falar em processo em qual é observado tal princípio. Cumpre, então, compreender-lhe o significado.

Não há como entender, contudo, o sentido atual do contraditório (e, aliás, da própria noção de devido processo legal), sem atentar para aspectos relacionados à história da civilização ocidental no século XX. A alusão aqui é às grandes guerras mundiais (em especial a segunda), durante as quais inúmeros foram os danos materiais e morais causados aos países que delas participaram direta ou indiretamente.

¹⁵⁸ Avanço esse, é importante observar, que pôs a legislação brasileira em destaque perante a comunidade jurídica mundial no tocante a esse tema específico, como também se observou em relação ao direito do consumidor.

¹⁵⁹ MARINONI, L. G. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, p. 91.

Em tais países, a maior parte localizada no continente europeu, a população teve a infeliz oportunidade de assistir, no período das guerras, fatos lamentáveis como instituição de tribunais de exceção, que tolhia dos acusados a possibilidade de fazer valer a defesa das próprias razões em juízo, a exemplo do que já tinha se passado no período do absolutismo, onde a regra era o processo inquisitório. Contra os graves problemas do período absolutista, surgiram os ideais iluministas defendidos durante a Revolução Francesa e inspiradores de vários ordenamentos constitucionais no mundo moderno. E, em resposta aos abusos cometidos na última guerra mundial, nasceu o constitucionalismo moderno, cuja principal característica é a exaltação de garantias como o contraditório, a igualdade substancial, o juiz natural, enfim, todas aquelas que hoje se entende gravitarem em torno da noção de devido processo legal.

O segundo pós-guerra marcou o renascimento do princípio do contraditório. O Estado de Direito que se reconstruiu após os nefastos regimes autoritários redefiniu as suas relações com os cidadãos, firmando o primado da dignidade humana e a eficácia concreta dos direitos fundamentais, assegurada pelo amplo acesso à sua tutela através da Justiça. Readquiriram relevância o método dialético de solução de conflitos e a paridade de tratamento dos litigantes, componentes essenciais do princípio do contraditório, como fatores indispensáveis à concretização no processo judicial dos valores humanitários nacional e internacionalmente reconhecidos como inerentes ao estágio de civilização atingido pela sociedade humana.¹⁶⁰

Claro, então, o contexto histórico em que surgiu a noção do contraditório tal como hoje é entendida, isto é, como o princípio que assegura a participação das partes no processo, constituindo ele, por esse viés, “a suprema razão política pela qual todos os sujeitos processuais são, em certas situações, autorizados a realizar determinados atos (situações jurídicas ativas) e, em outras, induzidos pela ordem jurídica a realizá-los (situações jurídicas passivas)”.¹⁶¹

A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente.¹⁶²

Enxergar os sujeitos processuais como colaboradores do exercício da jurisdição, mediante concretização do contraditório, é ver nesse princípio dimensão maior do aquela que sempre lhe foi atribuída. Se antes o contraditório se

¹⁶⁰ GRECO, L. O princípio do contraditório, *Revista Dialética de Direito Processual*, p. 72.

¹⁶¹ DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 28.

¹⁶² GRINOVER, A. P. *O processo constitucional em marcha*, p. 8.

traduzia apenas em garantia individual instituída em prol das partes, hoje fica muito nítido que a observância desse princípio atende a interesse público – a justa e adequada prestação jurisdicional, de que depende a colaboração das partes. “Todos os sujeitos processuais devem ser co-responsáveis pela condução do processo e pela manutenção da higidez da relação processual. (...) a lide terá solução mais justa e o direito objetivo será tão mais resguardado quanto maior for a participação dos atores do processo”.¹⁶³

Entre nós, o dever de colaboração encontra previsão expressa no art. 339 do CPC, que estabelece: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Para Carlos Aurélio Mota de Souza, “o dever ético-moral aí expresso não só exige a colaboração ativa de carrear aos autos as provas da verdade, como impede a omissão de ato ou fato que possa obstar o alcance dessa verdade”.¹⁶⁴

É essa necessidade que justifica a produção das provas necessárias à demonstração de fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito alegado, a manifestação sobre as provas produzidas pela contraparte, a participação em audiências, a impugnação (por meio de recursos) das decisões desfavoráveis, etc. “Essa é a dinâmica do *pedir-alegar-provar*, em que se resolve o contraditório posto à disposição das partes”.¹⁶⁵ Todas essas possibilidades mostram que o contraditório está intimamente relacionado com o princípio da dialeticidade do processo, assim explicado por Eduardo Cambi:

Pelo princípio da dialeticidade do processo, para todo movimento realizado por uma das partes deve-se abrir a possibilidade para que a parte contrária possa realizar outro movimento, com a finalidade de contrastar e de minimizar os efeitos do ato que o precede e que o contém em potência. Trata-se de conferir *oportunidades razoáveis* para que cada uma das partes realize, dentre os vários atos juridicamente admissíveis, aquele que considere o mais apropriado para neutralizar o movimento contrário, tirando o melhor proveito possível.¹⁶⁶

Essa visão do contraditório, além de evidenciar o caráter democrático do processo,¹⁶⁷ também põe em relevo a influência do princípio constitucional da igualdade. Afinal, é o contraditório que viabiliza adequada resposta ao exercício

¹⁶³ CABRAL, A. do P. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva, *Revista de Processo*, p. 59.

¹⁶⁴ Poderes éticos do juiz (a igualdade das partes no processo e a repressão ao abuso processual”, *Revista Forense*, p. 161.

¹⁶⁵ DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 217.

¹⁶⁶ CAMBI, E. *Direito constitucional à prova no processo civil*, p. 127.

¹⁶⁷ A que aludimos no item 2.1, *supra*.

do direito de ação (exercido, inicialmente, mediante propositura da demanda), resposta essa aqui representada, a toda evidência, pela defesa¹⁶⁸ apresentada pelo réu. É dizer: o contraditório faz com que ação e defesa se tornem lados diferentes de uma mesma moeda (o direito de participação isonômica do processo).¹⁶⁹ Essa dimensão é tratada, com muita precisão, por Paulo Henrique dos Santos Lucon:

É importante afastar a ultrapassada concepção do processo civil do autor, hoje com nova roupagem, (...) ou seja, o direito de ação é igual ao direito de defesa, diferindo apenas na faculdade de o demandante ter iniciado o processo. A circunstância, ocasional e exterior, de um dos sujeitos do processo ter promovido sua demanda antes do demandado não parece por si só suficiente a justificar a atribuição a um dos litigantes de *armas* diversas daquelas conferidas a outro. Ou seja, a *paridade de armas* entre os sujeitos parciais do processo deve ser uma realidade e realiza-se com a outorga, pelo julgador, a partir da observância dos poderes e dos limites que o ordenamento lhe confere e impõe, de meios processuais idênticos às partes para fazerem valer suas próprias razões. O contraditório está precisamente no direito de participação no processo, mediante a utilização de todas as armas legítimas e disponíveis destinadas a convencer o julgador a outorgar um julgamento favorável a quem tem um direito.¹⁷⁰

Essa participação das partes somente se viabiliza, é certo, por meio dos atos processuais de citação e intimação, que fazem perceber ser dimensão indispensável do contraditório a informação, a comunicação processual. Daí porque Cândido Dinamarco afirma que “ela é essencial à efetividade do princípio do contraditório, figurando como instrumentação técnico-processual da *ciência* dos atos do processo, que é inerente a este; contraditório é participação e, sem o conhecimento dos atos do adversário ou dos pronunciamentos do juiz, a parte não saberia quando *reagir* a eles (...)”.¹⁷¹

Alude o autor, no trecho citado, a binômio usualmente utilizado pela doutrina para explicar o contraditório - *ciência-reação* – que traduz “de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis”.¹⁷²

Modernamente, operou-se outra transformação significativa no sentido do contraditório. Isso porque

¹⁶⁸ Exercida, num primeiro momento, através de uma das modalidades de resposta autorizadas na legislação processual civil.

¹⁶⁹ Ada Pellegrini Grinover fala, a respeito da ação e da defesa, como “face e verso da mesma medalha” (*O processo constitucional em marcha*, p. 10).

¹⁷⁰ LUCON, P. H. dos S. Garantia do tratamento paritário das partes, *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 102-103.

¹⁷¹ DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 508.

¹⁷² NERY JUNIOR, N. *Princípios do processo civil na constituição federal*, p. 136.

o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Por isso, para que seja atendido esse mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas etc.).¹⁷³

Resulta bem clara a necessidade de que o contraditório também tenha por destinatário o juiz, a quem cabe, portanto, estabelecer diálogo¹⁷⁴ prévio com as partes litigantes, para formação de seu convencimento a respeito da demanda.

Atualmente ganha vigor a tese de que é dever do magistrado a condução do processo para um palco de discussão e interação constantes. O contraditório é elemento que fornece ao processo este aspecto discursivo, por força de um mandado constitucional do diálogo judicial (*Verfassungsgebot zum Rechtsgespräch*) entre partes e órgão julgador para a formação do juízo do magistrado.¹⁷⁵

Desse modo, é certo, o juiz faz prevalecer a noção de isonomia processual.¹⁷⁶

Manoel de Souza Mendes Jr., analisando questão interessante e polêmica (a necessidade de formulação de pedido certo nas demandas de indenização por dano moral), teve a oportunidade de refletir a respeito do juiz como destinatário do contraditório, chegando à conclusão de que

Visto sob essa perspectiva, o princípio do contraditório se manifesta como um **princípio de não-surpresa**, que proíbe a decisão fundada em elemento (argumento, de fato ou de direito, ou prova) que não tenha sido previamente submetido ao debate das partes. (...)

No Brasil, contudo, diversamente do que ocorre na França e em Portugal, o princípio da não-surpresa não recebeu consagração, constitucional ou legislativa, expressa. De qualquer modo, ele pode — e deve — ser extraído do art. 5º, inc. LV da Constituição Federal brasileira.¹⁷⁷

¹⁷³ ALVARO DE OLIVEIRA, C. A. Garantia do contraditório, *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 144.

¹⁷⁴ Que caracteriza, no dizer de Leonardo Greco, o *contraditório participativo*, “que não só alarga todas as faculdades de as partes atuarem no processo em favor dos seus interesses mas que impõe ao juiz o dever de abandonar a postura burocrática e meramente receptícia, para ativamente envolver as partes num diálogo construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir e as partes não se limitem a falar sem saber se estão sendo ouvidas, mas em que uns e outros, em comunicação de dupla via, construam juntos a solução da causa” (O princípio do contraditório, *Revista Dialética de Direito Processual*, p. 73).

¹⁷⁵ CABRAL, A. do P.. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva, *Revista de Processo*, p. 64.

¹⁷⁶ LUCON, P. H. dos S. Garantia do tratamento paritário das partes, *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 108.

¹⁷⁷ *O pedido de reparação de dano extrapatrimonial*, no prelo. Grifo no original.

Essa necessidade de que seja efetivo e prévio (em relação à decisão que será proferida) o diálogo entre órgão julgador e partes tem surtido, sobre outros princípios e regras processuais, conseqüências importantes. Uma delas está na interpretação do brocardo *iura novit curia*, que, tradicionalmente, possibilitava às partes apenas o relato dos fatos, cujo enquadramento jurídico poderia ser feito pelo juiz. Pelo princípio da não-surpresa, a qualificação jurídica dos fatos pelo juiz deve ser precedida de prévio debate ou, por outras palavras, deve-se estender o contraditório “às questões de direito, sobretudo àquelas releváveis de ofício pelo juiz, o que implicaria a necessidade de o magistrado, antes de decidir uma questão jurídica de ofício, na medida do possível, dar oportunidade para que as partes se manifestem”.¹⁷⁸

Outra conseqüência do princípio da não surpresa se faz sentir em relação ao tema da inversão do ônus da prova, regra especial prevista no art. 6.º, inciso VIII, do CDC, para tutela do consumidor em juízo. Concebendo o contraditório como garantia que assegura às partes a efetiva possibilidade de influenciarem a formação do convencimento do juiz, impondo a este, portanto, o dever de promover o debate sobre as questões que serão apreciadas na sentença, tem a doutrina se negado a ver, na inversão do ônus da prova, apenas regra de julgamento (somente aplicável, então, no momento em que o juiz decidirá a lide).

O enfoque do ônus da prova a partir do princípio constitucional do contraditório permite perceber que as regras que o distribuem entre as partes não são apenas regras de julgamento, mas também regras de instrução, regras que orientam a conduta das partes durante a instrução probatória. Em outras palavras, as regras de distribuição do ônus da prova informam às partes *quem* tem o encargo de realizar a prova das questões de fato fixadas pelo juiz na audiência preliminar.¹⁷⁹

Por fim, cumpre salientar que o contraditório deve ser observado em todas as espécies de processo contemplados na legislação processual civil, ou seja, incide ele sobre o processo de conhecimento, o processo cautelar e o processo de execução,¹⁸⁰ muito embora, de acordo com a natureza dos atos praticados pelos sujeitos processuais, admita-se manifestação mais ou menos intensa do princípio do contraditório em cada um desses processos.¹⁸¹

¹⁷⁸ CAMBI, E. *Direito constitucional à prova no processo civil*, p. 145.

¹⁷⁹ MENDES JR., M. de S. O momento para inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Processo*, p. 89.

¹⁸⁰ NERY JR., N. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 142.

¹⁸¹ É comum afirmar-se que, no processo de execução, haveria mitigação do princípio do contraditório. Cândido Dinamarco, contudo, explica que, também nessa espécie de processo faz-se

Diante de todos os aspectos mencionados, parece-nos que o sentido do contraditório está bem sintetizado pelas palavras de Leonardo Greco:

Em síntese, o contraditório do nosso tempo nada mais é do que a projeção no processo do primado da dignidade humana. Esse primado da dignidade humana impõe que o poder de influir nas decisões judiciais seja assegurado de fato, na prática, em concreto, e não apenas formalmente, a todos os interessados. Ora, não existe forma mais eficaz para isso, do que através da instauração de um diálogo humano entre o juiz e os outros sujeitos principais do processo, autor, réu e eventuais terceiros intervenientes. O diálogo é o intercâmbio de idéias entre duas ou mais pessoas humanas a respeito de qualquer questão ou problema. No diálogo todos os interlocutores falam, ouvem, dizendo o que pensam e reagindo às opiniões dos outros, de tal modo que ao seu término cada um deles influenciou nas idéias do outro e por elas foi também influenciado. A transformação do processo em instância de diálogo certamente exige um novo juiz, capaz não apenas de ouvir mas também de escutar e de falar. Nesse aspecto, ação e defesa têm o mesmo conteúdo, como instrumentos de participação.¹⁸²

2.5.1.

E a ampla defesa?

Até então, tratamos do sentido atualmente atribuído ao contraditório, sem nada dizermos a respeito da ampla defesa, a que também alude a regra do art. 5.º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, segundo a qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Inevitável, então, concluir que ainda há três aspectos importantes a serem investigados: 1.º) se existe, efetivamente, diferença entre contraditório e ampla defesa ou, por outras palavras, se são formas diferentes que se podem utilizar para referência à mesma garantia processual; 2.º) supondo que se tratem de garantias com sentido e alcance diversos, qual é a relação existente entre ambos; e, 3.º) quais são os critérios que podem ser utilizados para diferenciá-los.

presente o trinômio *pedir-alegar-provar*, ponderando a respeito o seguinte: “A vigente Constituição Federal não permite duvidar da inclusão do processo executivo na garantia do contraditório (art. 5.º, inc. LV) e isso é democraticamente correto porque não só o processo de conhecimento produz resultados capazes de atingir o patrimônio das pessoas: o de execução o atinge sempre, sendo que a execução por dinheiro produz o gravíssimo resultado consistente na expropriação do bem penhorado. Sendo a participação indispensável fator legitimante da imposição dos resultados do exercício do poder (...), seria ilegítimo privar o executado de participar do processo executivo – simplesmente sujeitando-se aos atos do juiz e suportando inerte o exercício do poder sobre os bens de sua propriedade ou posse. Além disso, mandando a lei que a execução se faça pelo *modo menos gravoso possível* (CPC, art. 620), não haveria como dar efetividade a essa regra medular da execução forçada se não fosse mediante a dialética do contraditório” (*Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 219).

¹⁸² GRECO, L. *Op. cit.*, p. 78.

Interpretação literal do referido dispositivo constitucional poderia oferecer solução simplista¹⁸³ para a primeira questão suscitada (efetiva existência de diferença entre contraditório e ampla defesa). De fato, a alusão, na mesma norma, à ampla defesa e ao contraditório poderia indicar que “de um lado, que o legislador constituinte os concebe como princípios distintos, de outro, que guardam entre si uma relação umbilical de interdependência que torna impossível, na dialética processual conceber um sem o outro”.¹⁸⁴

A análise, contudo, de várias obras em que há o propósito de explicitar o sentido de cada um dos princípios – contraditório e ampla defesa – revela não serem claros os critérios usados para distingui-los. Há, também, alguns autores que aludem a um e outro como sinônimos. E outros, ainda, sequer se referem à ampla defesa como princípio autônomo decorrente do art. 5.º, inciso LV, da Constituição Federal.

Com efeito, Nelson Nery Jr., em seu *Princípios...*, por exemplo, analisa o teor desse dispositivo constitucional em capítulo intitulado “Princípio do Contraditório”, havendo remissão à ampla defesa como princípio autônomo em uma única passagem **relativa ao processo penal**, em que assim se manifesta o autor: “Assim, se houver defesa desidiosa, incorreta, insuficiente tecnicamente, por parte do advogado do réu no processo penal, o feito deve ser anulado e nomeado outro defensor, tudo em nome do princípio do contraditório conjugado ao da ampla defesa, ambos garantidos pela Constituição”.¹⁸⁵ Já em outro trecho, no mesmo capítulo, tecendo crítica a prática comum no processo administrativo, afirma:

Este procedimento contraria frontalmente o princípio constitucional do contraditório e ampla defesa. O magistrado ou promotor de justiça acusado tem o direito inalienável de tomar parte da sessão de julgamento do recurso perante os órgãos superiores do Poder Judiciário e do Ministério Público, podendo, inclusive, fazer-se representar por advogado que terá o direito de sustentar oralmente as razões do inconformismo. **Só assim terá sido garantida a ampla defesa de que trata a CF.**¹⁸⁶

Os trechos *supra* mostram que o autor citado refere-se ao contraditório e à ampla defesa ora como princípios autônomos, ora como facetas de um mesmo

¹⁸³ E nesse momento inicial, frise-se, não estamos negando ou reconhecendo que essa solução nos parece correta.

¹⁸⁴ SANTOS FILHO, O. V. *A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo*, p. 135.

¹⁸⁵ NERY JUNIOR, N. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 137-138.

princípio (consagrado no inciso LV), sem, contudo, indicar qual seria o sentido da ampla defesa, como faz em relação ao contraditório.¹⁸⁷

Cândido Dinamarco, analisando a referida norma constitucional, afirma dela extrair-se a garantia do contraditório que, em relação às partes, se traduz na dinâmica (já mencionada anteriormente) do *pedir-alegar-provar*.¹⁸⁸ E mais: pondera o autor que “essa participação torna-se criticamente necessária para a defesa dos direitos em juízo quando surge algum ato contrário ao interesse do sujeito”.¹⁸⁹ Nessa parte da obra, em que o autor, com a propriedade que lhe é peculiar, trata do tema dos princípios constitucionais do processo, não há alusão à ampla defesa como princípio autônomo consagrado na norma constitucional *sub examinen*.

Tratamento diferente é dado à questão por Ruy Portanova:

O princípio da ampla defesa é uma conseqüência do contraditório, mas tem características próprias. Além do direito de tomar conhecimento de todos os termos do processo (princípio do contraditório), a parte também tem o direito de alegar e provar o que alega e – **tal como o direito de ação – tem o direito de não se defender**. Optando pela defesa, o faz com plena liberdade. Ninguém pode obrigar o cidadão a responder às alegações da outra parte, mas também nada e ninguém pode impedi-lo de se defender. Ademais, nada pode limitar o teor das alegações defensivas.¹⁹⁰

O trecho supracitado admite duas considerações relevantes. A primeira delas é que, muito embora o autor afirme existir diferença entre ampla defesa e contraditório, as noções utilizadas para descrevê-la (alegar e provar) fazem parte do núcleo conceitual desse último princípio, que, aparentemente, na visão do autor se traduz essencialmente no direito de *informação*. A segunda é que, apesar de o autor não reconhecer claramente, vê apenas o réu como parte destinatária do princípio da ampla defesa, aspecto esse que está evidenciado no trecho destacado.

Ora, parece não haver dúvida de que o contraditório, no processo civil, é sinônimo de possibilidade de participação, viabilizada, é certo, pela informação adequada (através dos atos de comunicação processual), mas, ainda sim, a

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 139. Grifamos.

¹⁸⁷ Para Nelson Nery Jr., “por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstra a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos” (*op. cit.*, p. 137).

¹⁸⁸ *Instituições de direito processual civil*, p. 217.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 217.

¹⁹⁰ *Princípios do processo civil*, p. 125. Grifamos.

participação (seja através de alegações, seja através de pedidos/requerimentos, seja através de produção probatória) é componente indispensável e indissociável desse princípio. Não vemos como, portanto, restringir-lhe o significado, na forma que nos parece ser feita por Ruy Portanova, transferindo parcela essencial de seu conteúdo para explicar o que é ampla defesa, à guisa de justificar sua existência autônoma como princípio.

Entender de modo contrário, talvez, seja transpor indevidamente o sentido que é usualmente atribuído ao contraditório no processo penal para o processo civil. Joaquim Canuto Mendes de Almeida explica muito claramente esse sentido mais restrito do contraditório no processo penal, afirmando que ele “se manifesta na ação penal pela ciência tempestiva dada ao imputado de todas as cargas judicialmente contra ele acumuláveis. Isso significa que o réu não deve ser processado sem citação e sem termo para contrariedade”.¹⁹¹ Já Flávio Cardinelle Oliveira Garcia, em interessante texto sobre o tema, pondera que “o contraditório, assegurado em sede constitucional no mesmo dispositivo normativo que garante a plenitude de defesa, é tido como um instrumento técnico por meio do qual se torna possível efetivar a ampla defesa no processo penal”,¹⁹² conferindo, portanto, sentido mais amplo para a garantia analisada.

Por outro lado, o posicionamento adotado por Ruy Portanova não leva em conta aspecto relevante: o inciso LV do art. 5.º da Constituição Federal garante a observância do contraditório e da ampla defesa *aos litigantes*, sem fazer distinção entre autor e réu. Portanto, para se afirmar que a ampla defesa é princípio que assegura oportunidade de participação pelo réu, ao longo de todo o “arco” do procedimento, é necessário explicar por que a interpretação do dispositivo constitucional mencionado deve excluir o autor como destinatário desse princípio específico, apesar de o legislador constitucional não ter feito nenhuma ressalva nesse sentido.

Orlando Venâncio dos Santos Filho tem interessante posicionamento a respeito do tema ora tratado. Em primeiro lugar, afirma o autor que o inciso LV do art. 5.º consagra dois princípios distintos – o do contraditório e o da ampla defesa, entendendo, contudo, tratarem-se de institutos conexos. Em segundo lugar,

¹⁹¹ *Princípios fundamentais do processo penal*, 107.

¹⁹² *A defesa como garantia constitucional*, texto acessado em 22.12.2005, disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5034>>.

sustenta o autor que a ampla defesa tem tanto o réu quanto o autor como destinatários,¹⁹³ muito embora, em relação a esse último, o princípio “tem sido visto apenas no seu aspecto formal; ou seja, entende-se que resta atendido se, além da ação, são lhe assegurados o direito à prova, o contraditório, o acesso às vias recursais, por exemplo”.¹⁹⁴

Ada Pellegrini Grinover afirma que certas garantias do *due process of law* legitimam o exercício da jurisdição, aludindo especificamente à igualdade e *par condicio*, à defesa¹⁹⁵ e ao contraditório. Para explicar a relação entre essas duas últimas, expõe a autora que

ação e defesa não se exaurem, evidentemente, no poder de impulso e no uso das exceções, mas se desdobram naquele conjunto de garantias que, no arco de todo o procedimento, asseguram às partes a possibilidade bilateral, efetiva e concreta, de produzirem suas provas, de aduzirem suas razões, de recorrerem das decisões, de agirem, enfim, em juízo, para a tutela de seus direitos e interesses, utilizando toda a ampla gama de poderes e faculdades pelos quais se pode dialeticamente preparar o espírito do juiz. O paralelismo entre ação e defesa é que assegura aos dois sujeitos do contraditório instituído perante o juiz a possibilidade de exercerem todos os atos processuais aptos a fazer valer em juízo seus direitos e interesses e a condicionar o êxito do processo.

Ação e defesa acabam transformando-se em abrangentes garantias do justo processo. E o contraditório, neste enfoque, nada mais é do que uma emanção daquela ação e daquela defesa.

Defesa, pois, que garante o contraditório, e que por ele se manifesta e é garantida: porque a defesa, que o garante, se faz possível graças a um de seus momentos constitutivos – a informação – e vive e se exprime por intermédio de seu segundo momento – a reação.

Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.¹⁹⁶

Com as palavras mencionadas, parece-nos ter a insigne processualista explicado perfeitamente os institutos processuais da ação e da defesa e o modo como se relacionam com o contraditório. Ousamos dizer, contudo, que no referido raciocínio inexistem subsídios suficientes para identificar, com precisão, o sentido da ampla defesa, a menos que, de tal raciocínio, se extraísse a conclusão de que, para a autora citada, a ampla defesa do art. 5.º, inciso LV, tenha apenas o réu como destinatário, confundindo-se, então, com sua atuação em todo o arco do procedimento.

¹⁹³ Assim afirma o autor: “inequívoco portanto que a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, tendo como instrumento o contraditório, é princípio-garantia assegurado a ambas as partes” (*A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo*, p. 136).

¹⁹⁴ *Op. cit.*, p. 137.

¹⁹⁵ Em aparente referência à ampla defesa mencionada no inciso LV do art. 5.º

¹⁹⁶ *O processo constitucional em marcha*, p. 11.

Percebe-se, a partir dos aspectos supracitados, o quanto é árdua, quicá impossível, a tarefa de identificar com precisão o sentido e alcance, no processo civil, do princípio/garantia da ampla defesa previsto na regra constitucional supramencionada. É possível imaginar que a concretização da idéia de ampla defesa traduza a atuação que o réu terá ao longo do processo em contraposição àquela do autor, como decorrência da possibilidade de participação garantida pelo contraditório. Também não é absurdo pensar que a ampla defesa, tendo por destinatários (a partir de interpretação literal da norma constitucional em análise) ambos os litigantes, pode ser concebida como gênero, categoria maior, dentro da qual se inserem a ação e a defesa, institutos processuais que, como já visto, representam a atuação das partes em processo dialético.¹⁹⁷ E, nesse contexto, a ampla defesa poderia ser interpretada como a própria razão de ser do contraditório, que lhe serviria, portanto, de instrumento.

Fato é que a ampla possibilidade de participação assegurada às partes pressupõe:

a) citação, dando ciência ao demandado que há em seu desfavor uma demanda e que deverá defender-se, se quiser, não consistindo violação à *defesa adequada* a concessão de liminar, inclusive em tutela antecipatória, sem ouvi-lo, que apenas a posterga; b) direito à constituição de advogado de livre escolha ou, quando necessitado, advogado patrocinado pelo Estado; c) intimação de todas as decisões e demais atos processuais; d) direito à produção de alegações de fato e de direito, através de defesa processual ou de mérito, limitadas ao âmbito cognitivo da demanda; e) direito à produção de provas úteis e necessárias para o feito, outrossim limitada ao âmbito cognitivo da demanda, bem como direito de manifestar-se sobre as demais provas produzidas por outros sujeitos processuais; f) direito de recorrer das decisões, em decorrência do princípio da ampla recorribilidade, salvo quando a lei dispuser em contrário; g) direito a tratamento isonômico no processo, que não se confunde com tratamento assentado na igualdade formal.¹⁹⁸

Como quer que se cogite o significado da ampla defesa, portanto, é importante perceber que ela, ao lado de outros princípios processuais (isonomia processual, imparcialidade do juiz, etc), constitui exemplificação dos desdobramentos da cláusula do *due process of law*, expressamente consagrada na Constituição Federal de 1988. Ou seja, ainda que o legislador não tivesse aludido à ampla defesa, não ficaria suprimida ou prejudicada, de qualquer modo, a

¹⁹⁷ É precisamente o que afirma Francisco Glauber Pessoa Alves: “A ampla defesa de que se fala não se restringe apenas ao pólo passivo, mas engloba a própria possibilidade de qualquer das partes (autor inclusive) ou outro sujeito processual defender seu direito e a verdade processual (= formal) que melhor lhe aproveinha” (Ampla defesa x desvirtuamentos (litigância de má-fé e seu ônus financeiro, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, p. 201).

possibilidade de as partes intervirem no feito, na defesa dos seus interesses, pois esse é um postulado essencial de justiça. Tudo isso para dizer que, até então, a ausência de critérios precisos para diferenciar o alcance do contraditório e da ampla defesa não impediu o operador jurídico de assegurar aos litigantes ampla participação no processo, com o objetivo de fazer dele um *processo justo*.

¹⁹⁸ SANTOS FILHO, O. V. *A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo*, p. 140.

3.

Participação x efetividade: critérios para conjugação dos princípios processuais constitucionais

Os aspectos tratados no capítulo 2, *supra*, evidenciam algumas noções essenciais que gravitam em torno do conceito de processo justo, em torno do qual deve se organizar, indiscutivelmente, o pensamento científico no direito processual civil.

A experiência prática, contudo – mas, não só ela, já que no plano teórico a questão também é muito suscitada – revela serem muito corriqueiras situações em que os subprincípios decorrentes do *due process* entram em choque. E, sobretudo nas decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, percebe-se a ausência de parâmetros para adequadamente valorar algumas dessas situações, evitando que a supervalorização de um dos valores antes tratados ou, melhor dizendo, a consagração de um desses importantes valores em termos absolutos implique aniquilação do outro. O resultado tem sido, lamentavelmente, negativo, em evidente detrimento do valor Justiça que constitui objetivo maior da prestação jurisdicional.

Exemplo muito claro dessa situação está na hipótese em que, a pretexto de concretizar o princípio da igualdade e a própria noção de democracia no processo, admite-se a participação dos litigantes sem observância às regras processuais de natureza ética, comprometendo a efetividade da tutela jurisdicional. A menção, evidentemente, é ao conflito entre a possibilidade de participação (princípio do contraditório e da ampla defesa) e a necessidade de que o processo produza resultado efetivo (princípio da efetividade da tutela jurisdicional). E percebe-se a inadequação das decisões proferidas para resolução de tais conflitos quando se constata quão rara é a aplicação das sanções processuais criadas para reprimir e prevenir a ofensa às regras de conteúdo eminentemente ético estabelecidas no CPC.

Nessa parte do trabalho, serão analisadas, então, as alternativas que se põem para o operador jurídico, diante do conflito entre princípios, análise essa que será

feita, eminentemente, com recurso a louvabilíssima doutrina constitucional,¹⁹⁹ *locus* em que, modernamente, tem encontrado notável desenvolvimento a teoria dos princípios. Por trás dessa opção metodológica, está a intenção de estabelecer premissas que nos parecem relevantes²⁰⁰ para interpretação da figura do abuso (mais especificamente daquele praticado pelo réu) no processo e para análise da aplicação, pelos tribunais brasileiros, de algumas regras que refletem tutela à ética processual.²⁰¹

3.1.

Princípios e regras: análise comparativa

Atualmente, é teoricamente impossível e despropositada a tentativa de encontrar soluções para situações de conflito entre duas normas, sem conhecer a estrutura de cada uma delas. Ou seja, não há como se afirmar a prevalência de uma norma sobre a outra (ou qualquer outra solução), sem saber as características das normas envolvidas no conflito. Delas é que se extrairão os critérios adequados para resolvê-los, portanto.

Tanto o contraditório quanto a efetividade da tutela jurisdicional estão tutelados, em nosso ordenamento jurídico, através de princípios inseridos no ordenamento constitucional, isto é, trata-se de princípios constitucionais. Assim sendo, falar em conflito entre um e outro é aludir a confronto de princípios que gozam do mesmo *status* de norma constitucional, havendo diferenças profundas de tratamento desse confronto em relação àquele que se estabelece entre as regras, usualmente denominado como antinomia.²⁰²

¹⁹⁹ Mas não apenas ela, já que, entre os processualistas, há tantos que percebem o vínculo estreito entre processo e Constituição, de modo a extrair dele a necessidade de analisar, com mais profundidade, temas que, numa visão tradicionalista (e, talvez, demasiado conservadora) seriam próprios do direito constitucional.

²⁰⁰ E, nos capítulos subseqüentes, essa relevância será adequadamente desvendada.

²⁰¹ Aspectos que serão tratados nos capítulos 5, *infra*.

²⁰² Definida, por Tércio Sampaio Ferraz Jr., como “a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado” (*Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 211). No mesmo sentido, Eros Roberto Grau: “... o conflito entre regras jurídicas resulta em antinomia, entendida esta como situação de incompatibilidade entre ambas (ambas pertencendo ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade), que conduz à necessidade de uma delas ser eliminada do sistema. Antinomia jurídica, pois, é situação que impõe a extirpação, do sistema, de uma das regras” (*A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 105).

No raciocínio supramencionado, propositadamente, foi posta a idéia de que os princípios e regras são espécies do gênero “norma”.²⁰³

Tanto as regras quanto os princípios são normas porque ambos dizem o que dever-ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deonticas básicas do mandamento, a permissão e a proibição. Os princípios, como as regras, são razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de norma.²⁰⁴

Passemos, então, a analisar,²⁰⁵ uma a uma, as várias questões aqui suscitadas: (i) o que são princípios; (ii) o que são regras; (iii) qual o papel de um e de outro no ordenamento jurídico (e, mais precisamente, no sistema constitucional); (iv) de que modo podem ser resolvidos os conflitos “princípio-princípio”, “regra-regra” e “princípio-regra”.

“Princípio” é um termo utilizado não apenas no Direito, mas, também, na linguagem coloquial. Desnecessário pesquisar seu significado em dicionário. A experiência cotidiana revela a utilização desse termo para indicar o início, o começo, usualmente em referência a uma atividade (ou uma série de atividades) que se desenvolve no curso do tempo. Absolutamente corriqueiro, portanto, falar em “princípio” do ano letivo, “princípio” de um relacionamento afetivo, “princípio” de uma obra, etc...

Em vários trabalhos²⁰⁶ que se propõem a estudar o *principio jurídico* (ou seja, acepção não-coloquial do termo), observa-se a alusão ao seu significado na linguagem coloquial, como abordagem teórica inicial. E assim se faz para evidenciar, de pronto, a conotação diversa do termo quando usando na linguagem

²⁰³ Esse é o “esquema” usualmente utilizado pela doutrina para explicar o papel dos princípios no ordenamento jurídico. Teresa Arruda Alvim Wambier, contudo, manifesta-se contrariamente à terminologia utilizada nos seguintes termos: “Concordamos integralmente com estes autores, mas não adotamos a terminologia proposta. Princípios também são regras, ou normas (embora de formulação genérica e quase abstrata), já que, para nós, as duas expressões (normas e regras) são sinônimas” (*Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, p. 59, nota de rodapé n.º 100, *in fine*).

²⁰⁴ Tradução livre da autora: “(...) Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas” (ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 83).

²⁰⁵ Análise essa, é bom observar, que não tem a pretensão de desvendar os caminhos por que andou a teoria geral do direito nas últimas décadas, mas apenas delinear o que preferimos chamar de contexto teórico mínimo para as considerações que pretendemos tecer no item 5, *infra*.

²⁰⁶ Assim: ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. (*Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, p. 57); MEDINA, J. M. G. (*Execução civil: teoria geral : princípios fundamentais*, p. 53); LUCON, P. H. dos S. (Garantia do tratamento paritário das

jurídica. Aliás, mesmo quando utilizado no âmbito de outras ciências, o termo adquire significado diverso, como anota Ruy Samuel Espíndola:

... torna-se necessário sublinhar que o termo *princípio* é utilizado, indistintamente, em vários campos do saber humano. Filosofia, Sociologia, Política, Física, Direito e outros servem-se dessa categoria para estruturarem, muitas vezes, um sistema ou conjunto articulado de conhecimentos a respeito dos objetos cognoscíveis exploráveis na própria esfera de investigação e de especulação a cada uma dessas áreas do saber.²⁰⁷

Assim, seja qual for o contexto em que se analisa o significado dos princípios, é possível afirmar que, sem eles, “um conhecimento é desorganizado e só pode ser empírico porque falta os elos responsáveis pela interligação desses resultados”.²⁰⁸

Na ciência jurídica, a alusão aos princípios imediatamente remete à consagração de valores²⁰⁹ cuja percepção e compreensão é indispensável para adequada interpretação e aplicação das regras de um ordenamento. Tais valores refletem a essência do sistema jurídico,²¹⁰ os pilares essenciais em que ele está assentado,²¹¹ os objetivos pretendidos pelo legislador, enfim, ao dispor sobre cada uma das instituições que interessa ao Direito disciplinar.

partes, *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 92); e, ESPÍNDOLA, R. S. (*Conceito de princípios constitucionais*, p. 52).

²⁰⁷ *Op. cit.*, p. 52.

²⁰⁸ DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 191.

²⁰⁹ Segundo Paulo Bonavides, os princípios, na pirâmide normativa, ocupam posição de supremacia, “supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores...” (*Curso de direito constitucional*, p. 259).

²¹⁰ “Ninguém pode negar o caráter axiológico dos princípios. Desse modo, é correto afirmar que a maneira de interpretá-los evolui de acordo com o tempo; valores atuais eleitos pela nação definirão o que precisamente se tornou importante, isto é, quais são os resultados escolhidos e quem deve ponderar. A partir daí, dá-se um novo enfoque à observância dos princípios ou, por que não dizer, um amálgama às necessidades emergentes das normas jurídicas hierarquicamente superiores consagradoras de tais princípios, mediante a adequação da técnica processual às regras de direito material” (LUCON, P. H. dos S. Garantia do tratamento paritário das partes, *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 94).

²¹¹ É o que, com a precisão habitual, explica Cândido Dinamarco: “Os princípios em que toda ciência se apóia são *dados exteriores a ela própria*, pelos quais ela se liga a uma área de conhecimento mais ampla. São as *premissas* que determinam seu próprio modo-de-ser e dão-lhe individualidade perante outras ciências, constituindo-se em raízes alimentadoras de seus conceitos e de suas propostas. (...) Os conceitos e estruturas de uma ciência maior são elementos de apoio em que se sustenta outra de menor amplitude; a própria ciência mais ampla é sustentada por princípios hauridos em outra ainda mais ampla e assim sucessivamente até chegar-se aos grandes fundamentos filosóficos do conhecimento. Por isso, só se pode obter a racional determinação dos princípios responsáveis por uma ciência a partir de quando se saiba qual lugar esta ocupa entre os outros ramos do conhecimento humano – sem o que não se saberia onde buscá-los legitimamente” (*Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 192).

Fica muito fácil perceber, nesse contexto, que os princípios são normas²¹² com conteúdo marcadamente abstrato, pois se prestam, em sua essência, a enunciar as opções valorativas feitas num determinado sistema jurídico, num determinado momento histórico. Essa visão dos princípios, contudo, é recente e atende a importantíssimos objetivos, de que falaremos mais adiante. Isso significa dizer que o conceito de princípio, no Direito, passou por estágios de evolução diversos para chegar à concepção atual.

A fase jusnaturalista posiciona os princípios jurídicos em esfera abstrata e metafísica. Reconhece-os como inspiradores de um ideal de justiça, cuja eficácia se cinge a uma dimensão ético-valorativa do Direito. Assim, a normatividade dos mesmos, se não fora encarada como nula, ao menos era de duvidosa propriedade praxeológica. (...)

Na segunda fase, a juspositivista, os princípios entram nos Códigos como fonte normativa subsidiária da inteireza dos textos legais. (...) Não são encarados como superiores às leis, mas delas deduzidos, para suprirem os vazios normativos que elas não puderam prever. O valor dos princípios está no fato de derivarem das normatividades dos mesmos, dado o papel meramente subsidiário que essa corrente lhes empresta e o lugar teórico que lhes coloca – são fontes de integração do direito, *quando ocorrerem vazios legais*.

A terceira fase, a do pós-positivismo, se inaugura, nas últimas décadas deste século, com a hegemonia axiológico-normativa dos princípios, que agora positivados nos novos textos constitucionais, assentam os principais padrões pelos quais se investiga a compatibilidade da ordem jurídica aos princípios fundamentais de estalão constitucional; aos princípios que dão fundamento axiológico e normativo ao ordenamento jurídico. Nesta fase, os princípios conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do Direito. Isso se deveu, não só ao valioso trabalho teórico de juristas como Ronald Dworkin, mas também aos trabalhos de publicistas alemães, espanhóis e italianos, destacando-se o nome do alemão Robert Alexy.²¹³

Essa concepção de princípio, observada no último estágio de evolução citado, é absolutamente consentânea com o momento histórico em que foi formulada. Com efeito, o maior grau de abstração dos princípios permite maior flexibilidade, abertura²¹⁴ do sistema jurídico, garantem maior permeabilidade do ordenamento constitucional aos valores sociais,²¹⁵ ao contexto em que as normas

²¹² Lembra Paulo Bonavides que a normatividade dos princípios constitui “qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea” para sua caracterização (*op. cit.*, p. 230).

²¹³ ESPÍNDOLA, R. S. *Op. cit.*, p. 63-64.

²¹⁴ Canaris explica que a abertura do sistema é colocada, pela literatura, a partir de perspectivas diferentes. “Numa delas, a oposição entre sistema aberto e fechado é identificada com a diferença entre uma ordem jurídica construída casuisticamente e apoiada na jurisprudência e uma ordem dominada pela idéia de codificação (...) Na outra, entende-se por abertura a incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema; neste sentido o sistema da nossa ordem jurídica hodierna pode caracterizar-se como aberto” (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 104).

²¹⁵ “... os princípios constitucionais auxiliam a transitar de uma concepção sistêmica hermética (pouco maleável) e formal para uma concepção sistêmica aberta e material (...) influenciando o

serão aplicadas, sobressaindo, nesse plano, o papel importantíssimo do intérprete de cuja sensibilidade depende, a toda evidência, a própria construção da realidade normativa de um país.²¹⁶

Deve-se levar em conta, também, que houve transmigração dos princípios dentro do sistema jurídico, do direito privado em direção ao direito público, especificamente rumo ao direito constitucional, âmbito normativo em que encontraram melhores condições de desenvolvimento teórico.

O ponto central desse movimento de transformação normativa, por que passaram os princípios, reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que ‘saltaram’ dos Códigos para as Constituições, do Direito Privado para o Direito Público. Esse salto alterou as funções dos princípios no Direito Positivo, os quais, antes, nos albores do século XIX, durante as codificações, desempenhavam o papel de fontes de mero teor supletório, como princípios gerais de caráter civilísticos, e, agora, a partir de meados do século XX, atuam como fundamentos de toda a ordem jurídica na qualidade de princípios constitucionais. A constitucionalização dos princípios operou, assim, verdadeira revolução *principial*.²¹⁷⁻²¹⁸

E, por conta disso, é de se reconhecer, com Walter Claudius Rothenburg, que “os princípios constitucionais outros não são que os ‘velhos conhecidos’ princípios gerais de Direito (*de um determinado Direito*, historicamente situado), agora dignamente formulados através das normas supostamente mais altas do ordenamento jurídico”.²¹⁹ Para Paulo Bonavides, os princípios “operam nos textos constitucionais da segunda metade deste século [*em alusão ainda ao século XX*]

sistema com carga valorativa e possibilitando-lhe a comunicação com outros meios” (ROTHENBURG, W. C. *Princípios constitucionais*, p. 52).

²¹⁶ José Miguel García Medina alude a “‘salto de qualidade’ da atividade jurisdicional”, como conseqüência da transição por que passou o Estado – de liberal, para social e chegando ao atual Estado democrático (*Execução civil: teoria geral : princípios fundamentais*, p. 64). Esse ‘salto qualitativo’, no dizer do autor, está relacionado não apenas ao aumento de importância dos princípios no ordenamento jurídico, mas, também, a fenômeno assim explicado: “... constata-se também que a complexidade das relações jurídicas e a rapidez das modificações que tais relações experimentam impõe o surgimento de normas jurídicas *ainda mais gerais*, trazendo em seu bojo noções de conteúdo variável (de conceito vago ou indeterminado), a fim de possibilitar ao órgão jurisdicional aplicar a norma jurídica em atenção às *particularidades de cada caso*, particularidades estas insuscetíveis de serem reguladas pelo legislador” (*Id.*, p. 65)

²¹⁷ ESPÍNDOLA, R. S. *Conceito de princípios constitucionais*, p. 65.

²¹⁸ Esse movimento dos princípios, do direito privado para o direito público, também é muito bem explicado por Teresa Arruda Alvim Wambier, para quem, a primeira fase, em que os princípios tinham feições “privatísticas” e eram vistos como normas programáticas, pode ser assim justificada: “... esta postura corresponde à época em que se via nos princípios algo de ligado ao jusnaturalismo, o que os tornava simultaneamente discutíveis (sob o ponto de vista de seu conteúdo) e inaccessíveis (da ótica de sua plena realização no plano teórico)” (*Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, p. 57).

²¹⁹ *Princípios constitucionais*, p. 15.

uma revolução de juridicidade sem precedente nos anais do constitucionalismo”.²²⁰

Esse fenômeno é visto com bons olhos por Canotilho, para quem a conjugação dos princípios com as regras é ideal para garantir maior eficácia e efetividade ao ordenamento constitucional. Diz o autor que não seria conveniente a existência de um sistema composto unicamente com regras, nem tampouco de um no qual somente houvesse princípios. Um sistema formulado nesses termos “exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – *legalismo* – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas”.²²¹ Numa situação como essa o sistema seria fechado e, portanto, insensível aos reclamos da realidade, com o que tenderia a se tornar inoperante. E, por outro lado, também não há como se conceber um determinado sistema formado unicamente pelos princípios. “A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do ‘possível’ fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica...”²²²

Impõe-se, aqui, por questão até mesmo de coerência de raciocínio, tecer algumas considerações sobre as regras, de modo a poder adequadamente diferenciá-las dos princípios. Robert Alexy, autor a quem se atribui o mérito de sistematizar as diferenças entre as duas espécies normativas ora analisadas – princípios e regras – explica muito claramente a importância dessa sistematização. Para o autor, sem tal diferenciação “não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão e tampouco uma teoria suficiente acerca do papel que desempenham os direitos fundamentais no sistema jurídico”.²²³

Os aspectos antes mencionados permitem, já dissemos, sejam as regras vistas como espécies do gênero “norma”, sendo usual apontar, como primeiro traço distintivo,²²⁴ seu caráter de menor abstração em relação aos princípios.²²⁵

²²⁰ *Curso de direito constitucional*, p. 231-232.

²²¹ *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1146.

²²² *Ibid.*, p. 1146.

²²³ Tradução livre do original: “Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico” (*Teoría de los derechos fundamentales*, p. 81).

²²⁴ Para João Batista Lopes, “a ‘tese débil’ da distinção entre princípios e regras é a generalidade; a ‘tese forte’ apóia-se no caráter qualitativo: os princípios são mandados de otimização, podem ser cumpridos em diversos graus, enquanto as regras ou são cumpridas ou descumpridas” (Efetividade

Dessa característica resulta a própria identificação do objetivo de tal espécie normativa: disciplinar, em termos práticos, os fatos sociais juridicamente relevantes. Daí porque se diz que, enquanto os princípios refletem valores, as regras refletem fatos.²²⁶

Para Walter Claudius Rothenburg, o critério principal para distinção dos princípios dos demais preceitos jurídicos “está em que constituem eles *expressão primeira dos valores fundamentais* expressos pelo ordenamento jurídico, *informando materialmente* as demais normas (fornecendo-lhes inspiração para o recheio)”.²²⁷ Orientação diversa parece inspirar Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem

embora a oposição entre regras e princípios seja cada vez mais tênue, na medida em que toda interpretação de texto, segundo a moderna hermenêutica, exige em maior ou menor medida um ‘fator produtivo’, não se mostra correto afirmar que toda regra jurídica, por sua vez, contém em determinados limites uma norma de princípio, o que de certa forma eliminaria a diferença qualitativa entre ambas as categorias...²²⁸

Qualquer que se seja o posicionamento adotado, é inevitável reconhecer a diferença estrutural entre as duas normas analisadas. Canotilho, dedicando-se à análise dessa questão específica, identificou critérios de distinção que hoje são utilizados, unanimemente, como referencial doutrinário. Diz o eminente constitucionalista que normas e princípios distinguem-se entre si quanto aos seguintes aspectos:

a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.

da Tutela Jurisdicional à Luz da Constitucionalização do Processo Civil, *Revista de Processo*, p.31).

²²⁵ Walter Claudius Rothenburg prefere afirmar que caracteriza os princípios o fato de serem eles dotados de vagueza, “no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico”. Mas, alerta o autor, “não quer isso dizer, todavia, que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos: ao contrário, possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato, assim que os princípios sejam *determináveis em concreto*” (*Princípios constitucionais*, p. 18). Dando continuidade a tal raciocínio, Rothenburg adverte que “generalidade e vagueza não se confundem, quando se considera generalidade apenas em relação ao âmbito de abrangência (quantidade de situações) e não em relação ao conteúdo (tipo de situação). Uma norma pode ser precisa em seu significado mas genérica em seu alcance...” (*op. cit.*, p. 19).

²²⁶ “As regras trazem a descrição de estados-de-coisa formado por um fato ou um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores” (GUERRA FILHO, W. S. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 44).

²²⁷ *Princípios constitucionais*, p. 16.

²²⁸ O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, *Revista de Processo*, p. 14.

b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa.

c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

d) *'Proximidade' da ideia de direito*: os *princípios* são 'standards' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou na 'ideia de direito' (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculadas com um conteúdo meramente funcional.

f) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.²²⁹

Muito embora tenham estrutura diversa, como mostram os aspectos *supra*, os princípios e as regras têm, entre si, traços de ligação importantíssimos. O primeiro desses traços – e, talvez, mais elementar – está na própria identificação dos princípios. Apesar de haver várias normas expressas inseridas no ordenamento constitucional (em regra) com o único objetivo de identificá-los, tantas vezes somente é possível perceber a existência de um princípio mediante análise de uma ou várias regras (criadas para disciplinar especificamente determinadas situações fáticas).²³⁰ Também em decorrência desse traço de ligação, decorre outro: os princípios permitem interpretação mais adequada (porque consentânea com o sistema jurídico como um todo) das regras de um modo geral.²³¹ E, por fim, um terceiro traço de ligação importantíssimo pode ser visto na função integrativa dos princípios, ou seja, na possibilidade de serem eles utilizados para suprir lacunas deixadas pela ausência de regra específica para disciplinar determinada situação.

Diante disso, pode-se deduzir os papéis desempenhados pelos princípios:

“a) condensar valores, b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do

²²⁹ *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1144-1145.

²³⁰ “Parece-nos que princípios jurídicos são regras jurídicas, no sentido *lato*, podendo, ou não, como observamos antes, ser positivadas. Todavia, embora haja princípios que não sejam diretamente mencionados por normas escritas, sua existência há de ser inferida, pelo menos indiretamente. Tome-se como exemplo o princípio da fungibilidade recursal, antes constante expressamente do art. 810 do CPC revogado. Embora não conste mais de norma positiva, a sua subsistência não se põe em dúvida e pode ser inferida, por exemplo, dos arts. 214 a 250 do CPC, vigente...” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, p. 61).

²³¹ “... cada vez que uma regra qualquer é interpretada/aplicada, ela o deve ser em absoluta conformidade com os princípios. Nenhum aspecto da regra deve escapar aos princípios, e ela deve por todos os ângulos basear-se nos princípios” (ROTHENBURG, W. C. *Princípios constitucionais*, p. 30). No mesmo sentido, a conclusão de Eros Roberto Grau: “... a interpretação

intérprete”.²³² Tais papéis sintonizam-se muito harmoniosamente com as características dos princípios, assim sintetizadas por Canaris:

... os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou contradição; eles não têm a pretensão da exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; e eles precisam, para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio.²³³

Delineada, sinteticamente, a estrutura das duas espécies normativas ora analisadas, é necessário retomar²³⁴ aspecto relevantíssimo: o modo como são resolvidos os conflitos entre duas normas (de natureza igual ou diversa).

É importante, aqui, tecer algumas considerações específicas sobre o papel desempenhado por Ronald Dworkin para desenvolvimento da teoria dos princípios. O teórico americano de Harvard assumiu para si o compromisso de combater o positivismo jurídico, a partir de premissas extraídas do pensamento de Hart (autor que, no seu modo de ver, apresentou versão mais completa da filosofia positivista do que Austin). No dizer de Paulo Bonavides, é possível atribuir a Dworkin o papel de capitanear movimento marcado por “golpes profundos e crítica lacerante”, que fizeram ruir o “velho positivismo ortodoxo”.²³⁵

Acontece que, em meio às contundentes críticas tecidas contra o positivismo jurídico, Dworkin expressou idéias interessantes – e pioneiras – a respeito do comportamento das regras e dos princípios, especificamente quanto à forma como incidem em casos concretos e, conseqüentemente, quanto ao modo como se resolvem os conflitos existentes entre eles.

Para o autor referido “As normas são aplicadas de forma excludente. Se os acontecimentos estipulados por uma norma advieram, então ou bem a norma é válida, em cujo caso a resposta que dá deve ser aceita, ou bem não o é, e então não agrega nada à decisão”.²³⁶ Assim, a colisão ou incompatibilidade entre duas regras, identificada habitualmente como *antinomia*, é resolvida, em princípio, a

das regras contempladas na Constituição é determinada pelos princípios” (*A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 86).

²³² BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 328.

²³³ *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 88.

²³⁴ Porque a ele já houve alusão, quando indicados, acima, os critérios de distinção propostos por Canotilho.

²³⁵ *Curso de direito constitucional*, p. 237.

²³⁶ Tradução livre do original: “Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión” (*Los derechos en serio*, p. 75).

partir de critérios definidos no próprio ordenamento jurídico. “Determinado ordenamento jurídico poderá regular tais conflitos através de outras normas, que preferam a regra promulgada pela autoridade de maior nível hierárquico, ou a regra promulgada em data mais recente, ou a mais específica, etc”.²³⁷

Claro, então, que no conflito entre duas regras incompatíveis, apenas uma dela pode prevalecer, em detrimento da outra. Precisamente por conta disso, pondera Robert Alexy, influenciado pelo pensamento de Dworkin, que “as *regras* são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos”.²³⁸

Em relação ao conflito entre princípios, o raciocínio é absolutamente diferente. “Nem ao menos os que mais se assemelham a regras estabelecem conseqüências jurídicas que acontecem automaticamente quando se satisfazem às condições previstas”,²³⁹ ou seja, não vale para eles a idéia do *tudo ou nada*,²⁴⁰ que traduz, vimos, o modo como são aplicadas as regras na visão de Dworkin.

Entende-se que eles têm graus diversos de aplicabilidade e, assim, numa determinada situação, é possível que um princípio tenha sua aplicação restrita em prol de outro. É o que se evidencia no raciocínio de Dworkin: “Os princípios têm uma dimensão que falta às normas [*utilizadas pelo autor, nesse contexto, como sinônimo de regras*]: a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se chocam (...) quem deve resolver o conflito tem que ter em conta o peso relativo de cada um”.²⁴¹

A construção, por um lado, nega a possibilidade de se falar em verdadeira antinomia para aludir à colisão de princípios (motivo pelo qual, aliás, há quem

²³⁷ GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 101. No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso: “Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da *hierarquia* – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior –, o *cronológico* – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior – e o da *especialização* – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral” (*Interpretação e a aplicação da Constituição*, p. 329-330).

²³⁸ Tradução livre do original: “... las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos” (*Teoría de los derechos fundamentales*, p. 87).

²³⁹ Tradução livre do original: “Ni siquiera los que más se asemejan a normas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas” (DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, p. 75).

²⁴⁰ A expressão é usada por Canotilho (*Direito constitucional e teoria da constituição*), em referência ao pensamento de Dworkin quanto à forma de aplicação das regras.

²⁴¹ Tradução livre do original: “Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (...) quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno” (*Los derechos en serio*, p. 77).

diga ser essa uma situação típica de *antinomia imprópria*²⁴²); por outro lado, reconhece que a aplicação com um grau de intensidade maior de um deles não implica prejuízo ao conteúdo do outro.

Robert Alexy, para quem os princípios são “mandamentos de otimização”, explica que o conflito entre princípios e o conflito entre regras possuem um ponto em comum: tanto numa quanto noutra situação, a aplicação independente de duas normas conduz “a resultados incompatíveis, é dizer, a dois juízos de dever-ser jurídico contraditórios”.²⁴³ Para evitá-los, contudo, em cada uma das situações mencionadas, utilizam-se critérios diversos.

Os princípios ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, não contêm mandatos definitivos mas apenas *prima facie*. Do fato de um princípio valer para um caso não se infere que o que princípio exige para esse caso valha como resultado definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser desprezadas por outras razões opostas. O princípio não determina como deve se resolver a relação entre uma razão e sua oposição. Por isso, os princípios carecem de conteúdo de determinação com respeito aos princípios contrapostos e as possibilidades fáticas. Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente o que nelas se ordena, contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode fracassar por impossibilidades jurídicas e fáticas, o que pode conduzir a sua invalidade; mas, se não é esse o caso, vale então o que a regra diz.²⁴⁴

²⁴² É o que explica Tércio Sampaio Ferraz Jr.: “Chama-se de antinomias próprias aquelas que ocorrem por razões formais, sendo impróprias as que se dão em virtude do conteúdo material das normas. Entre estas incluem-se as antinomias de princípios (quando as normas de um ordenamento protegem valores opostos como liberdade e segurança) ... Nestes casos a antinomia é imprópria porque nada impede o sujeito de agir conforme as normas, ainda que em virtude de um juízo particular de valor, ele não concorde com elas. Ou seja, não se cogita, nestes casos, sequer de antinomia aparente, pois nesta o sujeito fica numa situação em que tem de optar e sua opção por uma norma implica a desobediência de outra, devendo recorrer a regras para sair da situação. Nas antinomias impróprias o conflito é mais entre o comando estabelecido e a consciência do aplicador, aproximando-se a noção de antinomia imprópria da noção de lacunas ou *de lege ferenda*” (*Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 212).

²⁴³ Tradução livre do original: “... a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios” (*Teoría de los derechos fundamentales*, p. 87).

²⁴⁴ Tradução livre do original: “Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fáticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fáticas.

Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fáticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fáticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice” (*Teoría de los derechos fundamentales*, p. 99).

A constatação de que os princípios refletem opções valorativas importantíssimas para a convivência em sociedade, composta por grupos com diferentes interesses, necessidades e anseios, ajuda a compreender o raciocínio mencionado. Numa sociedade democrática e plural,²⁴⁵ é claro que os princípios traduzirão valores diversos, que poderão se contrapor em algumas situações. Mas a consecução do bem comum (a que se propõe o Estado de Direito) não permite que, havendo esse conflito, um deles deixe de existir, de surtir os efeitos que justificaram sua adoção (como acontece com as regras). É por isso que se justificam os graus de aplicação diferenciados, de acordo com os interesses em jogo. A alusão à ponderação de interesses já permite antever a importância, quando se está analisando situação de confronto entre princípios, da noção de proporcionalidade, tratada, contudo, no item subsequente.

3.2.

A proporcionalidade como critério para resolução de colisões entre princípios

Essa noção (a que a doutrina, na verdade, alude como *princípio da proporcionalidade*) tem desempenhado papel importantíssimo na resolução dos ditos *hard cases*. “São os chamados *hard cases*, as questões mais tormentosas, aquelas que terminam sendo examinadas no exercício da jurisdição constitucional, as quais não se resolve satisfatoriamente com o emprego apenas de regras jurídicas, mas demandam o recurso aos princípios, para que sejam solucionadas em sintonia com o fundamento constitucional da ordem jurídica”.²⁴⁶

Constitui exemplo interessante a situação retratada por Teresa Arruda Alvim Wambier nos seguintes termos:

(...) é conhecido o caso, ocorrido no final de 1989, de prisioneiros dos Grupos de Resistência Antifascistas Primero de Octubre (Grapo) que corriam risco de vida, por estarem em greve de fome. Levado o problema ao Tribunal, decidiu-se no sentido de que os prisioneiros nessas condições deveriam ser alimentados à força,

²⁴⁵ “Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada direção a seguir. Ocorre que, em ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético” (BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 329).

²⁴⁶ GUERRA FILHO, W. S. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 52.

por sonda. Parte dos juízes, todavia, entendeu que só deveriam ser submetidos a esse procedimento aqueles que já tivessem perdido a consciência.²⁴⁷

No exemplo mencionado, a decisão proferida passou, certamente, pela ponderação de dois bens jurídicos claramente identificáveis – de um lado a vida; do outro, a liberdade. A escolha do Tribunal claramente privilegiou a proteção do primeiro bem, em detrimento do princípio da liberdade, por entender que nessa situação seria mais grave o sacrifício do primeiro.

Alexy alude a outro exemplo interessante de colisão de princípios, em que se discute a admissibilidade quanto à realização de audiência oral em desfavor do acusado que, pelo desgaste envolvido na prática desse ato, arrisca-se a ter problemas cardíacos.²⁴⁸ Nessa situação, pondera o autor:

Se tão somente existisse o princípio da aplicação efetiva do direito penal, a audiência oral seria ordenada ou, ao menos, permitida. Se existisse tão somente o princípio da proteção à vida e da integridade física, estaria proibida a realização da audiência oral. Tomados em si mesmos, os dois princípios conduzem a uma contradição. Mas, isso significa que cada um deles limita a possibilidade jurídica de cumprimento do outro. Esta situação não é solucionada declarando que um de ambos os princípios não é válido e eliminando-o do sistema jurídico. Tampouco é ela solucionada introduzindo uma exceção em um dos princípios de forma tal que em todos os casos futuros este princípio tenha de ser considerado como uma regra satisfeita ou não. A solução da colisão consiste nisso sim em que, tendo em conta as circunstâncias do caso, se estabelece entre os princípios uma *relação de precedência condicionada*. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, se indicam as *condições* sob as quais um princípio precede o outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada diversamente.²⁴⁹

Os inúmeros precedentes julgados nos séculos XIX e XX pela Suprema Corte norte americana, em que privilegiaram a noção de *substantive due process of law*, também são exemplos claríssimos dessa ponderação de valores / pesos dos

²⁴⁷ ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, p. 63.

²⁴⁸ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 90.

²⁴⁹ Tradução livre do original: “Si tan sólo existiera el principio de la aplicación efectiva del derecho penal, la audiencia oral estaría ordenada o, al menos, permitida. Si existiera tan sólo el principio de la protección de la vida y de la integridad física, estaría prohibida la realización de la audiencia oral. Tomados en sí mismos, los dos principios conducen a una contradicción. Pero, esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se la soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro.

princípios discutidos em juízo.²⁵⁰ “Uma vez decidido o caso, podemos dizer que a decisão cria uma norma determinada (...). Mas a norma não existe antes que o caso havia sido decidido; o tribunal cita princípios que justificam a adoção de uma norma nova”.²⁵¹

Evidentíssima a idéia de proporcionalidade por trás da resolução de cada um dos conflitos mencionados, em que foram, a toda evidência, analisados os pesos dos princípios envolvidos a fim de determinar o que Alexy chama de “relação de precedência”. No pensamento de Luís Roberto Barroso, essa noção se traduz em “concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição”.²⁵² Já Walter Claudius Rothenburg alude ao mesmo fenômeno em construção interessante:

É possível falar, assim, da possibilidade de *fragmentação dos princípios*, onde parcelas de um ou diversos podem compor-se com parcelas de outro(s) e formar a norma de solução dos casos concretos. A imagem parcelar é sugestiva, embora traduza, na verdade, o fenômeno da incidência de princípio(s) inteiro(s), mas com força diferenciada conforme a situação: trata-se antes de *modulação* do que, propriamente, de *composição*.²⁵³

A influência e a importância do raciocínio desenvolvido pelos autores citados são hoje pacificamente reconhecidas pela doutrina ao analisar o tema da colisão de princípios. Com efeito, explica Willis Santiago Guerra Filho que a proporcionalidade (ao lado de outros princípios²⁵⁴) é o “princípio dos princípios”,²⁵⁵ através do qual se dá efetividade aos direitos fundamentais, já que

Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente” (*op. cit.*, p. 91-92).

²⁵⁰ Como constou no item 2.3, *supra*.

²⁵¹ Tradução livre do original: “Una vez decidido el caso, podemos decir que el fallo crea una norma determinada (...) Pero la norma no existe antes de que el caso haya sido decidido; el tribunal cita principios que justifican la adopción de una norma nueva” (DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 80).

²⁵² *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 330.

²⁵³ *Princípios constitucionais*, p. 37. Também interessante o modo de pensar de Teresa Arruda Alvim Wambier, para quem a incidência do princípio da proporcionalidade conduz a “uma solução de compromisso, que consiste em se dar mais valor, NAQUELE CASO, à aplicação de certo princípio em detrimento de outro, sem que esse último fique comprometido, e sem que se deva necessariamente repetir a operação no futuro” (*Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, p. 337).

²⁵⁴ Alude também o autor, para explicar “uma hermenêutica constitucional igualmente diferenciada”, aos princípios da unidade da constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade, da força normativa da constituição, da conformidade funcional, da interpretação conforme a constituição e, por fim, ao princípio da concordância prática ou da harmonização (*Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 57-59).

²⁵⁵ Terminologia essa também adotada por Teresa Arruda Alvim Wambier (*Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, p. 337).

sua utilização permite a ponderação de valores indispensável para coexistência dos princípios constitucionais, normas essas em que, no seu modo de ver, estão albergados os referidos direitos.²⁵⁶

Extraem-se, da noção de proporcionalidade, de acordo com entendimento doutrinário unânime, três requisitos ou subprincípios:

(a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera de direitos dos cidadãos.²⁵⁷

Certo é que tais noções foram concebidas para explicar mecanismo de controle da atividade dos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, expressam perfeitamente parâmetros para atuação também do Poder Judiciário,²⁵⁸ muito embora sequer exista previsão expressa,²⁵⁹ na Constituição ou na legislação infraconstitucional, desse “princípio dos princípios”²⁶⁰ e de seus desdobramentos. “A circunstância de não estar ele previsto expressamente na Constituição de nosso País não impede que o reconheçamos em vigor também aqui, invocando o § 2.º do art. 5.º(...)”²⁶¹

²⁵⁶ Compartilha do mesmo entendimento (quanto à localização dos direitos fundamentais) Luiz Guilherme Marinoni, para quem “os direitos fundamentais têm natureza de princípios” (*Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 228).

²⁵⁷ BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 229.

²⁵⁸ Como bem explica Willis Santiago Filho (*Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 66-68).

²⁵⁹ “No Brasil, a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito” (BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*, p. 395).

²⁶⁰ Para Walter Claudius Rothenburg, talvez se devesse pensar a proporcionalidade não como um princípio autônomo, mas como um critério. “Encarada como um princípio, a proporcionalidade estaria sempre em concorrência com qualquer outro, devendo ambos comporem-se para uma adequada solução, numa sorte de composição necessária. Ora, isso na verdade não ocorre. Sob uma perspectiva lógica, é possível a incidência simples de apenas um princípio, no caso de não ter havido desafio de qualquer outro (não há concorrência ou conflito). Ademais, havendo concorrência ou conflito entre, digamos, dois princípios, a proporcionalidade não seria um terceiro que também devesse ser ponderado, mas justamente a própria ponderação, a resolver a concorrência ou o conflito.

Portanto, parece melhor compreender o fenômeno como de ajustamento (adequação) de um ou diversos princípios ao caso, e reconhecer a proporcionalidade, não como princípio, senão como critério, a aferir cada aplicação normativa, determinando o modo de incidência” (*Princípios constitucionais*, p. 42-43).

²⁶¹ GUERRA FILHO, W. S. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 62.

Para Alexy, a idéia de proporcionalidade, com os desdobramentos supra-referidos resulta da própria natureza de princípio de uma regra, ou seja, dela é dedutível.²⁶²

Os princípios são mandamentos de otimização com respeito às possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, é dizer, o mandamento de ponderação, é sucedida pela relativização com respeito às possibilidades jurídicas. Se uma norma de direito fundamental com caráter de princípio entra em colisão com um princípio oposto, então a possibilidade jurídica da realização da norma de direito fundamental depende do princípio oposto. Para chegar a uma decisão, é necessária uma ponderação em direção à lei de colisão.²⁶³

Diz-se que o princípio da proporcionalidade está intrinsecamente ligado ao da igualdade, aqui compreendida em seu sentido material que, sabe-se, traduz-se na máxima de tratamento isonômico dos iguais e tratamento desigual para os desiguais. A relação entre ambos é bem explicada por Luís Roberto Barroso, para quem “o princípio da razoabilidade faz uma imperativa parceria com o princípio da isonomia. À vista da constatação de que legislar, em última análise, consiste em discriminar situações e pessoas por variados critérios, a razoabilidade é o parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da diferenciação é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo”.²⁶⁴

Com base nesse raciocínio, parece possível afirmar que a proporcionalidade viabiliza e legitima o tratamento desigual dispensado às diferentes situações de colisão entre princípios. Isso porque, por trás da ponderação de valores, está no fundo a comparação de uma situação com outras em que o princípio potencialmente seria aplicado, ou seja, a ponderação permite que se verifique quão desiguais são várias situações e, portanto, fique justificada a adoção de soluções diferentes para cada uma delas. Vale dizer, do juízo de proporcionalidade, que implica incidência de um princípio em graus diversos de acordo com a situação analisada, resulta a concretização do princípio da igualdade em seu sentido material na aplicação da norma no caso concreto.

²⁶² *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 111-112.

²⁶³ Tradução livre do original: “Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas e fácticas. La máxima de la *proporcionalidad en sentido estricto*, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades *jurídicas*. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión” (ALEXY, R. *Op. cit.*, p. 112).

²⁶⁴ *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 246.

3.3

A conjugação dos princípios da efetividade da tutela jurisdicional com o contraditório e a ampla defesa.

As situações de tensão entre princípios são consequência natural da escolha de estruturar um sistema jurídico a partir da conjugação de regras e princípios.²⁶⁵ Podem eles ser observados seja no momento de elaboração de outras regras (que têm no ordenamento constitucional seu fundamento de validade), seja na resolução de casos concretos, sobretudo os *hard cases*, a que aludimos no item 3.2, *supra*. E, portanto, a colisão de princípios é ponderada não apenas pelos juízes, no exercício da jurisdição, mas também pelo legislador e pelo administrador público.

No processo civil, naturalmente, observam-se também tais conflitos entre princípios, isto é, não raro colidem, num determinado caso concreto e no esquema hipotético da lei processual, dois valores igualmente protegidos pela ordem jurídica através da cláusula do devido processo legal. Os exemplos são abundantes.

Com efeito, aplicação prática do princípio da proporcionalidade, em matéria processual, é observada na cobrança de alimentos pretéritos em sede de execução. É o que aponta Teresa Arruda Alvim Wambier: “Entende-se que não se deve sobrepor o valor *patrimônio* (do alimentado) à *liberdade* (do alimentante), o que tem gerado a interpretação no sentido de que só se pode cobrar do alimentante os alimentos devidos presentemente e os passados, *sob pena de prisão*, se relativos aos últimos três meses de débito, porque aí estaria em jogo outro valor: a sobrevivência do alimentado”.²⁶⁶

O mais clássico conflito entre princípios (e, portanto, entre valores) no processo ou, talvez, o mais expressivo, provavelmente é aquele verificado no binômio segurança jurídica / efetividade. Entende-se que o processo deve ter tramitação que assegure, sem dilações indevidas, o resultado prático pretendido pelo autor, mas dela não pode resultar ameaça à prolação de decisões calcadas no máximo de certeza possível (mediante, portanto, em regra, cognição ampla e

²⁶⁵ Opção essa que, vimos acima (item 3.1, *supra*), tem sido invariavelmente feita no quadro do constitucionalismo moderno.

exauriente, por trás da qual está a ampla possibilidade de participação das partes).²⁶⁷

Então, nesse conflito, impõe-se ao legislador ordinário que estabeleça regras “de compromisso”,²⁶⁸ de modo a privilegiar os dois valores mencionados. E, ao operador jurídico (o juiz, eminentemente), impõe-se conjugar tais valores,²⁶⁹ no caso concreto, mediante juízo de proporcionalidade, que, no dizer de Orlando Venâncio dos Santos Filho, “permite ao julgador ultrapassar os parâmetros dogmáticos que o aprisionam e transforma-o em mero aplicador de fórmulas; de outro, conseqüentemente, possibilita a prestação de adequada e tempestiva tutela jurisdicional”.²⁷⁰

Por trás da ponderação dos valores segurança e efetividade, está, sem dúvida, a consagração de técnicas de sumarização, que legitimam o acolhimento, no sistema processual brasileiro, do instituto da antecipação da tutela (e a própria existência das medidas de urgência disciplinadas no livro III, do CPC, desde a promulgação do CPC em vigor) e, também, do próprio procedimento monitório. Também se vislumbra, como resultado da ponderação dos valores mencionados, a possibilidade de execução provisória, nos casos em que o recurso interposto contra a decisão não é recebido no efeito suspensivo.

Mas, a colisão de princípios que nos propusemos a analisar, nessa parte do trabalho, é outra. A alusão, evidentemente, é ao binômio que intitula o presente capítulo: participação x efetividade. Nele está refletida, é certo, por um lado, a necessidade de que sejam asseguradas às partes oportunidades de ampla participação e, por outro lado, a exigência de que a atuação jurisdicional propicie às partes tutela jurisdicional tempestiva (além, é claro, de adequada ao direito

²⁶⁶ *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, p. 348.

²⁶⁷ Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci, para quem “obtendo-se um equilíbrio desses dois regramentos – segurança/celeridade –, emergirão as melhores condições para garantir a justiça no caso concreto, sem que, assim, haja diminuição no grau de efetividade da tutela jurisdicional” (Garantia do processo sem dilações indevidas, *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 237).

²⁶⁸ Para usar a expressão de Teresa Arruda Alvim Wambier, já mencionada, em relação à resolução de *hard cases* com base na noção de proporcionalidade.

²⁶⁹ “Imparcialidade não se confunde com *neutralidade* nem importa um suposto dever de ser ética ou axiologicamente neutro. A doutrina processual moderna vem enfatizando que o juiz, embora *escravo da lei* como tradicionalmente se diz, tem legítima liberdade para interpretar os textos desta e as concretas situações em julgamento, *segundo os valores da sociedade*” (DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 201).

²⁷⁰ *A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo*, p. 127.

material tutelado²⁷¹). Ou, por outras palavras, os valores referidos fazem com que o processo precise ter duração suficientemente longa para que as partes possam exercer adequadamente a defesa de seus interesses em juízo e, ao mesmo tempo, seja a duração do processo o mais breve possível para que não haja prejuízo ao exercício do direito reconhecido em favor do autor que tem razão.

Fato é, contudo, que na prática o equilíbrio entre os valores mencionados tem sido relegado, ainda que inconscientemente, a segundo plano. E assim acontece, por “n” razões imagináveis, importando, para o objetivo aqui pretendido, uma delas, que nos parece extremamente significativa: a ausência de repressão adequada ao abuso do processo (sobretudo pelo réu), mediante incidência das regras que coíbem e punem a conduta processual anti-ética.

Indiscutivelmente, o comportamento de má-fé, direcionado à consecução de propósito protelatório, é causa séria de dilação processual indevida. A percepção desse fato é, no mínimo, sensorial, intuitiva. Quem atua no foro sabe perfeitamente que, ao lado dos problemas estruturais seríssimos enfrentados pelo Poder Judiciário (ausência de funcionários capacitados, inadequada proporção entre demandas e juízes, instalações precárias, etc), a demora na entrega do bem da vida, através da prestação jurisdicional, também resulta indiscutivelmente da ausência de freios adequados para a participação do réu no processo.

A apresentação de defesas inconsistentes, infundadas, baseadas em fatos inverídicos; os requerimentos de diligências e provas que nenhuma utilidade terão para a reconstrução da verdade dos fatos; o não comparecimento às audiências designadas sob desculpas ultrajantes; a interposição de vários recursos (inclusive nas hipóteses em que a decisão está fundada em matéria pacificada nas Cortes Superiores); a oposição de embargos à execução infundados (agora em sede de processo de execução); a própria retirada em carga dos autos sem devolução no prazo estabelecido são apenas alguns dos artifícios que o réu usa com a finalidade de adiar a resolução do litígio.²⁷²

²⁷¹ Aspecto esse, contudo, que, apesar de relevantíssimo, não merecerá ênfase no trabalho, por conta de opção metodológica já anunciada anteriormente.

²⁷² Francisco Glauber Pessoa Alves alude às seguintes “condutas censuráveis”: “a) ajuizamento de ações manifestamente descabidas; b) protelação indefinida de feitos, com abuso de incidentes em geral (exceções de suspeição ou incompetência, objeções de pré-executividade); c) a utilização desregrada do direito de recorrer (com o fito de postergar a concretude da tutela jurisdicional); d) insistência por provas desnecessárias (perícias ou provas orais que em nada acrescentam a lides); e) ajuizamento de ações fulcradas em fatos inexistentes ou sob cuja real extensão do conhecimento

Apesar de a noção de abuso não ter encontrado desenvolvimento jurisprudencial e teórico expressivo²⁷³ no Brasil, à semelhança, aliás, do que se observa em vários outros sistemas processuais ocidentais,²⁷⁴ existem regras na legislação processual civil (sobretudo no CPC) que não apenas estabelecem parâmetros para identificação do comportamento abusivo, como também prevêm sanções pecuniárias e processuais para tal comportamento. São as regras que, no dizer de prestigiada doutrina, definem o princípio da lealdade processual.²⁷⁵

As referidas regras processuais, contudo, não têm encontrado aplicação prática pelo Poder Judiciário. “Não sem um certo desconforto percebe-se que muito mais os tribunais são claudicantes em condenar por má-fé do que os juízes de primeiro grau...”.²⁷⁶ E, parece-nos, o motivo principal dessa omissão está no enxergar o contraditório e a ampla defesa como normas absolutas, em cuja observância, portanto, os magistrados têm dificuldade de encontrar limites nas regras que estabelecem conduta ética no processo. Aliás, essa dificuldade também está refletida, como veremos mais adiante, nos obstáculos usualmente identificados para florescimento de uma teoria do abuso no processo civil.

Parece evidente, contudo, diante dos aspectos tratados no item 3.1, *supra*, que enxergar, no contraditório e na ampla defesa, normas que não admitem limites em sua aplicação é cometer imprecisão conceitual inaceitável. Afinal, têm a natureza de princípio e disso resulta inexoravelmente a possibilidade (aliás, talvez seja melhor falar em necessidade) de que incidam, em cada caso, com intensidade diversa, para se compatibilizarem com outros valores (como a efetividade da tutela jurisdicional) igualmente tutelados no sistema.

Nesse panorama, as normas que determinam a conduta ética dos litigantes – e portanto definem critérios e limites para sua participação – são absolutamente legítimas. Tão legítimas, aliás, quanto as regras que determinam a observância de determinados requisitos para admissão dos recursos. São eles, indiscutivelmente,

impede desde logo o pleito” (Ampla defesa x desvirtuamentos (litigância de má-fé e seu ônus financeiro), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, p. 205).

²⁷³ Importante ressaltar a existência de obras de indiscutível qualidade a respeito do tema, subscrita por autores brasileiros. Com tal observação apenas pretendíamos evidenciar a pequena expressão, do ponto de vista quantitativo, de obras nesse sentido.

²⁷⁴ Aspecto que será tratado, com mais vagar, no capítulo 4, *infra*.

²⁷⁵ Humberto Theodoro Júnior alude ao princípio da boa-fé e da lealdade processual, afirmando que, para coibir a má-fé, “o juiz deve agir com poderes inquisitoriais, deixando de lado o caráter dispositivo do processo civil” (*Curso de direito processual civil*, p. 31).

²⁷⁶ ALVES, F. G. P. Ampla defesa x desvirtuamentos (litigância de má-fé e seu ônus financeiro), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, p. 211-212.

um dos mecanismos processuais através do qual as partes podem, em juízo, defender seus interesses. Portanto, os requisitos de admissibilidade atuam, de certo modo, como limitação à participação das partes no processo. Os tribunais, contudo, não hesitam²⁷⁷ em inviabilizar o acesso das partes às instâncias recursais se tais requisitos não forem preenchidos no caso concreto. Não se observa, aqui, o receio quanto à limitação do direito de participação das partes, contudo. Aliás, expressamente se reconhece a legitimidade dessa limitação.

Absolutamente inaceitável (muito embora compreensível,²⁷⁸ em certa medida) essa orientação. Deixar de reconhecer limites éticos à participação pelas partes (o réu, especialmente) é negar as premissas teóricas sobre as quais se desenvolveu o direito processual civil como ramo autônomo da ciência jurídica.

Em primeiro lugar, resulta dessa criticável orientação a possibilidade de o processo ser utilizado como instrumento para satisfação de interesses egoístas, em evidente negação da concepção publicista do processo.

Sendo o processo, por sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele faltando ao dever de verdade, agindo deslealmente e empregando artifícios fraudulentos. Já vimos que o processo é um instrumento posto à disposição das partes não somente para a eliminação de seus conflitos e para que possam obter resposta às suas pretensões, mas também para a pacificação geral na sociedade e para a atuação do direito. Diante dessas suas finalidade, que lhe outorgam uma profunda inserção sócio-política, deve ele revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins.²⁷⁹

Em trabalho sobre o tema, Antônio do Passo Cabral posiciona-se exatamente no sentido ora tratado. Para o autor,

até o momento em que a parte se pronuncia no processo, o contraditório representa o direito (ou garantia) de ter ciência dos atos processuais e ver suas considerações apreciadas pelo órgão judicial. No entanto, uma vez provocada a jurisdição, a garantia ultrapassa tais fronteiras e cede espaço para um objetivo maior, que é a participação colaborativa nas decisões estatais, fato que justifica a repressão às condutas de litigância de má-fé e aos atos atentatórios à dignidade de justiça (arts. 14 a 18, e 600, todos do CPC). Se participar é garantido, a atuação deve ser ética, consentânea com os objetivos estatais da jurisdição.²⁸⁰

E, nessa ordem de idéias, conclui não ser possível o exercício ilimitado do contraditório, sendo o Estado, em sua visão, titular do “*direito* de exigir das partes retidão no manuseio do processo – instrumento público –, ao qual está relacionado

²⁷⁷ Aliás, há muito é denunciado o excesso de rigor na análise de tais requisitos (sobretudo nos recursos de estrito direito).

²⁷⁸ Como veremos no capítulo subsequente.

²⁷⁹ CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. *Teoria geral do processo*, p. 73.

²⁸⁰ O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva, *Revista de Processo*, p. 63.

o dever de atuação ética, de colaboração para a decisão final”.²⁸¹ Percebe-se, nesse raciocínio, com muita clareza, que a visão publicista do processo faz com que o contraditório deva ser visto como garantia instituída não apenas em favor das partes, mas, também, em prol do próprio Estado, na medida em se presta à adequada formação do convencimento pelo Estado-juiz.

Em segundo lugar, resulta da omissão ora examinada a atribuição, ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional, do caráter de norma programática, não vinculante, como se o resultado útil do processo fosse um ideal inalcançável de justiça, um referencial distante e, por isso mesmo, vocacionado a não atuar no plano prático. E, como bem pondera Marinoni,

(...) a partir do momento em que se constata que o direito à tutela jurisdicional efetiva possui natureza principial, deduz-se a consequência de que ele não se submete à lógica da aplicação das regras. Esse direito fundamental não pode ser negado na perspectiva da validade, pois o que importa, para sua efetiva incidência, é o caso concreto, e assim a consideração de outros princípios que a ele possam se contrapor. Ou seja, ele será sempre válido, ainda que tenha que vir a ser harmonizado com outro princípio diante de circunstâncias de um caso concreto.²⁸²

Em terceiro lugar, não punir o litigante desleal, permitindo-lhe irrestrita participação no processo, é dispensar a ele o mesmo tratamento daqueles que efetivamente obedecem ao dever de lealdade processual. Portanto, deixar de reconhecer limites éticos à participação das partes no processo é tratar os desiguais de modo igual e, com isso, impedir que o princípio da igualdade em seu sentido material permeie o processo, inviabilizando seja ele instrumento democrático voltado à pacificação social.

Ousamos dizer que a omissão de nossos tribunais, quanto à efetiva aplicação de regras processuais de conteúdo ético, reflete postura insensível em relação ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional. Imprescindível aludir, aqui, à advertência capciosa de Walter Claudius Rothenburg, para quem,

sendo os princípios manifestação primeira dos valores constitucionais, é certo que estão carregados de sentimentos e emoções. Ignorá-lo seria desconsiderar a importância simbólica da constituição e seu significado histórico enquanto projeção de expectativas da comunidade. Vai daí que é impossível uma compreensão exclusivamente intelectual dos princípios: eles também são ‘sentidos’ (experimentados no plano dos afetos).

O acesso aos princípios não se dá apenas por intermédio da razão, mas também da emoção. Dito de outro modo: o acesso à constituição não é só intelectual; também

²⁸¹ CABRAL, A. do P. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva, *Revista de Processo*, p. 63.

²⁸² MARINONI, L. G. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 228.

é afetivo. Os princípios, que não conseguem ser perfeitamente formulados e compreendidos através da linguagem, conseguem, porém, traduzir sentimentos. Quiçá por isso a apreensão que se tenha dos princípios é, muita vez ou em parte, intuitiva; é uma impressão.²⁸³

Essa dose de sensibilidade a que faz menção o lúcido constitucionalista mostra a necessidade de se proceder de outro modo diante do conflito entre os princípios do contraditório e da ampla defesa e o princípio da efetividade da tutela jurisdicional. É dizer: constatando-se o comportamento abusivo pelo réu, devem ser encontrados (nas regras processuais de conteúdo) limites à sua participação, operação essa que, indiscutivelmente, implicará a incidência em menor grau, nessas hipóteses específicas, dos princípios que garantem ampla participação, privilegiando-se, então, a incidência em maior grau do princípio que assegura ao autor resultado útil do processo.

²⁸³ *Princípios constitucionais*, p. 65.

4.

A teoria do abuso do direito: evolução no direito civil

A compreensão do fenômeno do abuso no processo remete num primeiro plano, necessariamente, para o direito civil, ramo jurídico em que se constata não apenas a origem da teoria, suas primeiras aplicações práticas, mas, também, a construção de noções que permitem, perfeitamente, a identificação do fenômeno em questão no processo civil e, quiçá até, a própria análise das sanções que se pode cogitar com base nas regras que o disciplinam.

Justifica-se, então, que, a análise do tema – teoria do abuso do direito – seja feita em duas etapas distintas, a primeira dedicada à evolução da teoria no direito civil (que constitui o tema do presente capítulo), a segunda, à sua evolução e aplicação no Direito Processual Civil.²⁸⁴

4.1.

Contexto histórico

O Direito é, antes de mais nada, um produto histórico. Suas instituições, suas teorias e os conceitos que lhe são próprios não podem ser adequadamente interpretados senão no contexto em que foram pensados, desenvolvidos, criados.

Essa perspectiva acompanhou o desenvolvimento do trabalho até aqui. Analisamos as relações que se estabeleceram gradualmente entre o processo civil e a Constituição à luz do Constitucionalismo moderno e o papel dos princípios no ordenamento jurídico no contexto de superação do pensamento positivista. Agora, dando continuidade a essa abordagem, procuraremos explicar o desenvolvimento da teoria do abuso do direito, no direito civil, tendo por base, precisamente, o mesmo contexto em que se verificou o florescimento dos temas tratados nos capítulos anteriores. Não seria adequado, em nosso modo de ver, proceder de outro modo, pois, todos os temas estão intimamente relacionados, ligados entre si por uma origem histórica comum: a crise do modelo político liberal.

Com efeito, a transição do Estado – de absolutista para não-intervencionista – foi marcada por profunda modificação das relações estabelecidas entre

²⁸⁴ De que se tratará apenas no item 5, *infra*.

indivíduo e Estado, de que resultou, naturalmente, alteração no modo de ver o conceito, o papel e a aplicação do Direito.

Se, no modelo absolutista, reconhecia-se, em prol do Estado, poder ilimitado, no modelo liberal, a limitação à atuação desse Estado era marca característica. Exigia-se, então, que intervisse minimamente (*laissez faire, laissez passer*) nas relações estabelecidas na sociedade, em todos os planos possíveis – econômico, religioso, familiar, etc. Trata-se, portanto, de período em que as liberdades individuais alcançaram sua expressão máxima, traduzindo-se esse modo de pensar, como parece evidente, no próprio lema da Revolução Francesa (que constitui marco histórico de indiscutível importância para análise da filosofia liberal).

Fácil perceber a influência dessa orientação sobre o Direito.

Se o poder do Estado devia ser limitado em prol da liberdade individual, outro papel não poderia se esperar do Direito senão o de servir de instrumento à consecução desta finalidade, limitando, portanto, a atuação estatal e, ao mesmo tempo, valorizando a liberdade de escolha do indivíduo.²⁸⁵ “Não podendo manter-se impermeável às novas concepções doutrinárias, o direito, cujo fundamento repousava inteiramente na idéia de liberdade, transformou-se em arma poderosa de defesa do indivíduo contra o Estado”.²⁸⁶

Por outro lado, se o Estado é o grande inimigo, em face do qual deve ser protegido o indivíduo, então, é necessário limitar a atuação do juiz (agente da máquina estatal), tornando-o meramente *la bouche de la loi*, minimizando tanto quanto possível sua atividade interpretativa (e, acidentalmente, criativa) do Direito.

Ainda, se a liberdade individual devia ser absoluta (ou tão perto disso quanto possível), então, todas as regras que, de algum modo, pudessem limitá-la deveriam estar positivadas, de tal modo que o direito se traduzisse unicamente nas regras positivadas, impondo-se a distinção clara entre seu campo de atuação e o da moral. Extrai-se, dessa postura, a visão do direito como “um produto abstrato da

²⁸⁵ “A concepção individualista partiu do pressuposto de que o homem é o centro do universo jurídico, ao qual convergem todos os privilégios, sendo a liberdade, na sua forma ilimitada, expressão de um direito natural” (DOURADO DE GUSMÃO, P. O abuso do direito, *Revista Forense*, p. 360).

²⁸⁶ BAPTISTA MARTINS, P. *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 2.

razão”, mais do que uma regra de conduta social, já que não se esperava sua adaptação às condições do meio social.²⁸⁷

Os códigos modernos delinearão um sistema de Direito Civil clássico, fundamentado na liberdade do indivíduo contra o Estado. Deste modo, o homem, revestido do *status* de sujeito de direito, encontrou no direito subjetivo não apenas o ‘expediente técnico’, mas ideológico, destinado a precaver a ordem liberal contra investidas externas. Nesta perspectiva, o direito subjetivo revestia-se de um caráter ‘absoluto’ ao encontrar-se entregue ao livre arbítrio de seu titular.²⁸⁸

Nesse contexto, então, a consagração do caráter absoluto dos direitos subjetivos representava expressão indiscutível da máxima liberdade individual pregada pela filosofia liberal. Assim, não obstante a democratização trazida por esse novo paradigma, essa concepção individualista da legislação permitiu a construção de “um sistema de direitos absolutos, pelo qual o exercício de um direito, ainda que dele decorressem conseqüências funestas para a sociedade, era protegido em toda e qualquer hipótese e jamais poderia configurar abuso”.²⁸⁹

Com o passar do tempo, contudo, esse modo de conceber o Direito, cuidadosamente formulado para proteger a escolha política que permitiu a superação do Estado absolutista, revelou-se claramente insuficiente para resolver os conflitos sociais, as crises jurídicas resultantes, entre outros fatores, do exercício irregular daqueles direitos subjetivos tidos como absolutos. De fato, a não intervenção do Estado, sobretudo no âmbito econômico, permitiu que o setor privado praticasse diversos excessos no exercício de seus direitos, em especial no âmbito do direito de propriedade, em que, tradicionalmente, sempre foi atribuída maior liberdade ao seu titular.²⁹⁰

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 3.

²⁸⁸ PINHEIRO, R. F. *O abuso do direito e as relações contratuais*, p. 3-4.

²⁸⁹ SOARES LEVADA, C. A. Anotações sobre o abuso de direito, *Revista dos Tribunais*, p. 44.

²⁹⁰ “Querendo brevemente indicar as razões que determinaram esse processo, pode-se dizer que a formulação do princípio do abuso de direito parece uma conseqüência do caráter absoluto dos princípios enunciados após a revolução francesa. A proclamação dos direitos e a garantia da liberdade deram à economia a segurança das relações que essa necessitava, mas ao mesmo tempo permitiram um desenvolvimento em tudo autônomo em relação a qualquer controle e intervenção do Estado, favorecendo, assim, a verificação de ‘abusos’. Isso se percebeu particularmente em matéria de propriedade, já que este direito representou o modelo do próprio direito subjetivo enquanto, com sua função de garantia em relação a qualquer privilégio, consentiu a realização dos princípios da igualdade e da liberdade” (PATTI, Salvatore. *Abuso del diritto*, *Digesto*, p. 2).

Urgia, então, o surgimento de uma válvula de escape ou paliativo,²⁹¹ que permitisse a subsistência do *cosmos* criado após a superação do Estado absolutista, ou seja, impunha-se encontrar solução que permitisse conjugar a situação de crise instaurada pelo exercício irregular dos direitos com a vitória que havia representado a consagração daqueles mesmos direitos. Foi a partir dessa constatação que se desenvolveu a teoria do abuso do direito, que constituiu, portanto, resposta à necessidade de se repensar o caráter absoluto dos direitos subjetivos proposto pelo modelo liberal,²⁹² atuando como “repositório da expectativas de uma sociedade em ebulição, de mudanças que interferem na maneira de ser e de viver dos povos”.²⁹³

A partir de fins do século passado, começa a ocorrer uma reação à noção de absolutismo dos direitos individuais – que se contrapunha ao absolutismo do Estado – com o fim de demonstrar que não só o Poder do Estado é relativo, como também os direitos conferidos ao homem encontram limite nas regras de convívio social, nas noções de bem-estar e justiça sociais.²⁹⁴

Por trás desse movimento está, indiscutivelmente, a noção de solidariedade humana, que impõe seja o homem “considerado como parte de um todo, devendo cooperar, trabalhar para a coletividade, de modo a auferir dela vantagens e garantias, necessitando das demais pessoas, que convivem com ele na sociedade para a satisfação de suas necessidades”.²⁹⁵

Tendo por premissa, por assim dizer, sociológica esse espírito de solidariedade, observou-se a relativização dos direitos, num primeiro plano, mediante postura mais rígida adotada pelos tribunais franceses quanto à valoração da medida do exercício dos direitos. Essa postura foi expressa no julgamento de casos concretos submetidos à apreciação de tais tribunais, precedentes esses que

²⁹¹ O termo é usado por Carlos Hernandez Sessarego: “A aparição da teoria do abuso do direito em uma determinada conjuntura histórica tem o significado de um paliativo, imaginado dentro de uma concepção capitalista, individualista e liberal em extremo, como uma ‘limitação’ aos graves e intoleráveis excessos por parte daqueles sujeitos que abusavam das liberdades e direitos subjetivos que lhes eram concedidos pelo sistema jurídico” (*Abuso del derecho*, p. 119. Tradução livre do original: “La aparición de la teoría del abuso del derecho en una determinada coyuntura histórica tiene el significado de un paliativo, imaginado dentro de una concepción capitalista, individualista y liberal en extremo, como una ‘limitación’ a los graves e intolerables excesos de parte de aquellos sujetos que abusaban de las libertades y derechos subjetivos que le eran concedidos por el sistema jurídico”).

²⁹² “Assim, a teoria do abuso do direito erigia-se na tentativa de manter incólume a força de um sistema que já se desagregava em face das transformações sociais e econômicas de nosso século” (PINHEIRO, R. F. *O abuso do direito e as relações contratuais*, p. 6).

²⁹³ SOUZA, L. S. F. de. *Abuso de direito processual*, p. 27.

²⁹⁴ SOARES LEVADA, C. A. *Op. cit.*, p. 45.

²⁹⁵ DOURADO DE GUSMÃO, P. O abuso do direito, *Revista Forense*, p. 360.

se tornaram célebres diante da reiterada análise por doutrinadores que se dedicaram ao estudo do abuso do direito. Inácio de Carvalho Neto explica dois desses precedentes, julgados, respectivamente, pelas Cortes de Comar e de Compañã, em 1855 e 1913:

No primeiro, tratava-se de uma falsa chaminé, de grande altura, que o proprietário de uma casa tinha construído. Essa obra, que não tinha qualquer utilidade para o proprietário, destinava-se a fazer sombra na casa do vizinho, que recorreu à justiça para fazer cessar esse prejuízo invocando a teoria do abuso do direito. O tribunal decidiu que, embora sendo o direito de propriedade de algum modo absoluto, autorizando o proprietário a usar e abusar da coisa, o exercício deste direito, entretanto, como de qualquer outro, deve ter como limite a satisfação de um interesse sério e legítimo.

Já o segundo se refere ao tão citado caso em que um proprietário rural, vizinho de um hangar onde um fabricante de dirigíveis guardava os seus aparelhos, construiu imensas armaduras de madeira, altas como casas, e com hastes de ferro, para criar dificuldades para os dirigíveis. Tendo sido um dos aparelhos vitimados pelas hastes de ferro, o construtor pediu perdas e danos e demolição de tais construções. Embora invocando seu direito de propriedade sobre o imóvel onde fizera suas construções, o tribunal deu ganho de causa ao dono do dirigível com base na teoria do abuso do direito.²⁹⁶

Nos precedentes supramencionados, percebe-se a adoção de critérios vários para identificação do fenômeno abusivo: a inutilidade do exercício do direito para seu titular, a intenção de prejudicar terceiro, a efetiva ocorrência de danos a terceiro. Todos eles convergem para o reconhecimento de que, apesar de se conformarem aparentemente no texto da lei, “certos atos (...) eram contrários ao ordenamento jurídico visto como um sistema não apenas de normas postas, mas, e principalmente, como um sistema dotado de valores éticos e que possui uma função teleológica em face da sociedade a que se dirige”.²⁹⁷

Ora, ao se reconhecer a possibilidade de determinados atos, apesar de realizados de acordo com a estrutura formal delineada pelo direito, serem passíveis de juízo de reprovação se não atendida sua finalidade social, é evidente que se está atribuindo novo sentido aos direitos subjetivos. Pondera Rosalice Fidalgo Pinheiro que esses direitos têm, no mundo jurídico, função técnico-instrumental, na medida em que se prestam a expressar a noção de liberdade consagrada pelos ordenamentos jurídicos modernos. Ao se enxergar, um limite para seu exercício no atendimento à finalidade social, está-se concebendo o direito subjetivo, portanto, também como um instrumento ideológico “porque mantém

²⁹⁶ *Abuso do direito*, p. 32-33.

²⁹⁷ SOARES LEVADA, C. A. *Anotações sobre o abuso de direito*, p. 45.

viva a idéia de liberdade de cada um dentro da sociedade”.²⁹⁸ Por trás da visão do direito subjetivo como instrumento ideológico está, portanto, a percepção de sutil paradoxo: na vida em sociedade, tanto mais efetiva é a idéia de liberdade quanto mais intensamente forem observados os limites que lhe são impostos.²⁹⁹⁻³⁰⁰

A teoria do abuso, contudo, não implica apenas em rever a concepção dos direitos subjetivos, mas, também, de rever o papel do juiz e da função da interpretação. “No desconhecer o problema ‘jurídico’ do abuso, se sublinha a estreita conexão (nos ordenamentos positivos que contêm a expressa proibição legislativa do abuso) entre a norma relativa ao abuso e à norma sobre os poderes do juiz. Naqueles ordenamentos, a lei acaba, de fato, por reconhecer o juiz, ao menos em via excepcional, uma função criativa do direito”.³⁰¹

Também, como não poderia deixar de ser, por trás da teoria do abuso está um novo modo de se enxergar o próprio Direito, que

como meio de estabelecer o equilíbrio histórico dos interesses, não pode conceder a uns um poder ilimitado diante da situação econômica precária da outra parte, ou de modo a sacrificar os interesses supremos da coletividade. Equilíbrio assim seria desequilíbrio, e neste desequilíbrio baseou-se o individualismo jurídico, contra o qual se levantaram, em todos os países, vozes autorizadas, procurando exterminar da face da terra os males desta concepção, pela qual seria impossível atingir o direito a sua finalidade, que é: ser um instrumento de vida social, um meio de fortalecer os laços de solidariedade entre os homens, de assegurar o respeito à personalidade humana, de modo a melhorar as condições ético-culturais de um povo em certo momento histórico. Um direito conferido com um fim individualístico seria um poder destituído de fundamento social, atribuído pela sociedade para a sua própria ruína.³⁰²

Várias foram as teorias elaboradas para explicar o abuso de direito – e, portanto, para justificar a própria superação da visão individualista do Direito –, até que se chegasse à noção hoje pacificada,³⁰³ tendo havido opção por critérios diversos para identificar e punir o abuso, nos mais diversos ordenamentos jurídicos. Antes, contudo, de analisá-los, impõe-se tratar das críticas que foram inicialmente feitas a essa formulação, pois esse posicionamento crítico “ainda que

²⁹⁸ PINHEIRO, R. F. *O abuso do direito e as relações contratuais*, p. 17.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 18.

³⁰⁰ É o que bem explica Jorge Americano: “Nas sociedades policiadas a liberdade não é, nem pôde ser absoluta, porque tem seu termo onde encontra o direito de outrem. Ora, a mesma liberdade que invoca o titular de um direito quando pretende exercê-lo, protege e garante o titular de outro direito, a que o exercício do primeiro ameaça e põe em risco. E tão respeitável é o titular do direito de quem ameaça como o do direito de quem se vê ameaçado por esse exercício” (*Do abuso do direito no exercício da demanda*, p. 26).

³⁰¹ RESCIGNO, P. L’abuso del diritto, *Rivista di diritto civile*, p. 213.

³⁰² DOURADO DE GUSMÃO, P. Abuso do direito, *Revista Forense*, p. 361.

³⁰³ Exposta e explicada mais adiante.

negando a existência jurídica de uma doutrina do abuso do direito, trouxe sem dúvida uma contribuição para a compreensão do fenômeno e para a própria elaboração de seu conceito”.³⁰⁴

4.2.

Críticas à teorização do abuso do direito.

Como era natural que acontecesse, em face do próprio contexto histórico em que surgiu, a construção da noção de abuso do direito foi objeto de teorias críticas, calcadas em fundamentos diversos. Todas essas críticas têm em comum, explica Pietro Rescigno, o fato de terem, ao menos, reconhecido o abuso como fenômeno social. “Não se contesta, na verdade, que o direito possa ser exercido pelo titular em desconformidade com as razões pelas quais lhe foi concedida a tutela legislativa. Mas, o fenômeno vem colocado em uma zona que não pertence (...) à realidade jurídica positiva”.³⁰⁵

Heloísa Carpena sistematiza tais críticas com muita clareza, aludindo, assim, às teorias que sustentavam a absolutividade do direito subjetivo, àquelas que enxergavam no abuso um conceito metajurídico e àquelas ditas “anti-subjetivistas”.³⁰⁶

A primeira teoria teve como expoente maior Marcel Planiol, para quem há, na expressão *abuso de direito*, logomaquia, isto é, contradição entre os termos que a compõem. A esse respeito, pondera o autor:

Esta nova doutrina repousa inteiramente numa linguagem insuficientemente estudada; a sua fórmula ‘uso abusivo dos direitos’ é uma logomaquia, porque se eu uso o meu direito, o meu ato é lícito; e quando ele é ilícito, é porque ultrapasso o meu direito e ajo sem direito, *injuria*, como diria a lei Aquilia. Negar o uso abusivo dos direitos não é tentar fazer passar por permitidos os atos prejudiciais muito variados que a jurisprudência reprimiu; é somente fazer esta observação de que todo o ato abusivo, apenas porque é *ilícito*, não é *o exercício dum direito*, e que o abuso do direito não constitui uma categoria jurídica distinta do ato ilícito. Não é preciso portanto ser simplório das palavras: *o direito cessa onde o abuso começa*, e não pode haver ‘uso abusivo’ dum direito qualquer, pela razão irrefutável de que um só e mesmo ato não pode ser simultaneamente *conforme o direito e contrário ao direito*.³⁰⁷

³⁰⁴ CARPENNA, H. *Abuso do direito nos contratos de consumo*, p. 40.

³⁰⁵ L’abuso del diritto, *Rivista di diritto civile*, p. 215.

³⁰⁶ *Abuso do direito nos contratos de consumo*, p. 41-46.

³⁰⁷ PLANIOL, M. *Traité élémentaire de droit civil*, p. 298. *Apud* COUTINHO DE ABREU, J. M. *Do abuso de direito*, p. 45-46.

Do trecho citado, infere-se que, para o autor, não é possível conceber o abuso do direito como categoria autônoma, diversa daquela do ato ilícito. Essa impossibilidade decorre, indiscutivelmente, do modo como era concebido o direito subjetivo, como tendo natureza absoluta. Se um direito é assim concebido, não há como se vislumbrar a possibilidade de seu exercício irregular. Todos os comportamentos que se encaixam *objetivamente* dentro da hipótese disciplinada na norma devem ser considerados lícitos. Além desse tipo de comportamento, logicamente, somente poderia se cogitar daquela conduta que extrapola a estrutura formal da norma, daí resultando o ilícito. Em síntese, “apenas se admite a atuação do sujeito ou dentro do direito ou fora dele, com falta ou excesso de direito”³⁰⁸ ou, por outras palavras, o exercício de um direito somente dá margem à prática de atos lícitos ou ilícitos.

Evidentemente, a posição adotada por Planiol peca por se ater a aspecto formal³⁰⁹ (terminologia³¹⁰ do fenômeno) e repetir o caráter absoluto dos direitos subjetivos, sem atacar, portanto, o mérito da nascente teoria do abuso do direito: a necessidade social de relativização de tais direitos. Não consegue o autor, portanto, explicar como se solucionariam os problemas verificados naquelas situações em que a conduta do sujeito atende aos limites da estrutura formal do direito, mas constata-se, claramente, um desvio da finalidade para a qual foi o mesmo direito consagrado.

É o que bem pondera Jorge Americano, na primeira – e muito célebre – obra de que se tem notícia sobre o abuso no processo civil no Brasil: “Si, por um lado, a noção do direito exclúe a idéa do *abuso*, porque o abuso desnatura o direito e faz com que deixe de o ser, por outro lado não ha contestar a realidade dos factos, que verifica, em uma série de actos illicitos *um falso assento em direito*, diversamente

³⁰⁸ CARPENA, H. *Abuso do direito nos contratos de consumo*, p. 44.

³⁰⁹ “Essa atitude, extremamente conservadora, guarda consigo um comprometimento com a ‘lógica-conceitual’, pois a idéia de abuso do direito rompe com a lógica do sistema de cariz iluminista, liberal e individualista. Mais do que isto, rompe com o caráter absoluto impresso ao direito subjetivo” (PINHEIRO, R. F. *O abuso do direito e as relações contratuais*, p. 77-79).

³¹⁰ Concordando com Planiol quanto à inadequação da terminologia utilizada para identificar o fenômeno abusivo, Desserteaux propõe a utilização da expressão “conflito de direitos”. Seu posicionamento é bem explicado por Rosalice Fidalgo Pinheiro: “Sua tese fundamenta-se na lesão a direito de outrem, pois somente quando se verifica esta última há responsabilidade, ainda que o ato tenha sido praticado com a intenção de prejudicar. A vantagem de semelhante substituição estaria em limitar o arbítrio do juiz e, por isso, não incorrer em uma limitação arbitrária de direitos consagrados pelo legislador, por não encontrar base em um princípio jurídico autorizado pelo direito positivo” (*O abuso do direito e as relações de consumo*, p. 79-80).

do *acto illicito*, genericamente considerado, em que se não invoca nenhum assento em direito”.³¹¹

É evidente, em situações como essas, a impossibilidade de caracterizar a conduta como ilícita, do que resultaria, não se concebesse o abuso do direito, a impunidade de seu titular, questão essa sequer tangenciada pelo autor em questão, daí porque se diz que sua crítica reduz-se “a mera questão de palavras”.³¹²

Coube, contudo, a Josserand, célebre autor da teoria finalista do abuso do direito,³¹³ aplacar definitivamente a crítica supramencionada, como explica Pedro Baptista Martins:

Para ele, o argumento de Planiol resultou de uma confusão entre as duas acepções bem conhecidas da palavra direito, que se refere, ora ao conjunto das regras sociais, *à juridicidade* (direito francês, direito administrativo, direito civil), ora a uma prerrogativa determinada, tal como a propriedade, o pátrio poder, a servidão. Desde que essa dupla acepção se apresente ao espírito, reabilita-se a teoria do abuso do direito, porque não há contradição em que um ato seja a um tempo conforme a tal direito determinado, e, entretanto, contrário ao direito considerado em sua generalidade e em sua objetividade. A logomaquia atribuída aos partidários da terminologia corrente desaparece desde que se denuncie o trocadilho sob a autoridade do qual se pretendeu encerrá-la. Há direito e direito e o ato abusivo é simplesmente aquele que, realizado em virtude de um direito subjetivo, cujos limites não foram ultrapassados, é todavia contrário ao direito considerado em seu conjunto, como complexo de regras sociais obrigatórias. É, sem dúvida, possível ter por si tal direito determinado e entretanto ter contra si todo o direito.³¹⁴

Possível, então, afirmar que, do posicionamento criticado de Planiol, resultou indiscutível oportunidade para desenvolvimento da teoria do abuso do direito, já que delineados, em alguma medida, por parte dos doutrinadores que refletiram sobre a crítica, os traços distintivos entre o fenômeno estudado e o ato ilícito. Aliás, talvez se possa afirmar que a contra-crítica de Josserand remete a uma noção mais ampla de ilicitude, extremamente útil para tal distinção.

Também Georges Ripert compartilha do entendimento de Planiol, quanto à impossibilidade de se relativizar direitos subjetivos, daí porque, no entendimento do autor, o abuso do direito resultaria “da subordinação da lei positiva aos

³¹¹ *Do abuso do direito no exercício da demanda*, p. 5.

³¹² BAPTISTA MARTINS, P. *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 27. É essa a idéia também exposta por Jorge Americano: “Pouco importa, pois, que a denominação não seja rigorosa, desde que exprima o que se quer. A este respeito tem aplicação o conceito de DUVAL-JOUVE, citado por CLÓVIS BEVILAQUA: ‘Posso chamar chapéu ao que os outros chamam de geometria, mas si me interpellarem sobre o que entendo por chapéu, sou forçado a dizer que é a sciencia das dimensões’” (*op. cit.*, p. 8).

³¹³ De que se falará mais adiante, no item 4.1.3, *infra*.

³¹⁴ *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 26.

princípios morais”. “Tal concepção inspira-se na idéia de moralidade no exercício dos direitos, a qual não penetra no plano puramente jurídico”.³¹⁵ A esse modo de pensar, podem-se fazer, contudo, as mesmas objeções expostas em relação ao pensamento de Planiol.

Outra crítica importante contra a teorização do abuso do direito foi identificada no posicionamento de autores como Mario Rotondi, para quem o fenômeno deveria ser compreendido como “um dado de fato e não como conceito jurídico”.³¹⁶ “Assim, o abuso do direito nada mais é do que uma categoria metajurídica, que serve à transformação progressiva do Direito, ou como denomina, com suas próprias palavras, ‘um fenômeno social’”.³¹⁷

Diante da concepção de abuso proposta pelo autor referido, verificada sua ocorrência, seja no plano jurisprudencial, seja no plano doutrinário, apenas caberia ao operador jurídico sinalizar a necessidade de mudança do direito positivado, mudança essa que deveria ser promovida pelo legislador.³¹⁸ Em última análise, portanto, a coibição do abuso de direito caberia ao mesmo Poder que, nessa ótica, seria fonte legítima do direito.

Percebe-se, aqui, muito claramente, mais uma vez, a influência do pensamento positivista sobre a concepção de abuso do direito. Por trás dela está, como vimos, a relutância em se aceitar a criação do Direito por parte de outra fonte que não a legislativa ou, por outras palavras, esconde-se nesse modo de pensar o abuso a negação quanto à possibilidade de se reconhecer, ao juiz (e ao operador jurídico de um modo geral), atividade de criação de direito.³¹⁹

Fica fácil enxergar, então, que essa concepção do abuso já nasceu fadada ao insucesso, pois pretende explicar o fenômeno sem questionar o modo de pensar o Direito de que ele resultou. É dizer: essa concepção de abuso estava claramente comprometida com a necessidade de manter o *status quo*, de continuar

³¹⁵ *Apud* CARPENA, H. *Abuso do direito nos contratos de consumo*, p. 49.

³¹⁶ CARPENA, H. *Abuso do direito nos contratos de consumo*, p. 42.

³¹⁷ PINHEIRO, R. F. *Abuso do direito e as relações contratuais*, p. 85.

³¹⁸ CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso de direito*, p. 46.

³¹⁹ Para Carlos Fernandes Sessarego, “as maiores resistências à admissão do abuso do direito provêm geralmente, por isso, da parte daqueles estudiosos que temem que sua aplicação signifique outorgar ao juiz um excessivo poder, o mesmo que pode por em perigo nada menos do que a liberdade individual, a soberania absoluta da vontade” (*Abuso del derecho*, p. 7-8. Tradução livre do original: “Las mayores resistencias a la admisión del abuso del derecho provienen generalmente, por ello, de parte de aquellos estudiosos que temen que su aplicación signifique otorgar al juez un excesivo poder, el mismo que puede poner en peligro nada menos que la libertad individual, el absoluto señorío de la voluntad”).

enaltecendo o pensamento positivista, ainda que isso significasse atribuir ao fenômeno abusivo importância muito menor do que ele efetivamente assumiu com o passar do tempo.

Inácio de Carvalho Neto explica a crítica incisiva de Cunha de Sá à concepção de abuso de direito proposta por Rotondi:

Cunha de Sá, entretanto, refuta tal tese ao argumento de que quem, como Rotondi, defende que o abuso de direito é uma noção metajurídica, isto é, algo que, embora constante ineliminável da experiência, permanece sempre estranho aos esquemas da lei positiva, cai num impasse injustificável: reconhece a existência sociológica do fenômeno do abuso, constata que as relações sociais são fartas em exemplos de exercício dos direitos por modo desconforme à consciência jurídica coletiva, mas nega que o direito considere ou possa considerar tal figura sem a modificação da própria lei. Ou seja, confessa a impotência da ciência jurídica para disciplinar, não só reprimindo como também prevenindo, a categoria dos atos abusivos.³²⁰

Há, por fim, corrente doutrinária de que é expoente Léon Duguit, para a qual a impossibilidade de se conceber, juridicamente, o abuso de direito resulta da impossibilidade de se conceber o direito subjetivo. “Segundo afirmam, agir conformemente ao direito não significa exercer um direito subjetivo, assim como praticar um ato cujo fim é ilícito implica apenas violar o direito objetivo”.³²¹

A negação do direito subjetivo, para o autor referido, resulta da impossibilidade de se garantir, à autonomia individual, preponderância sobre os demais indivíduos na sociedade. Isso porque as regras “não consagram os poderes dos homens sobre os homens, mas simples funções sociais” e, portanto, em vez de estipularem direitos subjetivos, apenas consagram situações jurídicas subjetivas, que autorizam ou proíbem determinadas condutas aos destinatários.³²²

Nessa perspectiva, a teoria de Duguit expressa algo que vem a ser reconhecido pela teoria do abuso do direito: a necessidade de se impor limites às liberdades individuais, expressas de modo exacerbado pelo direito subjetivo. Assim como o abuso do direito age na inversão da primazia do direito subjetivo sobre o objetivo, encontra-se este autor, ao afirmar que o homem não prepondera ou preexiste ao Estado.³²³

Compreensível, então, a crítica à teoria do abuso do direito formulada por Duguit, bem exposta por Pedro Baptista Martins:

Os legisladores, como os juristas, que têm falado do abuso do direito, estão dominados por esta concepção artificial e absorvente de um direito subjetivo. Consideram certos atos como o exercício de um direito, porque esses atos são, por seu objeto, conformes ao direito objetivo. E, por isso, quando esses atos, tendo o

³²⁰ *Ibid.*, p. 46.

³²¹ *Abuso do direito nos contratos de consumo*, p. 41.

³²² PINHEIRO, R. F. *O abuso do direito e as relações contratuais*, p. 71.

³²³ *Ibid.*, p. 74.

mesmo objeto, são, entretanto, determinados por um fim ilícito, parece-lhes que continuam a ser o exercício de um direito.

Desse impasse só se poderá sair com o afastamento resolutivo da idéia de que um indivíduo que faz qualquer coisa conforme, por seu objeto, ao direito objetivo, exerce um direito. Se esse ato, lícito quanto ao seu objeto, é também lícito quanto ao seu fim, ele não é, apesar disso, o exercício de um direito, de que seria titular aquele que o realiza. Ele é somente conforme ao direito objetivo por seu objeto e por seu fim.³²⁴

Inevitável, então, reconhecer que o autor referido concebe a caracterização de ato ilícito de um modo, por assim dizer, particular, já que afirma poder ela decorrer de duas situações distintas: quando a conduta, por seu objeto, não é conforme o direito objetivo ou quando não há conformação da conduta ao direito objetivo por conta do fim almejado pelo indivíduo. Por esse prisma, o abuso do direito não poderia ser considerado como categoria jurídica autônoma, mas apenas como modalidade de ato ilícito, aqui conceituado, frise-se mais uma vez, de modo mais amplo do que geralmente o faz a doutrina majoritária.

De diversa natureza são as respostas dadas a esse posicionamento. Para alguns, ele não explicaria adequadamente o (reconhecido) fenômeno abusivo.³²⁵ Para outros a negação do direito subjetivo, por Duguit, estaria fundamentada na falsa premissa de que, do direito objetivo, não resultaria hierarquia de interesses individuais numa sociedade.³²⁶ E outros, ainda, afirmam que “embora o autor tivesse negado o direito subjetivo, em verdade apenas procedeu a uma substituição de conceitos entre direito subjetivo e ‘situações jurídicas subjetivas’”.³²⁷

Há, ainda, outras objeções contra a teoria do abuso, que surgiram na medida em que, em vários países, cogitou-se da positivação da fórmula, mediante inserção de proibição (e sanção) quanto à prática de ato abusivo no ordenamento jurídico. É o que se observou na Alemanha, especificamente na fase anterior à promulgação de seu Código Civil, como aponta Pedro Baptista Martins:

³²⁴ *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 133.

³²⁵ Cf. CARPENA, H. *Abuso do direito nos contratos de consumo*, p. 42.

³²⁶ Nesse sentido, Pedro Baptista Martins: “O interesse daquele que se prevalece de uma semelhante situação, na concepção de situação jurídica subjetiva, que pretende substituir-se à noção do direito subjetivo goza de preferência sobre o interesse do terceiro, que procura contestá-la, ou desconhecê-la, porque a vontade de um coopera com a lei da sociedade, ao passo que a vontade de outro atenta contra ela. Eis aí, como, impulsionada um pouco mais, essa argumentação levaria a demonstrar que a teoria de Duguit reconhece também uma hierarquia de vontades” (*O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 136).

³²⁷ PINHEIRO, R. F. *O abuso do direito e as relações contratuais*, p. 72-73.

A oposição manifestou apreensões e receios de natureza diversa: a preocupação de evitar o arbítrio do juiz, a quem ficaria relegada, com a *exceptio doli generali*, uma soma considerável de liberdade na apreciação dos casos concretos; a confusão, que se ia restabelecer, entre o direito e a moral; a grande extensão que se dava à fórmula proibitiva; os efeitos contraproducentes que dela decorreriam, principalmente na parte relativa às obrigações, onde o espírito de vexação, ao invés de obstáculos, depararia, ao contrário, novos recursos e novos meios de expansão e crescimento.³²⁸

Os aspectos mencionados mostram o caminho espinhoso que teve de ser percorrido para desenvolvimento e – por que não dizer? – consagração da teoria do abuso. O preço pago, contudo, parece ter valido a pena. Hoje, a maior parte dos sistemas jurídicos ocidentais têm normas que coíbem o fenômeno abusivo, não apenas no âmbito do direito divil (inclusive em suas especializações, como o direito do consumidor), mas também em outros ramos da ciência jurídica: direito processual civil, direito do trabalho, direito administrativo, etc. E os tribunais, muito embora, mostrem hesitação no reconhecimento (e punição) do abuso em alguns desses ramos,³²⁹ têm certamente colaborado, em sua atividade, para perene construção da fórmula.

4.3.

Teorias subjetivistas x teorias objetivistas: as diversas opções legislativas adotadas para consagração do abuso.

A exposição das críticas à teoria do abuso já permitiu que se vislumbrasse, ainda que de relance, elementos importantes que a ela foram se agregando pelo trabalho de inúmeros doutrinadores. Parece-nos, contudo, importante que sua evolução seja retratada, inclusive com alusão ao debate acirrado (mas, ora encerrado³³⁰) entre subjetivistas e objetivistas, pois essa discussão auxilia a compreensão dos critérios diferentes adotados para identificação e punição do abuso nos mais diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil.

A grande influência exercida pelo direito romano sobre o direito civil explica por que alguns autores tenham cogitado de eventual origem para a teoria

³²⁸ *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 28.

³²⁹ Pensamos ser o Direito Processual Civil exemplo muito evidente dessa hesitação, pelas razões tratadas mais adiante.

³³⁰ Como pondera Rosalice Fidalgo Pinheiro: “O debate, hoje já encerrado, entre defensores de concepções subjetivistas e objetivistas colocava-se na ordem do dia, indagando onde poderia ser

do abuso naquele sistema jurídico. Dessa indagação, contudo, não resultou, para grande parte da doutrina, resposta afirmativa.

Reconhecem-se, no direito romano, várias situações em que se limita o exercício de um determinado direito ao atendimento de uma finalidade específica.

Com efeito, segundo Ugo Natoli, na tradição românica, é possível encontrar exemplos evidentes de valoração ética do exercício de direitos, como ocorria com o instituto do *bonae fidei iudicia*.³³¹ É o que também explica José Olímpio de Castro Filho:

... 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 a imposição da pena contra o autor temerário, '*qui intelligit, non recte se agere*'. Ao lado do conceito de pena, mostrou CHIOVENDA, aparece também o de indenização, posto que esta soma do quádruplo, do triplo, do dobro, da metade, do terço, do quinto, do décimo do que forma o objeto do pleito, concedida segundo os casos distintos ao vencedor, tinha evidentemente também por finalidade mais ou menos direta o ressarcimento dos danos sofridos por ele como consequência do litígio, subjetiva ou objetivamente injusto.³³²

Lembra, ainda, Cláudio Antonio Soares Levada que “as conhecidas máximas ‘*summum jus, summa injuria*’ e ‘*malitiis non est indulgendum*’ demonstram, quando menos, que hipóteses havia em que o direito encontrava limite”, na tradição românica.³³³

À parte, contudo, as situações específicas mencionadas pelos autores citados, não se reconhece, naquele sistema, fórmula geral de repreensão ao abuso do direito. Em primeiro lugar, porque “os romanos, como os clássicos, consideravam os direitos subjetivos ilimitados em sua natureza e em sua essência. Só a lei de responsabilidade poderia condicionar o seu uso e definir o seu abuso”.³³⁴ Trata-se, então, de sistema marcadamente individualista e, assim, claramente incompatível com a teorização do abuso, por trás da qual, vimos, está a superação da concepção individualista do direito. Em segundo lugar porque o

encontrado o critério apto a determinar o ato abusivo...” (*O abuso do direito e as relações contratuais*, p. 5).

³³¹ Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 22.

³³² CASTRO FILHO, José Olímpio. *Abuso do direito no processo civil*, p. 41-2.

³³³ Anotações sobre o abuso de direito, *Revista dos Tribunais*, p. 45.

³³⁴ BAPTISTA MARTINS, P. *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 14.

direito romano não é particularmente afeto a princípios de natureza genérica:³³⁵ suas regras são casuístas, prestam-se a indicar soluções para casos concretos apresentados perante o pretor, como explica Luiz Sérgio Fernandes de Souza:

A jurisprudência em Roma, assim como os editos, faz parte das fontes do direito e os magistrados – no dizer de Alexandre Corrêa – não se sujeitavam à lei de maneira tão rigorosa quanto hoje. Neste sentido, colhe a máxima *scire leges non est, verba earum, tenere sede vim ac protestatum*. Com efeito, vê-se no *ius civile* como os romanos evitavam essa positividade, do que são mostra a escassa edição de leis durante um considerável período de tempo e a elástica e notabilíssima *lex annua* do pretor, que só se cristalizou de maneira definitiva no Edito de Adriano. Esta vocação tópica, no sentido aristotélico e ciceriano, bem explica como o pretor, auxiliado pelos juriconsultos, adequava o direito às exigências do caso concreto.³³⁶

Foi, contudo, noção contemplada no direito romano e desenvolvida no direito medieval sob a influência de princípios propostos pelo Cristianismo,³³⁷ que inspirou o critério de que partiram as teorias subjetivistas³³⁸ para identificação do fenômeno abusivo. A menção aqui é à noção de emulação (*aemulatio*), que remete aos atos praticados pelo titular do direito com a única intenção³³⁹ de prejudicar terceiros, ou seja, sem que do exercício do direito lhe resulte qualquer utilidade.³⁴⁰

“Disso se extrai que o surgimento do abuso do direito pode julgar-se através de algum ou alguns desses critérios: a) intenção de causar prejuízo (*animus nocendi*); b) ação culposa ou negligente, e c) inexistência de um interesse sério e

³³⁵ CARVALHO NETO, Inácio. *Abuso do direito*, p. 25.

³³⁶ *Abuso de direito processual*, p. 18-19.

³³⁷ SESSAREGO, C. F. *Abuso del derecho*, p. 99.

³³⁸ Everardo da Cunha Luna alude a duas teorias que utilizam o critério subjetivo para explicar o abuso do direito. São elas: a teoria da gravidade da culpa e a teoria da culpa específica. Para a primeira, a verificação do abuso pressupõe negligência ou imprudência, de certa gravidade, por parte do titular do direito. Para a segunda, proposta por Bonnard, existiriam duas modalidades de culpa, uma para a configuração de ato ilícito e outra para configuração de ato abusivo. “Em que se distinguem as duas espécies de culpa, é que o jurista não nos diz satisfatoriamente” (*Abuso de direito*, p. 84-89).

³³⁹ “Observe-se que por essa teoria até mesmo o dolo eventual estaria excluído da caracterização da abusividade, posto que exigida a intenção, caso especial de dolo e que, critica-se com razão, restringe excessivamente a configuração do abuso, concedendo-se demais às liberdades individuais, em prejuízo da sociedade” (SOARES LEVADA, C. A. Anotações sobre o abuso de direito, *Revista dos Tribunais*, p. 45).

³⁴⁰ DOURADO DE GUSMÃO, P. O abuso do direito, *Revista dos Tribunais*, p. 366. Alude, também, o autor à existência de diferença entre os atos emulativos e os atos abusivos, assim explicando-a: “É pelo elemento subjetivo que se distingue o ato emulativo do chamado abuso do direito, pois, como o dissemos, enquanto o primeiro é sempre doloso, o segundo é culposo. Tanto um como o outro têm um elemento em comum: o exercício do direito além dos limites impostos pela ordem jurídica. Esta transgressão dos limites ético-sociais impostos pelo ordenamento jurídico, ao exercício do direito, constitui o elemento material ou objetivo destas modalidades patológicas do direito no seu atuar-se. A teoria do abuso do direito é, assim, um superamento da velha teoria do ato emulativo, apresentando como um *genus*, em face da *aemulatio*, que seria a *specie*” (p. 367).

legítimo³⁴¹ para o agente. Essas três notas constituem, dentro dessa específica postura, os critérios que permitem identificar a figura do abuso do direito”.³⁴²

Essa solução foi adotada por alguns ordenamentos jurídicos, naquele período inicial de florescimento da teoria do abuso.

Foi o que se observou na Itália, em que as primeiras indagações sobre a questão do abuso do direito surgiram a partir da discussão quanto à proibição (ainda que implícita) da prática de atos emulativos, no Código Civil italiano de 1865.³⁴³ Nesse país, justamente pela dificuldade de se enxergar princípio geral contra o abuso do direito, nas regras proibitivas de atos emulativos, intensa foi a resistência oferecida pela doutrina contra a construção da base necessária ao desenvolvimento do conceito de abuso de direito.³⁴⁴ E, por conta disso, não é contemplada expressamente, pelo Código Civil italiano de 1942, a cláusula geral condenatória do abuso: somente a partir de precedente julgado pela Corte de Cassação italiana, colocou-se ponto final na discussão sobre a proibição do ato abusivo nesse sistema jurídico, já que, na decisão proferida, foi tal instituto reconhecido com base em princípios gerais do direito.³⁴⁵

Dúvida não pode haver, contudo, na adoção do critério subjetivo para identificação do abuso no direito alemão. É o que explica José Carlos Barbosa Moreira: “Nesta como em tantas outras matérias, parece haver cabido primazia à Alemanha, em cujo CC de 1900, junto com disposições esparsas que na substância sancionavam o abuso do direito em tópicos específicos, o § 226 traçava regra geral, nos seguintes termos: ‘É inadmissível o exercício de um direito, quando só possa ter o fim de causar dano a outrem’”.³⁴⁶⁻³⁴⁷

³⁴¹ “O interesse legítimo, traduzido na utilidade para o agente, é a razão de ser do acto lícito e a sua causa justificativa” (AMERICANO, J. *Do abuso do direito no exercício da demanda*, p. 43).

³⁴² SESSAREGO, C. F. *Op. cit.*, p. 125. Tradução livre do original: “De ello se desprende que el surgimiento del abuso del derecho puede juzgarse a través de alguno o algunos de estos criterios: a) intención de causar perjuicio (*animus nocendi*); b) acción culposa o negligente, y c) no existencia de un interés serio y legítimo para el agente. Estas tres notas constituyen, dentro de esta específica postura, los criterios que permiten identificar la figura del abuso del derecho”.

³⁴³ Havendo quem sustente o contrário, ou seja, que o desenvolvimento da teoria do abuso, no sistema jurídico italiano, ocorreu justamente por conta da impossibilidade de se vincular tal figura jurídica à regra que proíbe a prática de atos emulativos. Nesse sentido, Salvadore Patti (*Abuso del diritto, Digesto*, p. 4-5).

³⁴⁴ NATOLI, U. Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 18-9.

³⁴⁵ SESSAREGO, C. F. *Abuso del derecho*, p. 217-224.

³⁴⁶ Abuso do direito, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, p. 125.

³⁴⁷ Para alguns autores, antes da promulgação do Código Civil de 1900, já se podia vislumbrar, no direito alemão, a proibição do ato abusivo, sob a égide do Código Civil prussiano de 1794, em que há disposição no sentido de que “aquele que exerce seu direito dentro de seus limites próprios, está

A jurisprudência alemã, a partir da regra citada, estabeleceu alguns critérios para identificação do fenômeno abusivo, a que aludiremos, contudo, mais adiante.³⁴⁸

Mesmo no Brasil, onde não foi expressamente consagrada, até o Código Civil de 2002, a teoria do abuso, havia quem sustentasse a necessidade de adoção do critério subjetivo para identificação do fenômeno abusivo. Neste sentido, o entendimento exposto, na década de 40, por Epaminondas de Carvalho: “Ora, é por demais conhecido, o princípio de que, não constitui ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito. É certo que o direito deve ser exercido dentro dos limites traçados na lei. Mas, se o seu exercício, embora enquadrado na órbita legal, evidencia a intenção de prejudicar a outrem, estabelecido fica o uso condenável e abusivo do direito”.³⁴⁹

Fato é que não demorou muito para que o critério subjetivo se revelasse deficiente para individualização do comportamento abusivo.

Antes de mais nada, as teorias subjetivistas encontram (evidente) obstáculo na imensa dificuldade que envolve a prova³⁵⁰ do elemento subjetivo (*animus nocendi*), dificuldade essa, aliás, que inspirou a jurisprudência francesa a presumir a intenção de prejudicar quando não demonstrado que o exercício do direito trazia para o autor resultado útil. Mas, “também o recurso à figura da presunção não pode ser tido satisfatório, porque a presunção da intenção equivale a uma ficção do elemento objetivo”.³⁵¹

Por outro prisma, “a concepção subjetiva deixa de lado outras situações nas quais, apesar de não se apresentar uma consciente intenção de causar danos, se lesa o interesse de outros em função de certas condutas contrárias à moral, à boa-fé, decididamente anti-sociais”.³⁵²

obrigado a reparar o prejuízo que disso resulte para os outros, quando resulta claramente das circunstâncias, que entre vários modos possíveis de exercê-los se escolhe intencionalmente aquele que causava dano” (SESSAREGO, C. F. *Op. cit.*, p. 209).

³⁴⁸ Cf. item 4.4.2, *infra*.

³⁴⁹ O abuso do direito, *Revista Forense*, p. 234.

³⁵⁰ “A dificuldade dessa prova ainda mais se agravada pela obrigação, a que se achava adstrito o julgador, de averiguar se qualquer outro móvel legítimo teria concorrido com a intenção ilícita, pois que a coexistência de motivos legítimos e ilegítimos expurgava o ato da eiva da emulação” (BAPTISTA MARTINS, P. *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 20).

³⁵¹ PATTI, S. Abuso del diritto, *Digesto*, p. 8. Tradução livre do original: “Anche il ricorso alla figura della presunzione non può tuttavia ritenersi soddisfacente, perchè la presunzione dell’intenzione equivale ad una finzione dell’elemento soggettivo”.

³⁵² SESSAREGO, C. F. *Abuso del derecho*, p. 128. Tradução livre do original: “La concepción subjetivista deja de lado otras situaciones en las que, a pesar de non presentarse una consciente

Para Paulo Dourado de Gusmão, a utilização do critério subjetivo seria inútil, já que não guarda relação com o principal fundamento para punição do abuso de direito. Com efeito, pondera o autor: “Se o abuso do direito é punido, não pelo *animus nocendi*, mas por ser uma transgressão de limites eticossocioeconômicos historicamente dominantes, não vemos razão para a indagação do elemento intencional”.³⁵³

Em vista dos aspectos mencionados, surgiu o contexto necessário para que se pensasse o abuso do direito de outro modo, é dizer, a falência das teorias subjetivistas criaram condições para que nascessem as teorias objetivistas, para as quais, é intuitivo concluir, a configuração do elemento subjetivo (intenção de prejudicar) não é imprescindível para caracterização do abuso do direito. Não se repele, nas teorias objetivistas, a possibilidade de configuração do abuso de direito a partir de comportamento tendente a prejudicar terceiro. Mas, por constatar-se a dificuldade de apurar, na via prática, tal intenção, julga-se mais eficaz a adoção de critério objetivo para tanto, qual seja o desvio de finalidade no exercício do direito.³⁵⁴

Passou-se, então, a explicar o fenômeno abusivo a partir de critérios objetivos, que, em sua maioria, convergiam para a análise dos fins a que se propõe o direito e, portanto, implicaram visão teleológica do direito subjetivo.³⁵⁵ “Assim, já não se trataria de indagar fundamentalmente pelas intenções do sujeito, pela ausência de um interesse sério e legítimo ou de um benefício pessoal, mas para identificar o abuso do direito se aplicaria um critério de caráter objetivo como aquele da função ou finalidade sócio-econômica de cada direito”.³⁵⁶

Inicialmente, duas teorias objetivistas alcançaram maior projeção: a da anormalidade do dano e a finalista.

intención de danar, se lesiona el interés de otros en función de ciertas conductas contrarias a la moral, a la buena fe, decididamente antisociales”.

³⁵³ O abuso do direito, *Revista Forense*, p. 364.

³⁵⁴ CASTRO FILHO, J. O. *Abuso do direito no processo civil*, p. 27.

³⁵⁵ Rosalice Fidalgo Pinheiro explica que os critérios finalista (Josserand), do exercício anormal dos direitos (Sailleiles) e da ruptura dos interesses em presença (Gény, Cornil e Champion), apesar de diversos, possuem um dado fundamental que reúne as construções teóricas realizadas em torno deles: “constitui elemento teleológico que em todas se faz presente” (*Abuso do direito e as relações contratuais*, p. 94).

³⁵⁶ SESSAREGO, C. F. *Abuso del derecho*, p. 129. Tradução livre do original: “Así, ya no se trataría de indagar fundamentalmente por las intenciones del sujeto, por la ausencia de un interés serio y legitimo o de un beneficio personal, sino que para identificar al abuso del derecho se aplicaría un criterio de carácter objetivo como es el de la función o finalidad socio-económica de cada derecho”.

A caracterização do abuso a partir da anormalidade do dano foi concepção que teve por expoente Salleiles. Para esse autor, sempre que, a pretexto de exercer um direito, o sujeito praticasse ato que contrariasse sua finalidade econômica e social, ou seja, “ato sem conteúdo jurídico, economicamente prejudicial e reprovado pela consciência pública”,³⁵⁷ haveria espaço para a configuração do abuso. “Em síntese, o abuso revelar-se-ia, como categoria jurídica autônoma, sempre que o comportamento do sujeito, embora dentro dos limites legais do direito, fosse caracterizado pela negligência em evitar um dano anormal para outrem”.³⁵⁸

A teoria finalista teve, em Josserand, seu célebre expoente, para quem

devemos admitir a existência de um espírito dos direitos, inerente a toda prerrogativa subjetiva, isoladamente considerada e que, tal como a lei, não poderia ser aplicada contra o seu próprio espírito e, tal como um rio não poderia modificar o curso natural de suas águas, nossos direitos não podem se realizar a torto e a direito, contra sua missão social e desprezando-a: concebe-se que o fim possa justificar os meios desde que estes sejam legítimos em si mesmos; mas seria intolerável que os meios, mesmo intrinsecamente incensuráveis, pudessem justificar todos os fins, sendo eles odiosos e inconcebíveis.³⁵⁹

A essência da teoria, portanto, reflete-se no seguinte raciocínio: o exercício do direito subjetivo deve atender a uma finalidade social, que a ele é externa e inspira todo o direito objetivo. Essa finalidade social remete, evidentemente, ao reconhecimento de conteúdo ético e social do direito,³⁶⁰ cuja inobservância dá ensejo à caracterização do fenômeno abusivo.

É inevitável, então, reconhecer, na teoria finalista, estreita aproximação entre Direito e Moral, aproximação que se justifica, na visão muito lúcida de Paulo Dourado de Gusmão,

diante da impotência da moral para regular a conduta dos homens, e da necessidade de ser governada a ação humana pelos princípios morais, surgiu na sociedade, desde sua origem, a necessidade do direito. Entendido desta forma o fenômeno jurídico, vemos que o direito nada mais é do que a imperatividade de um princípio moral, o princípio ético metamorfoseado em jurídico, revestindo-se dos caracteres específicos do direito, quais sejam a bilateralidade e a coercibilidade. E como a moral se transforma, evolui, não podemos compreender um antagonismo entre o preceito jurídico e o preceito moral porque o direito também evolui e os seus princípios são vistos através da mora dominante, na qual está entrosado o

³⁵⁷ LUNA, E. da C. *Abuso de direito*, p. 95, SOARES LEVADA, C. A. Anotações sobre o abuso do direito, *Revista dos Tribunais*, p. 46.

³⁵⁸ CARPENA, H. *Abuso do direito nos contratos de consumo*, p. 48.

³⁵⁹ *Apud* CARPENA, H. *Op. cit.*, p. 52-53.

³⁶⁰ SOARES LEVADA, C. A. Anotações sobre o abuso do direito, *Revista dos Tribunais*, p. 46.

intérprete, por seu um homem de seu tempo. (...) O direito nasce da moral e a ela sempre retorna, sendo essa a universal trajetória de sua vida.³⁶¹

Posteriormente, em vista das críticas de vários doutrinadores, Josserand ampliou sua concepção original do abuso do direito, para nela incluir, também, o critério dos “motivos legítimos”. “Este elemento encontra tradução na jurisprudência, sob as denominações, ‘interesse legítimo’, ‘causa legítima’, ‘justo motivo’, e até mesmo na legislação tal como no *Code*, cujo artigo 1871 expõe a exigência de um motivo para dissolução da sociedade”.³⁶²

Por conta do acréscimo do critério do “motivo legítimo”, entende-se que, para o pensamento do autor mencionado, tornou-se necessária a conjugação de critérios objetivo e subjetivo para caracterização do abuso.³⁶³ Exatamente por isso, afirma-se que a teoria do abuso concebida por Josserand deixou de ser meramente objetivista para se tornar “teoria mista”,³⁶⁴ como explica Carlos Fernández Sessarego:

Diante daquelas duas posições contrapostas, anteriormente referidas, surgiu, no que concerne ao critério que deveria adotar-se para resolver a questão relativa à determinação do ato abusivo, uma atitude que poderíamos designar como mista ou eclética, na medida em que, para resolver o problema, combina elementos tanto da posição subjetiva como do tipo objetivo. Na doutrina, essa tendência se fez representada, entre outros autores, por Josserand, que compreendeu, em seu momento, que não existia oposição fundamental entre as ditas correntes de pensamento. Segundo essa concepção, ambos os critérios, o subjetivo e o objetivo, não se contrapõem mas melhor se complementam ou combinam e a preponderante gravitação de algum deles depende do ponto de vista que se adote em cada caso.³⁶⁵

Esse modo de pensar o abuso do direito, isto é, o reconhecimento de que ele pode ser identificado a partir de critério objetivo é tido como uma importante

³⁶¹ O abuso do direito, *Revista Forense*, p. 367.

³⁶² PINHEIRO, R. F. *O abuso do direito e as relações contratuais*, p. 95-96.

³⁶³ *Ibid.*, p. 97.

³⁶⁴ Jorge Americano afirma ser “preferível adotar um critério mixto, que analise, por assim dizer, *objectivamente* a intenção, isto é, com os elementos que dá o estudo do procedimento normal dos homens, conclua pela anormalidade do procedimento do agente quando se não conforme com essa média, e faça decorrer daí a obrigação de resarcir o *damno*” (*Do abuso do direito no exercício da demanda*, p. 25).

³⁶⁵ *Abuso del derecho*, p. 131-132. Tradução livre do original: “Frente a aquellas dos contrapuestas posiciones, anteriormente referidas, surgió, en lo que concierne al criterio que debería adoptar-se para resolver la cuestión relativa a la determinación del acto abusivo, una actitud que podríamos designar como mixta o eclética, en la medida que, para despejar el problema, combina elementos tanto de la posición subjetiva como de la de tipo objetivo. En la doctrina jurídica esta tendencia se halla representada, entre otros autores, por Josserand, quien comprendió, en su momento, que no existía oposición fundamental entre dichas corrientes de pensamiento. Según esta concepción, ambos criterios, el subjetivo y el objetivo, no se contraponen sino que más bien se complementan o combinan y la preponderante gravitación de alguno de ellos depende del punto de vista que se adopte en cada caso”.

evolução da teoria do abuso,³⁶⁶ tendo, por isso mesmo, influenciado o tratamento do tema no ordenamento de vários países.

No Código Civil suíço de 1906 adotou-se a solução ora tratada para identificação e prevenção do abuso do direito. Com efeito, esse instrumento normativo, em seu art. 2.º, “após estipular no primeiro parágrafo que ‘cada um é obrigado a exercer os seus direitos e a executar as suas obrigações segundo as regras da boa fé’, diz no segundo: ‘O abuso manifesto dum direito não é protegido pela lei’”.³⁶⁷

A prevalência do critério objetivo, na regra citada, fica evidenciada pela utilização da boa fé como limite para exercício do direito e, também, evidentemente, pela absoluta ausência de menção ao intuito de prejudicar para configuração do abuso. Para Salvatore Patti, contudo, a relação estabelecida entre as noções de boa-fé e de abuso dá margem a incertezas, pois, “de um lado, na verdade, não indica nenhum critério para a determinação dos comportamentos abusivos, de outro, põe um limite - ‘abuso manifesto’ - por sua vez carente de especificação”.³⁶⁸ Também aqui, portanto, cresceu em importância o papel dos tribunais, aos quais coube “destrinchar” a fórmula, indiscutivelmente, ampla adotada naquele ordenamento.³⁶⁹

Também na Espanha se verificou a adoção da mesma fórmula geral vista no Código Civil suíço para identificação do abuso, o que, contudo, somente se verificou expressamente em 1974, com a promulgação do novo Código Civil daquele país. Nesse diploma, consta disposição (art. 7.º) no seguinte sentido:

1. Os direitos devem exercer-se conforme as exigências da boa fé.
2. A lei não ampara o abuso do direito ou o exercício anti-social do mesmo. Todo ato ou omissão que pela intenção do seu autor, por seu objeto ou pelas

³⁶⁶ O que não significa dizer que tais teorias objetivistas não sejam passíveis de crítica. Paulo Dourado de Gusmão a faz, sob o argumento de que “o afirmar-se que o elemento teleológico constitui critério objetivo, preciso e fácil de ser controlado e constatado, é errôneo e ilusório. Pois é pelo intelecto que o homem constata os fins econômicos e sociais do direito, os quais pressupõem, portanto, a interpretação do ambiente histórico, e nada mais subjetivo, nada mais mutável do que o ato interpretativo, que varia com os homens em função de seus sentimentos, de suas tendências, de suas convicções e de sua cultura” (Abuso do direito, *Revista Forense*, p. 365).

³⁶⁷ COUTINHO DE ABREU, J. M. *Do abuso de direito*, p. 50.

³⁶⁸ Abuso del diritto, *Digesto*, p. 2. Tradução livre do original: “... da un lato, infatti, non indica alcun criterio per la determinazione dei comportamenti abusivi, dall'altro pone un limite - 'abuso manifesto' - a sua volta bisognoso di specificazione”.

³⁶⁹ “Sua ampla formulação facilita ao juiz resolver, com o apoio da doutrina e da jurisprudência, os casos feriam o sentimento de justiça, apurado na consciência jurídica coletiva” (SESSAREGO, C. F. *Abuso del derecho*, p. 216. Tradução livre do original: “Su amplia formulación facilita al juez resolver, con el apoyo de la doctrina y de la jurisprudencia, los casos que hieran el sentimiento de justicia, recogido en la conciencia jurídica colectiva”).

circunstâncias em que se realize ultrapasse manifestamente os limites normais do exercício de um direito, com dano para terceiro, dará lugar à correspondente indenização e à adoção das medidas judiciais ou administrativas que impeçam a persistência no abuso.³⁷⁰

Foi, contudo, o Código Civil russo, de 1922, o que causou maior impacto sobre os doutrinadores que se dedicavam ao tema do abuso. Nele, a cláusula proibitiva estava redigida nos seguintes termos: “Os direitos civis são protegidos pela lei, salvo nos casos em que são exercidos num sentido contrário à sua destinação econômica e social”. O significado da norma é muito bem analisado por José Manuel Coutinho de Abreu:

Por um lado, fica excluída a possibilidade de muitos ‘abusos’ relacionados com a propriedade privada de meios de produção. Estes, na sua parte mais significativa, estão nacionalizados. Por outro lado, o fim social e econômico dos direitos é agora muito mais concreto e preciso. E não apenas pelo confessado finalismo sócio-económico e político de todo o sistema jurídico – ao serviço de mudanças radicais do sistema global –, como também, e em particular, pelas específicas disposições legais que determinam essa função económica e social.³⁷¹

Cabe, por fim, fazer menção à legislação portuguesa. No Código Civil de Portugal, também se adotou o critério objetivo para conceituação do abuso, constando disposição no art. 334, assim redigido: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

Como se vê, diversos são os critérios efetivamente adotados para identificação (e conseqüente sancionamento) do abuso do direito. Mas, a diversidade de critérios utilizados para identificação do fenómeno do abuso não retira de sua respectiva teorização, segundo Pietro Rescigno, a noção de unidade “se se olha o problema nos termos que se procurou esclarecer, e, isto é, como ‘questão’ surgida historicamente a partir do desenvolvimento e das contradições da sociedade liberal e da economia capitalista...”.³⁷²

³⁷⁰ SESSAREGO, C. F. *Op. cit.*, p. 229-230. Tradução livre do original: “1. Los derechos deberán ejercitar-se conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con dano para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

³⁷¹ *Do abuso de direito*, p. 52-53.

³⁷² L’abuso del diritto. *Rivista di diritto civile*, p. 218. Tradução livre do original: “se si guarda il problema nei termini che si è cercato di chiarire, e cioè come 'questione' sorta storicamente dallo sviluppo e dalle contraddizioni della società liberale e dell'economia capitalista...”.

4.4.

O abuso do direito na codificação civil brasileira

4.4.1.

O Código Civil de 1916.

Não se tem notícia da existência de norma de repressão ao abuso do direito anterior ao Código Civil de 1916.³⁷³ No período que lhe precedeu, estiveram em vigor as ditas Ordenações Filipinas, “importadas” do ordenamento jurídico português para o brasileiro, em que não havia referência à consagração absoluta dos direitos subjetivos (característica das legislações individuais), nem tampouco, portanto, à limitação de tais direitos por meio de uma teoria do abuso do direito. Explica Rosalice Fidalgo Pinheiro que, apesar de seu caráter retrógrado, se justifica, no Brasil, a vigência das referidas Ordenações, mesmo após o movimento de independência, pela “estrutura social e econômica do país, cujo modo de produção ainda se assentava sobre o trabalho escravo, não se interessando, portanto, pela igualdade e liberdade proclamadas revolucionariamente sob as vestes daqueles códigos [*em referência aos códigos liberais*]”.³⁷⁴

Fato é que, com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, não foi expressamente acolhida a cláusula geral “anti-abuso”, somente se extraindo essa orientação a partir de processo de interpretação do art. 160, inciso I, desse diploma. Ou seja, “preferiu silenciar o legislador a definir o que seja o exercício regular ou irregular do direito, deixando à doutrina esta tarefa, o que permitiu ser o referido artigo interpretado em face das mais diversas concepções”.³⁷⁵

Prevê o referido dispositivo que “não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”. Essa regra inspirou a doutrina civilista a sustentar a consagração, ainda que

³⁷³ “Os chamados direitos de vizinhança achavam-se, em sua grande maioria, no regime do direito anterior, ligados ao instituto da posse, ou, então, eram meras sobrevivências do direito romano. O direito de construir, a seu turno, era um direito absoluto, comportando limitações objetivas também absolutas. Os danos sofridos pelo vizinho só seriam neutralizados por uma reparação pecuniária ou por uma sanção em natureza, se causados sem direito ou se, no exercício do direito, por simples espírito de emulação” (BAPTISTA MARTINS, P. *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 92).

³⁷⁴ *O abuso do direito e as relações contratuais*, p. 283-284.

³⁷⁵ DOURADO DE GUSMÃO, P. Abuso do direito, *Revista Forense*, p. 370.

implícita, do abuso do direito de defesa no ordenamento jurídico brasileiro. É que, se o legislador alude à licitude do exercício regular de um direito, por decorrência lógica, seria de se presumir que não considera lícito o exercício irregular de um direito.³⁷⁶ A simples admissão de que um direito pode ser exercido irregularmente já seria dado suficiente para indicar a influência da teoria do abuso do direito no Código Civil de 1916.³⁷⁷

Seria, então, de se indagar os critérios que serviriam de parâmetro para valorar se o direito foi ou não exercido regularmente.

Ao dizer que o ato abusivo consiste no exercício irregular de um direito, resta saber se este ‘uso irregular’ abrange apenas a intenção de prejudicar e a falta de um motivo legítimo ou se também abrange o exercício que dele se faz, contrário à destinação econômica e social do direito. Trata-se de indagar se houve a recepção por uma concepção restrita de abuso do direito, consignada pelas teorias subjetivas, ou se nele há uma concepção mais ampla, revelada nas teorias objetivas.³⁷⁸

A resposta remeteria para o art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, de acordo com a qual “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Paulo Dourado de Gusmão explica de que modo essa norma traçaria os contornos do ato abusivo em nosso ordenamento jurídico:

É discutível como pode um critério de interpretação da lei influir sobre a extensão do direito subjetivo. Como acentuamos, o direito subjetivo nada mais é do que um momento do objetivo, sendo indispensável a preexistência da norma da qual o direito subjetivo é um momento. Portanto, direito subjetivo e objetivo têm o mesmo conteúdo, sendo dois momentos do direito, o momento em ato e em potência. Se o direito objetivo deve ser entendido dentro de uma finalidade social, assim o deve ser, também, o direito subjetivo.³⁷⁹

Da redação desse dispositivo, então, interpretado em conjunto com a disposição do art. 160, I, resultaria conclusão de que, no ordenamento jurídico brasileiro, optou-se pelo critério finalista para identificação do abuso, a demonstrar a influência das teorias objetivistas. Nega-se, portanto, a necessidade

³⁷⁶ É o que, precisamente, anota Heloísa Carpena: “A fórmula consagrada na lei civil revela, *a contrario sensu*, que os atos praticados no exercício irregular de um direito são ilícitos e, portanto, responsabilizam o titular pelos danos causados a terceiro. A ‘normalidade’ do exercício é ainda referida pelo Código Civil ao tratar da coação e assim, de forma quase clandestina, sem nem ao menos receber do legislador sua denominação, penetrou a teoria no ordenamento jurídico brasileiro” (*Abuso do direito nos contratos de consumo*, p. 38).

³⁷⁷ Em sentido contrário, o entendimento de Cláudio Antônio Soares Levada, para quem “a citada norma visa simplesmente a algum defeito legal no exercício irregular de um direito e não o seu exercício de modo egoísta, excessivo ou anti-social, que conforme a teoria finalista (...) é o que caracteriza o abuso de direito” (Anotações sobre o abuso de direito, *Revista dos Tribunais*, p. 49).

³⁷⁸ PINHEIRO, R. F. *Abuso do direito e as relações contratuais*, p. 289.

³⁷⁹ *Op. cit.*, p. 370.

de perquirir sobre o elemento subjetivo para identificação do abuso.³⁸⁰ Apesar disso, “a norma teleológica, em que se cristalizou na nossa legislação a fórmula do abuso do direito, tem sido aplicada no pretório com as mais exageradas referências pelo critério psicológico dos atos emulativos e do espírito de vexação”.³⁸¹⁻³⁸²

Além da fórmula geral de repressão ao abuso, que seria possível de extrair, no entendimento doutrinário dominante, das normas mencionadas, são indicados outros exemplos, na legislação ordinária, de repressão em relação ao exercício de direitos específicos.³⁸³

No plano da legislação extravagante, exemplo interessante da repressão ao abuso havia no art. 20 do Decreto-lei n. 7.661/45 (antiga Lei de Falências), em que se previa “a responsabilização, por perdas e danos, de quem abusou do direito de demandar o pedido de falência”.³⁸⁴

Já no próprio Código Civil de 1916, apontam-se como exemplos da repressão ao abuso “os arts. 526 e 587 da lei civil, vedando a má utilização da propriedade; os arts. 584 e 585 da mesma lei, vedando a poluição da água utilizada por terceiros”.³⁸⁵ Caio Mário da Silva Pereira alude, ainda, à regra do art. 554, que funcionava como repressão ao abuso “pois permitia ao proprietário ou inquilino impedir que a utilização do direito de propriedade, pelo seu vizinho, lhe prejudicasse a segurança, o sossego e a saúde”.³⁸⁶ Também assim as regras dos

³⁸⁰ É o que aponta Pedro Baptista Martins: “Averiguar a intenção do agente, verificar se o dano teria resultado de culpa sua, é tarefa que deve ser relegada à psicologia. O que, em consonância com o código, importa examinar é se o indivíduo, ao desencadear o seu poder jurídico, com o fim de satisfazer um interesse puramente egoístico, deixou de ter em conta os interesses antagônicos, mas hierarquizados, da coletividade, desvirtuando, por essa forma, o elemento social que, na formação da regra jurídica, predomina sobre o elemento individual” (*Abuso do direito e o ato ilícito*, p. 96).

³⁸¹ BAPTISTA MARTINS, P. *Op. cit.*, p. 102.

³⁸² O posicionamento jurisprudencial a respeito do abuso do direito, na forma prevista pelo Código Civil de 1916 e pelo Código Civil de 2002 (de que se falará no item 4.4.2, *infra*), será objeto de análise no item 4.5, *infra*.

³⁸³ Para Pedro Baptista Martins, em várias disposições específicas do Código Civil de 1916, não é possível enxergar muito claramente, nas limitações nela previstas para o exercício do direito, uma coibição do abuso. É que “tratando-se direitos cujo exercício sofre uma grande soma de restrições, não é raro que se confundam as transgressões de seus limites objetivos, que já importam em ausência de direito, com os casos típicos de abuso, que são aqueles em que o agente, apesar de confinar o exercício de seu direito em seus limites externos, não o confina, entretanto, em seus limites subjetivos” (*O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 96-97).

³⁸⁴ SOARES LEVADA, C. A. Anotações sobre o abuso de direito, *Revista dos Tribunais*, p. 46.

³⁸⁵ SOARES LEVADA, C. A. Anotações sobre o abuso de direito, *Revista dos Tribunais*, p. 46.

³⁸⁶ *Instituições de direito civil*, p. 674. Para o autor, “não há aqui os extremos do ato ilícito, porém de exercício abusivo do direito de propriedade, e tanto assim que o mesmo comportamento do

arts. 1528,³⁸⁷ 1530 e 1531, do mesmo diploma, de que resulta a repressão ao abuso no âmbito dos direitos obrigacionais.³⁸⁸

Pode-se dizer, então, que o Código Civil Brasileiro não descartou a hipótese do abuso do direito, pois consagrou-a não apenas em dispositivos esparsos, mas em um preceito de caráter geral, o que pode levar à idéia de que ele se revela como verdadeiro princípio geral. No entanto, semelhante atitude encontra tradução em uma concepção restrita de abuso do direito, enquanto mero ato ilícito, revelando um modo de concebê-lo, que não passa de uma forma de negá-lo.³⁸⁹

Idêntica crítica, em relação à consagração do abuso do direito como modalidade de ato ilícito, é posta por Heloísa Carpena. De fato, pondera a autora que “embora esteja assentada a teoria sobre bases objetivas, o elemento ético não se destaca, ficando situado o ato abusivo no plano da ilicitude. Não se distingue o abusivo do ilícito, pois a interpretação da norma conduz à certeza de que o sujeito que pratica um ato de forma irregular, anormal e abusiva, atua sem direito, ficando assim lançada a teoria na obscuridade”.³⁹⁰

Na doutrina brasileira, autor que sustentou como veemência a identidade de conceito entre ato abusivo e ato ilícito foi Everardo da Cunha Luna. Para ele, nos termos do Código Civil de 1916, seria “imprescindível para a configuração do ato abusivo, que concorra, no exercício de um direito causador de danos extrapatrimoniais, ou dolo, ou culpa”,³⁹¹ razão pela qual não concorda com a afirmação de que, no Brasil, teria sido consagrada a doutrina de Salleiles que sustenta a caracterização do abuso independentemente do elemento subjetivo. Também Paulo Dourado de Gusmão se manifesta favoravelmente à colocação do

indivíduo será tolerado, ou não, conforme a casa seja em lugar ermo ou afastada de outras, ou, ao revés, apropriada de outras edificações” (*Ibid.*, p. 674).

³⁸⁷ Como explica Jorge Americano: “Pelo art. 1528 do Código ‘o dono do exercício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, si esta provier da falta de reparos cuja necessidade fosse manifesta’. Mais do que nos artigos antes referidos, põe-se aqui a nú a noção do *abuso do direito*. Eu tenho o direito de deixar perecer o meu prédio, á falta de reparos, enquanto só a minha fortuna sofre com essa negligencia. Mas logo que esse *abuso* com que eu exerço o meu direito de propriedade alcança o meu vizinho, ou ameaça atingil-o, elle tem contra mim a acção que lhe concede o art. 555 do *Codigo Civil*, que é a de *damno infecto*, ou a *demolitoria*, conforme se trata de exigir caução e reparo, ou de pedir a demolição” (*Do abuso do direito no exercício da demanda*, p. 16-17).

³⁸⁸ CARVALHO NETO, I. de. *Abuso do direito*, p. 29.

³⁸⁹ PINHEIRO, R. F. *O abuso do direito e as relações contratuais*, p. 295-296.

³⁹⁰ *Abuso do direito nos contratos de consumo*, p. 38.

³⁹¹ *Abuso de direito*, p. 119. Entendimento esse que colide diametralmente com aquele exposto por Jorge Americano: “Ao entrar, portanto, no estudo do *abuso do direito*, deve-se abandonar qualquer theoria radical, que funde a responsabilidade do agetne no elemento subjectivo – dolo – em vez de subordinar-a ás circunstancias do factio, como factores determinantes da acção normal dos individuos, e consequente constatação objectiva da culpa” (*Do abuso do direito no exercício da demanda*, p. 24).

ato abusivo como modalidade de ato ilícito,³⁹² muito embora por razões diversas.

Com efeito, a esse respeito pondera o autor:

A questão do ato abusivo restringe-se a duas indagações: é ele conforme com os princípios do direito, com o espírito do ordenamento jurídico? Constitui transgressão de algum dever jurídico? Como acentuamos, o abuso do direito não só é condenado pela consciência coletiva, como também não encontra acolhida nos princípios gerais do direito, constituindo, como dissemos, a inobservância do dever social pelo titular. Por conseguinte, não pode ser lícito e dentre os ilícitos deveremos incluí-lo: *tertius non datur*. Entretanto, JOSSERAND pretende que seja o abuso do direito incluído entre os *atos de excesso*. E o que é o excesso senão o que é anormal? E o direito não condena o anormal, a irregular conduta humana? Ora, o determinar humano só é anormal ou irregular juridicamente quando transgredir os deveres impostos pelas normas jurídicas. E as transgressões dos deveres impostos pelas regras *iuris* não constituem fato ilícito civil ou penal? Portanto, qualquer tendência a criar uma nova categoria dos fatos jurídicos só servirá para complicar os já complexos fenômenos jurídicos. Assim, o abuso do direito constitui fato ilícito, e portanto fonte de responsabilidade.³⁹³

A polêmica evidenciada pelos entendimentos doutrinários divergentes, supramencionados, tem indiscutível relevância. Em primeiro lugar porque enxergar, no abuso do direito, modalidade de ato ilícito significa negar, ao primeiro, autonomia dogmática, deixar de reconhecer sua estrutura diversa em relação à do segundo. “Uma é a situação de quem, sem poder invocar a titularidade de direito algum, simplesmente viola direito alheio: seria esse o autêntico perfil do ato ilícito. Outra situação é a daquele que, sendo titular de um direito, irregularmente o exerce”.³⁹⁴

Por outro lado, em termos mais práticos, ao se equiparar o ato abusivo ao ato ilícito, deixa-se de lado diferença significativa entre o ato abusivo e o ato ilícito relativa às sanções possíveis para um e para outro. “Se o ato ilegal, de regra, só permite a reparação do dano causado, via responsabilidade civil, o ato abusivo comporta, sempre que possível, além da reparação do dano, também o desfazimento do ato”.³⁹⁵

³⁹² Concepção a que também adere AMERICANO, J. *Do abuso do direito no exercício da demanda*, p. 40.

³⁹³ Abuso do direito, *Revista Forense*, p. 371.

³⁹⁴ BARBOSA MOREIRA, J. C. Abuso do direito, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, p. 130. No mesmo sentido, o entendimento de Rosalice Fidalgo Pinheiro: “Há, portanto, necessidade de esclarecer que, embora o ato abusivo e o ato ilícito possam se assemelhar quanto aos seus efeitos, pois para ambos poderá surgir como sanção a obrigação de indenizar, tratam-se de figuras diversas. (...) no ato ilícito, o agente infringe diretamente a lei, enquanto no ato abusivo, ele viola o princípio geral de que todos os atos devem ser exercidos com limites. E, sob essa perspectiva, embora o abuso do direito revele-se como antijurídico, ele não constitui em si mesmo ato ilícito” (*O abuso do direito e as relações contratuais*, p. 194).

³⁹⁵ CARVALHO NETO, I. de. *Abuso do direito*, p. 167.

Com efeito, Fernando Augusto Cunha de Sá alude a outras conseqüências em decorrência da caracterização do ato abusivo, tais como “anulabilidade, inoponibilidade, rescindibilidade do ato ou negócio jurídico, admissibilidade de legítima defesa, própria ou alheia, contra ato abusivo, recusa de eficácia do consentimento do lesado como causa justificativa da lesão”,³⁹⁶ etc.

Em síntese: da colocação do ato abusivo ao lado do ato ilícito, resultou a união das duas modalidades de ato em torno de uma conseqüência em comum – a possibilidade de responsabilização do sujeito que os pratica. Mas, enquanto essa é a única conseqüência do ato ilícito, trata-se de apenas uma daquelas concebíveis em relação ao ato abusivo.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990) somente veio a corroborar essa constatação quanto à diferença de efeitos entre os atos ilícitos e aqueles abusivos. Com efeito, nesse instrumento normativo, dedicou-se uma seção específica (no capítulo VI – “DA PROTEÇÃO CONTRATUAL”) para tratar das cláusulas abusivas em contratos de consumo.³⁹⁷ E, especificamente no art. 51, *caput*, previu-se que tais cláusulas, exemplificadas nos incisos I a XVI do dispositivo em questão, “são nulas de pleno direito”. Ou seja, o fenômeno abusivo, nos termos dessa legislação especial, é punido com a declaração de nulidade³⁹⁸ do ato por meio do qual se concretiza, conseqüência essa que, em certa medida, também se observa no processo civil.³⁹⁹

Tecidas tais considerações, é necessário, então, aludir ao tratamento do abuso do direito sob a égide do Novo Código Civil.

³⁹⁶ *Apud* CARVALHO NETO, I. de. *Op. cit.*, p. 168.

³⁹⁷ O que evidencia a ampliação da teoria do abuso, para, sob seus fundamentos, analisar também a regularidade dos negócios jurídicos, aspecto esse tratado, com muita propriedade, nas obras subscritas por Heloísa Carpena e Rosalice Fidalgo Pinheiro. Em vista, contudo, dos fins pretendidos no presente trabalho, permitimo-nos, não sem pesar (já que se trata de perspectiva interessantíssima para análise do fenômeno abusivo), o não-aprofundamento nesse tema específico.

³⁹⁸ Arruda Alvim observa ser *sui generis* o sistema de nulidade definido pela regra em questão: “O art. 51, *caput*, comina de nulidade, as diversas hipóteses infringentes de mandamentos desse mesmo art. 51. No entanto, ao referir-se esse *caput* a ‘entre outras’, dentre as quais há conceitos vagos, e, além disso dessas hipóteses contempla as que a essas sejam análogas, certamente insere uma margem deliberada de insegurança (se visualizado este valor, em face da segurança do contrato tradicional) e de imprevisibilidade relativas. Com isto, constata-se que o próprio sistema de nulidade é amplo, ou, mais precisamente, é um sistema *numerus apertus* de nulidades, no que difere do sistema do Código Civil, que é também o aplicável ao direito comercial, pois neste não se disciplina o assunto, e adisciplina do direito comercial é a do direito civil” (Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro, *Revista de Direito do Consumidor*, p. 59).

³⁹⁹ Tema, contudo, a que nos dedicaremos no item 5, *infra*.

4.4.2

O Código Civil de 2002

Atribui-se ao Novo Código o papel de superar a concepção individualista e formalista do Código Civil de 1916, que, por seu desgaste, tornou necessária a recodificação.⁴⁰⁰ Fundamentou-se essa nova ordem nos princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade, que servem, portanto, de critérios para interpretação e aplicação das normas previstas nesse novo diploma.⁴⁰¹ Fácil ver, nesse contexto, a existência de terreno fértil para que fosse implementada a teoria do abuso do direito, de modo menos tímido do que se observou no direito anterior.

Com efeito, em que pese ausência de menção específica ao termo “abuso”, o Código de 2002 expressamente adotou a teoria objetiva no art. 187, assim redigido: “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”. Trata-se da reprodução quase fiel do art. 334, do Código Civil português, que dispõe: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

A redação do dispositivo permite algumas reflexões importantes.

A primeira delas se refere às situações em que se pode aplicar a regra em questão. É pacífico o entendimento de que, muito embora o dispositivo faça apenas referência à regularidade no exercício de direitos, podem ser objeto de abuso – e, portanto, ser disciplinada pela norma do art. 187 – várias outras prerrogativas subjetivas, tais como as faculdades e as liberdades.⁴⁰²

Em segundo lugar, observa-se na nova codificação a preferência do legislador em equiparar o ato abusivo ao ato ilícito (disciplinado no art. 186⁴⁰³), em que pese as críticas feitas pelos doutrinadores pátrios a esse respeito, todas elas centradas⁴⁰⁴ na idéia de autonomia dogmática do abuso do direito. Como, então, interpretar essa opção legislativa?

⁴⁰⁰ PINHEIRO, R. F. *O abuso do direito e as relações contratuais*, p. 297-298.

⁴⁰¹ CALCINI, F. P. Abuso do direito e o novo código civil, *Revista dos Tribunais*, p. 27-28.

⁴⁰² COUTINHO DE ABREU, J. M. *Do abuso de direito*, p. 67.

⁴⁰³ Com a seguinte redação: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

⁴⁰⁴ Cfe. item 4.4.1, *supra*.

Para Barbosa Moreira, em vista da diferença estrutural existente entre um e outro ato, “tem-se de convir em que, no atual ordenamento, o ato ilícito passa a constituir um gênero, com duas espécies, a do art. 186 (violação de direito alheio) e a do art. 187 (abuso de direito próprio)”, unidas entre si por uma consequência comum: a possibilidade de ensejarem a responsabilização civil.⁴⁰⁵

Também é possível vislumbrar, no posicionamento adotado por outros autores, essa visão do ato abusivo como espécie, ao lado do ato ilícito, de uma categoria maior. Rosalice Fidalgo Pinheiro, por exemplo, pontua que “embora o abuso do direito revele-se como antijurídico, ele não constitui em si mesmo ato ilícito”, podendo-se, talvez, a partir dessa observação, concluir que, para a autora, tanto o ato abusivo quanto o ato ilícito se enquadrem na categoria mais ampla da “antijuridicidade”. No mesmo sentido, a proposição de Heloísa Carpena:

No exercício dos direitos, as fronteiras entre o jurídico e o antijurídico são determinadas não apenas pelas concretas proibições da lei, mas também pela incidência dos princípios. Ao transpor tais limites, seja por violação dos comandos da lei, seja por desatender o conteúdo valorativo do direito exercitado, o titular estará ingressando no plano da antijuridicidade e sujeitando-se a sanções.⁴⁰⁶

É a conclusão a que também parece ser possível chegar, em relação ao entendimento de Cláudio Antônio Soares Levada, para quem

também será ilícito o ato que fere a ordem jurídica, ainda que tenha, em princípio, obedecido à ordem legal. Ora, o exercício abusivo do direito fere justamente a ordem jurídica, ainda que conforme à lei; como visto, é no desvio de sua finalidade social que o ato se caracteriza como um abuso – ferindo o ordenamento jurídico e, por conseguinte, caracterizando-se como *ato ilícito*.⁴⁰⁷

Crucial, aqui, portanto, é a percepção de que não assume grande relevância o nome que se dá à categoria ampla de que constituiriam sub-categorias o ato abusivo e o ato ilícito. A preocupação evidenciada pela doutrina, em vista da opção legislativa feita na vigência do atual Código Civil e do anterior, parece poder ser deixada para trás, bastando, para tanto, a compreensão de que a configuração de cada uma dessas “espécies” de ato (abusivo ou ilícito) pressupõe o atendimento a requisitos diversos, enunciados nas próprias regras que os define. Ou, por outras palavras, é suficiente, para solucionar o problema trazido pela “localização geográfica” da repressão ao abuso do direito, perceber que, apesar disso, não se pode exigir, para caracterização do ato abusivo, a presença dos

⁴⁰⁵ Abuso do direito, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, p. 130-131.

⁴⁰⁶ *Abuso do direito nos contratos de consumo*, p. 70.

⁴⁰⁷ Anotações sobre o abuso de direito, *Revista dos Tribunais*, p. 48.

requisitos estipulados para o ato ilícito, sob pena de reconhecer-ser a inutilidade da regra do art. 187.⁴⁰⁸

Assim, o abuso de direito não se circunscreve às noções de dolo e culpa, como pretendem alguns. Se isso fosse de se admitir, a teoria nada mais seria do que um capítulo da responsabilidade civil, ficando em âmbito mais restrito. Se, por outro lado, fosse essa a intenção do legislador, o princípio genérico do art. 186 (antigo, art. 159) seria suficiente, não tendo por que a lei falar em ‘exercício regular de um direito’ no artigo seguinte. Portanto, se, de um lado, a culpa e o dolo podem integrar a noção, tal não é essencial para a configuração do abuso, uma vez que o proposto é o exame, em cada caso, do desvio finalístico do direito.⁴⁰⁹⁻⁴¹⁰

Há quem afirme, contudo, que a ocorrência de dano, colocado como requisito para configuração do ato ilícito no art. 186, também se põe como requisito para caracterização do ato abusivo, de tal modo que restará ela viabilizada “quando não houver prejudicados”.⁴¹¹ É nesse preciso sentido o posicionamento de Jorge Americano, para quem “faltando este elemento, o acto é innocuo, nada tem com elle o poder judiciario, porque é do dominio do fôro intimo”.⁴¹² Contudo, se se considera que o abuso do direito é teoria construída com base na noção de solidariedade, que impõe a limitação no exercício de um direito por seu titular em prol dos demais membros da sociedade, parece razoável afirmar que a ocorrência de dano, em vez de atuar como pressuposto do ato abusivo, é aspecto que, em regra, lhe caracteriza. E, ainda que assim não fosse, a postura que entende irrelevante eventual abuso, caso não configurado dano, esquece que “o ordenamento muitas vezes admite sanções distintas da obrigação

⁴⁰⁸ SOARES LEVADA, C. A. Anotações sobre o abuso de direito, *Revista dos Tribunais*, p. 48.

⁴⁰⁹ VENOSA, S. S. *Direito civil*, p. 626. É no mesmo sentido o entendimento de Paulo Nader, para quem a necessidade de configuração do elemento subjetivo (culpa) poderia ser cogitada pela remissão, no início da redação do art. 187, à regra do art. 186, de tal modo que se afirmasse que “se o abuso de direito é ato ilícito isto significaria a incorporação de todos os seus elementos, inclusive o subjetivo”. Contudo, pondera o autor que a alusão a elementos objetivos, na regra do art. 187, não permite conclusão nesse sentido, dispensando-se, assim, o elemento culpa (*Curso de direito civil*, p. 555).

⁴¹⁰ Opinião diversa é exposta por Heloísa Carpena: “O ato abusivo ensejará responsabilidade civil nas mesmas condições que o ilícito, submetendo-se aos requisitos ou pressupostos do dever de indenizar, quais sejam: dolo ou culpa, dano e nexos causal. Tanto o ato ilícito quanto o ato abusivo são fonte do dever de indenizar quando o comportamento do agente seja passível de um juízo de censura” (*Abuso do direito nos contratos de consumo*, p. 65). Esse modo de ver, em certa medida, conflita com o posicionamento da autora quanto à impossibilidade de confundir o ato abusivo com o ato ilícito. Ora, se não é possível confundir tais atos, por que seria razoável exigir, para reparação dos danos por eles causados, a configuração dos mesmos requisitos?

⁴¹¹ DUARTE, R. P. Boa-fé, abuso de direito e o novo código civil brasileiro, *Revista dos Tribunais*, p. 69.

⁴¹² *Do abuso do direito no exercício da demanda*, p. 45.

de indenizar⁴¹³ e, nesse contexto, a ausência do dano pode, quando muito, implicar impossibilidade de responsabilização civil, jamais a descaracterização do ato abusivo.

Por outro lado, submetendo-se a caracterização do ato abusivo a requisitos próprios, que lhe distinguem estruturalmente do ato ilícito (em sentido estrito), é inevitável reconhecer que dela não resulta apenas a tutela reparatória (decorrente do dever de indenizar). Em palavras mais simples, o abuso do direito também “abre as portas” para a invalidação do ato (impedindo-lhe, portanto, de produzir efeitos) e para a tutela de obrigação de fazer e/ou não fazer (obstando, portanto, a continuidade da prática do ato).⁴¹⁴

Outra reflexão relevante, em vista do tratamento dado ao abuso do direito pelo Código Civil em vigor, atine, evidentemente, à explicitação dos critérios postos no art. 187 para identificação do fenômeno abusivo, sendo necessário, desde já, evidenciar que a ofensa a qualquer um deles é suficiente para a caracterização do abuso.⁴¹⁵

O que, afinal, representam as noções de boa-fé, costumes sociais e fim econômico ou social do direito?

Não se pode responder à referida indagação de forma taxativa e peremptória. E assim é porque todas as noções mencionadas têm em comum elevado grau de indeterminação. Ou seja, trata-se de exemplos muito claros de conceitos vagos, utilizados, como já aludimos em outro momento do presente trabalho,⁴¹⁶ para garantir maior flexibilidade ao ordenamento jurídico, sua maior permeabilidade aos valores importantes para a sociedade em cada momento histórico. Portanto, é inegável a necessidade de preenchimento do esquema abstrato traçado no art. 187 pelo intérprete e, mais especificamente, pelos juízes, que atuarão, portanto, como canal de expressão da “consciência jurídica coletiva”.⁴¹⁷

⁴¹³ BARBOSA MOREIRA, J. C. Abuso do direito, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, p. 133.

⁴¹⁴ DUARTE, R. P. *Op. cit.*, p. 71.

⁴¹⁵ “O titular precisa exceder ao menos uma dessas categorias de limites. Não é necessário que exceda mais de uma: a enumeração é alternativa, não cumulativa” (BARBOSA MOREIRA, J. C. Abuso do direito, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, p. 131).

⁴¹⁶ Cf. item 2.4.1, *supra*.

⁴¹⁷ “É de se supor, em geral, que as idéias do juiz sobre o que é justo e equitativo corresponderão às reinantes na coletividade. Somente nos períodos de luta entre várias concepções do mundo se pode originar um contraste e, nessa hipótese, não se pode outorgar ao juiz a faculdade de examinar a compatibilidade entre as opiniões reinantes na comunidade e as suas opiniões pessoais para dar,

Essa constatação, contudo, está longe de destituir de aplicação prática a regra em questão. Como teve a oportunidade de ponderar Cláudio Antônio Soares Levada, nada há

de inatingível nessa tarefa de buscar em cada caso concreto o que seja a finalidade social da norma jurídica, posto que também é o juiz quem define, caso a caso, o que seja negligência, imprudência e imperícia; posto que é justamente ao juiz que cabe interpretar o alcance, a abrangência da norma em face da hipótese em julgamento; posto que em inúmeros casos a própria lei fixa, como parâmetro de decisão da causa, o prudente arbítrio do juiz.⁴¹⁸

Em outros países, observou-se, com muita clareza, o importante desempenho dos tribunais na explicitação do sentido dos conceitos vagos supra-referidos, de que resultou, inclusive, o reconhecimento de critérios mais precisos para identificação do fenômeno abusivo. Mas, também a doutrina contribuiu significativamente para a construção dos mencionados conceitos.⁴¹⁹

Falemos, então, em primeiro lugar, da boa-fé.

Em vários dispositivos do Código Civil atual, há menção à noção de boa-fé,⁴²⁰ podendo-se, a partir disso, presumir a preocupação do legislador em conferir, aos direitos civis, conteúdo ético, em claro movimento de aproximação entre Direito e Moral.

Dois sentidos são usualmente atribuídos pela doutrina à noção de boa-fé. Um subjetivo e outro objetivo.

No primeiro, ela é essencialmente um *estado* ou *situação* de espírito que se traduz no convencimento da licitude de certo comportamento ou na ignorância da sua ilicitude, resultando de tal estado conseqüências favoráveis para o sujeito do comportamento. Neste sentido, a boa fé insere-se nas normas jurídicas como elemento constitutivo da sua previsão, da *hipótese*. No segundo sentido, já se apresenta como *princípio* (normativo e/ou geral de direito) de actuação. A boa fé significa que as pessoas devem ter um comportamento honesto, correcto, leal, nomeadamente no exercício dos direitos e deveres, não defraudando a legítima confiança ou expectativa dos outros.⁴²¹

eventualmente, a preferência a estas últimas. As objeções contra essa concepção desatendem ao fato de que ela não se origina das opiniões de uma maioria, mas, sim das do grupo social decisivo no campo cultural. Ela não deflue de opiniões passageiras e de moda, decorrendo, antes, de opiniões de certa duração, coerentes com a totalidade das opiniões culturais e baseadas na convicção de sua necessidade e justeza” (GOLDSCHMIDT, R. A teoria do abuso de direito e o anteprojecto brasileiro de um código das obrigações, *Revista Forense*, p.25).

⁴¹⁸ Anotações sobre o abuso do direito, *Revista dos Tribunais*, p. 49.

⁴¹⁹ Nessa parte do trabalho, portanto, nos limitaremos a relatar os critérios identificados pela jurisprudência de outros países a respeito do tema.

⁴²⁰ Rosalice Fidalgo Pinheiro alude às regras dos artigos 113, 421 e 422, nas quais a noção de boa-fé “encontra-se o desenvolvimento de suas funções de interpretação, integração, imposição de deveres e enquanto limite ao exercício de posições jurídicas” (*Abuso do direito e as relações contratuais*, p. 256).

⁴²¹ COUTINHO DE ABREU, J. M. *Do abuso do direito*, p. 55.

A explicação dos dois sentidos usualmente atribuídos à boa-fé mostra que sua apuração, no caso concreto, remete a processos intelectivos diversos. Enquanto a análise da obediência à boa-fé, no sentido subjetivo, dependa de se perquirir o nível de consciência do sujeito que praticou o ato;⁴²² a indagação quanto à verificação da boa-fé, no sentido objetivo, somente pode ser respondida adequadamente mediante análise de “padrões de conduta social”,⁴²³ aptos a indicar a legítima confiança que foi excedida na prática do ato.⁴²⁴

Para se verificar o abuso do direito, segundo o art. 187 do CC vigente, por violação à boa-fé, deve-se analisar somente seu carácter objetivo, prescindindo-se, por conseguinte, do cotejo do estado psicológico que se refere à esfera subjetiva. Equivale dizer que o Código Civil vigente adotou a boa-fé objetiva, sendo de rigor, para se verificar o abuso do direito, uma análise que vislumbre, objetivamente, se o exercício do direito subjetivo pautou-se em padrões normais de comportamento, valendo-se da lealdade, probidade e transparência.⁴²⁵

Evidentemente, mesmo em seu sentido objetivo, a boa-fé não perde a característica de conceito indeterminado. Afinal, dizer que ela corresponde à observância de expectativa de confiança resultante de “padrões de conduta social” é, indiscutivelmente, fazer uso de outro conceito vago para explicá-la, daí porque pondera Jorge Manoel Coutinho de Abreu que “dizer-se que a boa fé, neste segundo sentido, exige um comportamento ‘honesto, correcto e leal’ é dizer ainda muito pouco, é confirmar o carácter indeterminado, de ‘norma em branco’, desta cláusula geral...”.⁴²⁶

Inevitável, então, voltar ao ponto de partida, isto é, ao reconhecimento de que a construção do conceito de boa-fé depende da atividade dos intérpretes –

⁴²² Era essa a análise que se impunha em relação a vários dispositivos do Código Civil de 1916. “A título exemplificativo, poderiam ser citados: os artigos 490 e 491 ao tratar da posse de boa-fé; o artigo 510 sobre efeitos da posse; o artigo 550 e 551 sobre a boa-fé na usucapião; o artigo 935 sobre o credor putativo; o artigo 221 ao dispor sobre o casamento putativo; e o artigo 1600 ao dispor sobre o herdeiro aparente” (PINHEIRO, R. F. *Abuso do direito e as relações contratuais*, p. 254).

⁴²³ CABRAL, A. do P. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva, *Revista de Processo*, p. 78.

⁴²⁴ Muito embora não aludisse especificamente a boa-fé nesse sentido objetivo, há quase 100 anos, Jorge Americano já propunha a utilização de critério objetivo que bem parece refletir essa noção: “É suficiente apurar si o entendimento normal dos homens sobre determinado facto induz a não agir de certa maneira, inadequada ao estado da civilização para dahi, deduzir si, em caso concreto, ha, ou nao abuso do direito, estabelecendo-se a comparação da fôrma pela qual procedeu o agente com a fôrma pela qual o aconselhariam a agir as regras da moral social e o principio de conservação” (*Do abuso do direito no exercício da demanda*, p. 23).

⁴²⁵ CALCINI, F. P. Abuso do direito e o novo código civil, *Revista dos Tribunais*, p. 41. Nesse mesmo sentido: BARBOSA MOREIRA, J. C. Abuso do direito, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, p. 131;

⁴²⁶ *Do abuso de direito*, p. 59.

doutrinadores e juízes – de que pode resultar o estabelecimento de parâmetros para identificação do abuso do direito por ofensa ao limite ora analisado. Esse modo de se pensar a noção de boa-fé, longe de destituir o conceito de aplicação prática, permite que seu conteúdo varie de acordo com o contexto cultural e histórico em que for analisado. É dizer: a utilização de conceito vago para definir esse limite ao exercício de direito permite que a caracterização do ato abusivo atenda a parâmetros atuais, esteja sempre em sintonia com os valores que são importantes para a sociedade.⁴²⁷ Essa sintonia, aliás, não se pode jamais olvidar, constitui a própria razão de ser da repressão ao fenômeno abusivo.

Necessário se faz ponderar se há limites a serem observados pelos juízes, na construção do conceito de boa-fé objetiva, de modo a evitar a ocorrência de arbitrariedades ou surpresas indesejáveis para o titular dos direitos subjetivos. Aqui merece menção a advertência feita por Ronnie Preuss Duarte:

Apesar de a lei não trazer o conteúdo da cláusula geral de boa-fé, é importante se ter em conta que a noção de boa-fé não varia conforme o caso concreto. Não se confunde com equidade (justiça do caso concreto), na qual, para cada hipótese sob julgamento, ter-se-á uma diferente solução.

Pelo contrário, a boa-fé se funda em critérios que, tanto quanto possível diante da largueza da noção, sejam objetivos. A objetivação da boa-fé é um imperativo da segurança jurídica, que não fica ao arbítrio da noção do ‘justo’ vislumbrada pelo juiz na aplicação do caso concreto.⁴²⁸

Não nos parece que, nos dias de hoje, se possa vislumbrar linha divisória tão nítida entre o juízo de equidade e aquele que será realizado, no caso concreto, para preencher o sentido da cláusula de boa-fé objetiva.⁴²⁹ Afinal, “ao julgar por equidade o juiz remota ao valor do justo e à realidade econômica, política, social ou familiar em que se insere o conflito – à *aequitas* enfim – para retirar daí os critérios com base nos quais julgará”.⁴³⁰ Isso significa que, tanto em uma quanto em outra circunstância, atuará o juiz como “canal de comunicação entre os valores

⁴²⁷ É o que, pontualmente, observa Heloísa Carpena: “A boa-fé que delimita o exercício dos direitos constitui verdadeira ‘válvula’ do sistema por onde penetra o elemento moral, possibilitando não só a permanente adaptação à realidade sócio-econômica, mas a efetiva realização de justiça contratual” (*Abuso do direito nos contratos de consumo*, p. 75).

⁴²⁸ Boa-fé, abuso de direito e o novo código civil brasileiro, *Revista dos Tribunais*, p. 60.

⁴²⁹ Aliás, da utilização de conceitos vagos ou indeterminados pelo legislador, indiscutivelmente, resulta a necessidade de se repensar os critérios antes utilizados para diferenciar a jurisdição de direito da jurisdição de equidade, pois, tanto numa quanto noutra, avulta o papel de criação do direito pelo juiz, antes negado à jurisdição de direito pela crença de que o juiz seria apenas *la bouche de la loi*.

⁴³⁰ DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 325-326.

vigentes na sociedade e o caso em julgamento”, do que resulta, portanto, o caráter impessoal de sua atuação.⁴³¹

Nesses termos, quer nos parecer mais adequado afirmar que, na análise concreta do conceito de boa-fé objetiva, cabe ao juiz agir com extrema prudência, cuidando para não privilegiar suas impressões pessoais em detrimento do sentimento da coletividade, conclusão essa que, longe de constituir inovação exigida pelo Novo Código Civil, constitui evidente desdobramento lógico do princípio da imparcialidade ínsito à cláusula do devido processo legal.

Fato é que, dessa atividade dos tribunais, na construção do sentido objetivo da boa-fé, resultou o reconhecimento de alguns critérios para identificação do abuso do direito em decorrência da ofensa a essa cláusula. A contribuição se deve, sobretudo, aos tribunais alemães, em cujas decisões relacionadas ao abuso do direito, identificaram-se os seguintes critérios, de acordo com a lição de Salvatore Patti:

- a) *exercício de uma situação jurídica formalmente garantida mas contrastante com os usos cotidianos*;
- b) *venire contra factum proprium*: o titular não pode exercer o direito quando isso acontece em contrariedade a um comportamento – seja mesmo lícito – adotado precedentemente;⁴³²
- c) *Verwirkung*: o titular que não exerce o direito ou não reage à sua violação comete um abuso fazendo-o valer depois de ter determinado com seu comportamento uma confiança digna de tutela na parte contrária, e portanto decai do direito;⁴³³
- d) dentro de determinadas circunstâncias, é abusiva a alegação de vício de forma.⁴³⁴

⁴³¹ *Ibid.*, p. 326.

⁴³² Barbosa Moreira lembra de interessante situação que pode ilustrar essa hipótese específica: “Assim, por exemplo, falta à boa-fé objetiva quem, por longo tempo, tolera do outro contratante reiteradas infrações a certa cláusula contratual, apesar de autorizado pelo contrato a rompê-lo, gerando para o outro a expectativa razoável de que aquela determinada causa de rompimento não será invocada, e todavia, subitamente, sem aviso prévio, quer fazê-la valer” (Abuso do direito, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, p. 131).

⁴³³ Explica Ronnie Preuss Duarte que esse critério do *verwirkung* “é uma forma de repercussão do tempo nas relações jurídicas, que no nosso Código tem uma disciplina específica (arts. 178, 205 e 206 do novo CC), o mesmo ocorrendo no direito português. Por tal razão, tanto no Brasil quanto em Portugal, é de rejeitar a possibilidade de reflexo do tempo nas relações jurídicas, fora das hipóteses expressamente contempladas na lei. Na Alemanha, a excessiva largueza dos prazos prescricionais tornou necessária a construção, o que não ocorre no nosso país” (Boa-fé, abuso de direito e o novo código civil brasileiro, *Revista dos Tribunais*, p. 73).

⁴³⁴ PATTI, S. *Op. cit.*, p. 3. Tradução livre do original: “a) esercizio di una situazione giuridica formalmente garantita ma contrastante con gli usi del traffico; b) venire contra factum proprium: il titolare non può esercitare il diritto quando ciò risulta in contrasto con un comportamento – sia pure lecito – tenuto in precedenza; c) *Verwirkung*: il titolare che non esercita il diritto o non reagisce alla sua violazione commette un abuso facendolo valere dopo avere determinato con il suo comportamento un affidamento degno di tutela nella controparte, e pertanto decada dal diritto; d) ricorrendo determinate circostanze, è abusivo il richiamo a vizi di forma”.

Também se reconhece, na jurisprudência alemã, a referência ao *tu quoque*, que “designa o caso de abuso que se verifica quando um sujeito viola uma norma jurídica e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação em benefício próprio”.⁴³⁵ Situação que parece encaixar perfeitamente nessa hipótese é aquela na qual um dos participantes do negócio jurídico simulado tenta, posteriormente, alegar a simulação em benefício próprio. No Código Civil de 1916, havia expressa vedação a esse modo de proceder,⁴³⁶ que permitia, portanto, a caracterização da tentativa mencionada como ato ilícito.⁴³⁷ Como, no Código Civil de 2002, foi suprimida a regra proibitiva, não seria absurdo afirmar que o comportamento em questão continuaria sofrendo juízo de reprovação, mas, agora, porque passível de caracterização como ato abusivo com base no *tu quoque*.

Outra figura de abuso, igualmente proveniente do direito romano, é a *exceptio doli generalis*. Esta, apesar da importância inicialmente atribuída pelos romanos e da grande aplicação no direito europeu até a metade do século passado, entrou em declínio, absorvida pelos outros tipos de abuso no exercício de direitos.

A *exceptio doli* se verifica quando um sujeito, por meio de atitude dolosa, leva outro a se colocar em uma situação de desvantagem. É o caso, por exemplo, de um empreiteiro que, fazendo crer ao dono da obra que uma reparação seria feita, levasse este a esperar o decurso do prazo decadencial previsto no par. ún. do art. 618 do CC, vindo depois a alegar a caducidade do direito à reparação do defeito.⁴³⁸

Cumprido, então, refletir sobre o significado de outra cláusula geral posta como limite para o exercício dos direitos: os bons costumes.

Por ‘bons costumes’ designa-se, aqui como alhures, o conjunto de normas éticas geralmente observadas e tidas como relevantes para a preservação do equilíbrio nas relações mútuas entre os membros da comunidade. O conteúdo de tais normas pode e costuma variar no tempo e no espaço, ainda que no mundo contemporâneo – ou, mais exatamente, em cada uma das regiões afinadas por valores comuns – a variedade tenda a restringir-se a pontos secundários, sem prejuízo de certa uniformidade nos capitais.⁴³⁹

⁴³⁵ DUARTE, R. P. Boa-fé, abuso de direito e o novo código civil brasileiro, *Revista dos Tribunais*, p. 73.

⁴³⁶ “Art. 104. Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros”.

⁴³⁷ O STJ teve a oportunidade de se manifestar nesse sentido, “Constitui princípio consagrado na lei substantiva civil não poder invocar a nulidade do ato simulado aquele que o praticou, valendo-se da própria torpeza para desfazer o negócio” (REsp 296.064/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Rel. p/ Acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior, 4.^a Turma, julgado em 04.09.2003, DJ 29.03.2004 p. 245).

⁴³⁸ DUARTE, R. P. *Op. cit.*, p. 74-75.

⁴³⁹ BARBOSA MOREIRA, J. C. Abuso do direito, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, p. 132.

Diante da fluidez da cláusula, que remete, também, à “consciência social dominante”⁴⁴⁰ ou “consciência média da nação”,⁴⁴¹ seria possível imaginar, num primeiro momento, que tem o mesmo sentido da boa-fé objetiva. Contudo, sustenta-se a diferença dos significados de uma e de outra noção, atribuindo-se à segunda âmbito de atuação mais amplo do que a primeira, de tal modo que “um comportamento ofensivo dos bons costumes é sempre contrário ao princípio da boa fé, só, no entanto, uma violação grosseira da boa fé ofenderá os bons costumes”.⁴⁴² Há, porém, ressalvas a esse modo de pensar. Para Ronnie Preuss Duarte,

Há casos em que se pode imaginar uma violação aos bons costumes sem haver violação à boa-fé. Imaginemos a hipótese de um habitante de país estrangeiro, com diferentes hábitos, transitar desnudo em via pública. Ter-se-ia um exemplo claro de violação aos bons costumes (sendo inclusive um *Tatbestand* previsto no direito penal), sem qualquer mácula à boa-fé.

Já a boa-fé resta violada quando o exercício de posições jurídicas seja feito sem benefício efetivo e palpável para o titular, com prejuízos para terceiros, ou quando tenham sido inobservadas certas regras de conduta.⁴⁴³

Parece-nos que, no exemplo proposto pelo autor, somente se consegue vislumbrar a distinção entre bons costumes e boa-fé, caso se pense, nessa última, em seu sentido subjetivo. O cidadão estrangeiro que transita sem roupas em via pública não age de má-fé, em princípio, por ignorar a reprovação a esse comportamento naquele país (contrariamente do que ocorre naquele de onde provém), acreditando, portanto, estar se comportando adequadamente. Nesse contexto, é bem razoável a conclusão exposta por Roberto Goldschmith, no sentido de que “o critério finalista não contém um aperfeiçoamento da forma que se opõe ao exercício do direito de maneira contrária aos bons costumes, ou de modo manifestamente contrário à boa fé, balisa que, neste campo, atinge o mesmo resultado”.⁴⁴⁴

⁴⁴⁰ COUTINHO DE ABREU, J. M. *Do abuso de direito*, p. 64.

⁴⁴¹ Expressão preferida por Roberto Goldschmidt, ao tratar do significado dos costumes. Com efeito, a esse respeito, pondera o autor: “Estes não se determinam consoante um ideal religioso ou filosófico, mas segundo a consciência média da nação. Em muitos setores, o sentimento popular forma suas idéias morais, de acordo com as idéias sociais e econômicas de modo que, sob esse aspecto, não parece justificado distinguir entre o valor social e moral de uma ação” (A teoria do abuso de direito e o anteprojeto brasileiro de um código das obrigações, *Revista Forense*, p. 24).

⁴⁴² *Ibid.*, p. 64.

⁴⁴³ Boa-fé, abuso de direito e o novo código civil brasileiro, *Revista dos Tribunais*, p. 70.

⁴⁴⁴ A teoria do abuso de direito e o anteprojeto brasileiro de um código das obrigações, *Revista Forense*, p. 26.

Por fim, é necessário tratar do último limite imposto pela regra do art. 187: o atendimento ao fim econômico ou social do direito. Essa noção mostra, antes de mais nada, o reconhecimento, no ordenamento jurídico brasileiro, de que cada direito subjetivo traz, em sua estrutura interna, elemento axiológico, cuja inobservância implica configuração do ato abusivo.⁴⁴⁵ Trata-se, a toda evidência, de reconhecer o caráter funcional dos direitos, ou seja, admitir que “têm todos eles uma função econômico-social, que se lhes apresenta como sua razão de existência, como causa justificadora da respectiva atribuição ao sujeito”.⁴⁴⁶

A tarefa que se impõe, então, diante do exercício de um direito, é verificar qual fim justificou seu reconhecimento no ordenamento jurídico e, evidentemente, se esse foi atendido. Esse duplo questionamento indicará como o fim social ou econômico estipulado no art. 187 limitará o exercício de cada direito subjetivo. Assim, por exemplo, será possível identificar comportamento abusivo, no plano do direito societário, “sempre que a deliberação tiver em mira atender unicamente ao interesse de um determinado sócio, ainda que majoritário, em prejuízo da sociedade ou dos sócios minoritários”.⁴⁴⁷ Nessa situação, o fim econômico-social do direito é informado pelos objetivos sociais da entidade.

Nem sempre, contudo, é simples essa operação lógica de identificação da finalidade do direito. Em algumas situações, transforma-se em questão de maior complexidade, que não pode ser facilmente resolvida “consoante o critério, recomendado em doutrina, dos ‘juízos de valor positivamente consagrados na própria lei’, pela simples e bastante razão de que nem sempre é transparente o ‘fim econômico e social’ em vista do qual a lei atribui um direito a alguém”.⁴⁴⁸ Ou seja, concretamente, a identificação do comportamento abusivo poderá ser obstada pelo simples fato de não se conhecer, precisamente, a finalidade social que inspira determinado direito subjetivo.

De acordo com Rosalice Fidalgo Pinheiro, o fim econômico ou social, a que alude a regra referida, “revela-se como a tradução do princípio da função social do

⁴⁴⁵ Daí porque pontua Heloisa Carpena que “exercer legitimamente um direito não é apenas se ater à sua estrutura formal, mas sim cumprir o fundamento axiológico-normativo que constitui este mesmo direito, que justifica seu reconhecimento como tal pelo ordenamento e segundo o qual se irá aferir a validade do ato de exercício” (*Abuso do direito nos contratos de consumo*, p. 56).

⁴⁴⁶ DUARTE, R. P. Boa-fé, abuso de direito e o novo código civil brasileiro, *Revista dos Tribunais*, 68.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 68-69.

⁴⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, J. C. Abuso do direito, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, p. 132.

contrato, contemplado no artigo 421 do mesmo estatuto, enquanto a limite à liberdade de contratar”.⁴⁴⁹ E parece não haver dúvida de que, em matéria de contrato, a função social implica rever o equilíbrio das prestações dele resultantes, de acordo com noção de isonomia material. Transpondo esse raciocínio para o plano do exercício dos direitos, parece possível concluir, com Pedro Baptista Martins, que “o critério finalístico ou teleológico do desvio do direito de sua função ou finalidade social, a que Josserand adere com entusiasmo, reduz-se, no fundo, ao princípio enunciado do equilíbrio dos interesses”.⁴⁵⁰

Talvez essa noção de equilíbrio possa ser bem representada, graficamente, por uma balança, em que, de um lado, pesa o interesse individual do titular do direito e, de outro, os interesses conflitantes, que podem ser titularizados por um terceiro indivíduo (por exemplo, o vizinho, no caso do abuso do direito de propriedade), por um grupo de pessoas determináveis (como os sócios de uma determinada pessoa jurídica) ou por toda a sociedade. Quando toda a carga é retirada de um dos lados da balança (aquele em que estão os interesses contrários – de terceiro, de um grupo ou da sociedade) e posta no outro lado (em que está o interesse individual), fica manifestamente caracterizado o ato abusivo.

De se reconhecer, assim, que a análise do desvio de finalidade, no caso concreto, exigirá a realização de juízo de proporcionalidade. Entre o exercício regular de um direito e o comportamento manifestamente abusivo, há várias “tonalidades cinzentas” de atos, cuja qualificação dependerá, indiscutivelmente, de ponderação dos interesses analisados que está, já observamos em outro momento do presente trabalho,⁴⁵¹ no cerne da noção de proporcionalidade.

Tudo o que foi dito, até aqui, a respeito dos requisitos para caracterização do ato abusivo vem a corroborar o que pontuamos diversas vezes ao longo do presente capítulo: a construção dogmática do instituto depende sobremaneira do comportamento dos tribunais.

É o juiz, a quem não se pode negar, nessa nova ordem, o papel de criação de direitos, que tem melhores condições de explicitar os critérios previstos na regra do art. 187. A atividade doutrinária certamente pode oferecer contribuição nesse sentido, mas, são os inúmeros detalhes apreendidos na experiência cotidiana, na

⁴⁴⁹ *Abuso do direito e as relações contratuais*, p. 306.

⁴⁵⁰ *O abuso do direito e o ato ilícito*, p. 173.

⁴⁵¹ Cf. item 3, *supra*.

vida como ela é,⁴⁵² que permitem adequada identificação desse sentimento ético no qual se fundam as noções de boa-fé, bons costumes e finalidade sócio-econômica do direito.

Ignorar esse aspecto, ou não lhe dar a importância que efetivamente tem, é negar a conquista importantíssima que resultou da superação do paradigma positivista. Mais do que isso: é não atentar para o ambicioso – e muito legítimo – projeto que está por trás da utilização de conceitos vagos ou indeterminados: fazer do direito um instrumento ético, atual e, portanto, consentâneo com as necessidades do nosso momento histórico.

⁴⁵² Para reverenciar a obra de Nelson Rodrigues, um dos maiores dramaturgos do nosso tempo.

5.

O abuso do direito no processo

5.1.

O desenvolvimento da teoria no processo civil: necessidade x obstáculos

No mesmo contexto histórico em que foi reconhecida a necessidade de relativização dos direitos subjetivos, que inspirou a formulação da teoria do abuso no plano do direito civil, também se operou a mudança de visão a respeito do processo. Se antes era ele visto como instrumento privado (visão indiscutivelmente consentânea com a filosofia individualista reinante no Estado liberal), passou a ser enxergado como instrumento público e, portanto, norteado prioritariamente pelo objetivo de satisfazer interesse público e, não, pelos interesses individuais discutidos em cada caso concreto.⁴⁵³

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

Evidente, então, que o abuso do direito no processo evoca o seu uso deturpado. E isso, nas palavras de Maria Francesca Ghirga, ocorre “quando o mecanismo através do qual se exerce o poder jurisdicional vem colocado em movimento para atingir um escopo diverso daquele da ‘justa composição da lide’”.⁴⁵⁴ Esse conceito mais amplo se contrapõe a outro mais restrito, denominado “abuso dos mecanismos processuais específicos”,⁴⁵⁵ usado, como

⁴⁵³ Cfe. item 2.1, *supra*.

⁴⁵⁴ Conciliazione giudiziale e abuso del processo, *Rivista di diritto processuale*, p. 201.

⁴⁵⁵ A expressão é usada por THEODORO JR., H. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, *Revista Forense*, p. 58.

parece evidente, para explicar o comportamento abusivo em relação às possibilidades específicas de atuação dos sujeitos do processo. Daí porque conclui Michele Taruffo ser possível traçar, na análise do tema do abuso no direito processual civil, “uma distinção entre o abuso do processo como tal e o abuso de específicos instrumentos processuais”.⁴⁵⁶ Trata-se, a toda evidência, de duas dimensões diferentes que servem para compreender um mesmo fenômeno.

Em qualquer delas, constata-se peculiaridade muito importante que distingue o abuso no processo do abuso dos direitos subjetivos reconhecido inicialmente no plano do direito civil. É o que adverte José Olímpio de Castro Filho, ao afirmar que, no processo civil,

a repressão se efetua, não porque resulte, ou possa resultar, em dano alheio, senão porque representa, o abuso, por si só, um dano ao Estado. A manutenção da Justiça custa dinheiro, e não é justo que o dinheiro do povo seja empregado para satisfazer a má-fé, a temeridade, o capricho, ou o erro grosseiro de um indivíduo. Por outro lado, suposto que procedessem as partes com correção e lisura no processo, dizendo logo a verdade e só a verdade, muito menor seria o gasto de tempo e de despesas para a solução da controvérsia, pelo mesmo motivo reprime-se a infração da regra de dizer a verdade, ainda quando não haja dano à parte contrária, porque, também aí, há sempre o dano ao Estado.⁴⁵⁷

Nesse mesmo sentido, a lição de Gino Zani, extraída da clássica obra italiana a respeito do tema ora tratado, intitulada *La mala fede nel processo civile*:

O comportamento de má fé da parte, se de um lado ameaça o interesse individual e privado do adversário, muito mais gravemente ameaça aquele estatal, colocando em perigo a segurança da decisão, o bem comum e a confiança na administração da justiça.

Eis por que sobre o lembrado interesse do Estado, ora comumente admitido (...) repousa não apenas a tendência do processo em direção à verdade material, mas também a exigência de um comportamento honesto e conforme a boa-fé.⁴⁵⁸

Resulta muito claro, nessa ordem de idéias, que a repressão ao desvirtuamento da finalidade do processo passa por reconhecer, em primeiro lugar, que é inviável conceber liberdade de conduta absoluta no processo e, em segundo lugar, que o direito processual civil, necessariamente, deve ser permeado por valores morais. Essa mesmas conclusões, em relação aos direitos subjetivos,

⁴⁵⁶ L'abuso del processo: profili comparatistici, *Revista de Processo*, p. 159.

⁴⁵⁷ *Abuso do direito no processo civil*, p. 33.

⁴⁵⁸ *La mala fede nel processo civile*, p. 18-9. Tradução livre do original: "Il comportamento di mala fede della parte, se da un lato minaccia l'interesse individuale e privato dell'avversario, ben più gravemente minaccia quello statale, ponendo in pericolo con la sicurezza della decisione, il bene generale e la fiducia nell'amministrazione della giustizia. Ecco perché sul ricordato interesse dello Stato, ormai comunemente ammesso (...) riposa non solo la tendenza del processo verso la verità materiale, bensì l'esigenza di un comportamento onesto e conforme a buona fede".

vimos, orientaram a formulação das inúmeras teorias “anti-abuso” no âmbito do direito civil. É dizer:

Do mesmo modo que o fator ético e moral penetrou com maior intensidade no âmbito próprio do ordenamento civil relativizando o exercício dos direitos e obrigando a guardar coerência com sua finalidade, a publicização do direito processual ao reconhecer que sua missão ia além do mero interesse das partes, determinou que se adotassem *standards* de conduta devida definidos como princípios de lealdade, boa-fé e probidade, que revelam verdadeiras normas de justiça processual de acordo com as quais a atividade dos participantes do processo, em seu mais amplo sentido, encontra uma limitação a sua conduta.⁴⁵⁹

Evidentemente, essas reflexões sobre a impossibilidade de utilização abusiva do processo foram inspiradas pela constatação prática dos inúmeros subterfúgios e manobras utilizadas pelas partes litigantes para, através do processo, alcançar objetivos egoístas – e, portanto, escusos. O comportamento processual abusivo traz, lamentavelmente, péssima contribuição para a administração da justiça. “Quanto maior é o número de casos de abuso de direito de defesa, maior é o número de processos em desenvolvimento e, por conseqüência, maior é o número de juízes e funcionários envolvidos e, bem pior do que isso, maior é o congestionamento e a morosidade da administração da justiça no seu todo”.⁴⁶⁰

Assim, a teorização sobre o abuso do processo, além de ser inspirada pela transmigração de sua concepção – do privado para o público –, também resultou da necessidade patente de encontrar solução para um fenômeno social (e processual) freqüente, que constituía, e ainda constitui, sintoma de grave patologia do processo civil.

Essa patologia tem sido denunciada pela doutrina processualista, no Brasil e em vários outros países, há muito tempo. Daí porque, muito embora seja relativamente recente a dedicação ao tema específico do abuso no processo

⁴⁵⁹ OTEIZA, E. Abuso de los derechos procesales en América Latina, *Revista de Processo*, p. 160. Tradução livre do original: “Del mismo modo que el factor ético y moral penetró con mayor intensidad en el ámbito propio del ordenamiento civil relativizando el ejercicio de los derechos y obligando a guardar coherencia con su finalidad, la publicización del derecho procesal al reconocer que su misión excedía el mero interés de las partes, determinó que se adoptaran estándares de conducta devida definidos como principios de lealtad, buena fe y probidad, que descubren verdaderas normas de justicia procesal de acuerdo con las cuales la actividad de las participantes del proceso, en su más amplio sentido, encuentran un cause a su conducta”.

⁴⁶⁰ MARINONI, L. G. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 31. No mesmo sentido: TARUFFO, M. L’abuso del processo: profili comparatistici, *Revista de Processo*, p. 159.

civil,⁴⁶¹ não o é a preocupação (doutrinária, legislativa e jurisprudencial) de encontrar “remédios” eficazes para sanar o problema aludido.

Na busca por soluções, contudo, tem-se encontrado obstáculos, sendo que aqueles mais significativos estão traduzidos nas seguintes idéias: 1) caráter absoluto das garantias processuais; 2) fragilidade de tais garantias em países nos quais a democracia está em desenvolvimento; 3) insuscetibilidade das normas processuais à utilização abusiva; e, 4) dificuldade de se atribuir às partes as conseqüências de comportamento abusivo usualmente adotado por iniciativa dos advogados.

Indiscutivelmente, a atribuição de caráter absoluto às garantias processuais reflete a mesma visão individualista do Direito que orientou a afirmação, por tanto tempo, de que seriam absolutos os direitos subjetivos. Por trás da afirmação desse caráter absoluto, está o receio de que sejam sacrificadas as conquistas que marcaram a transição do Estado – de absolutista para liberal.

Esse receio assumiu proporções maiores por conta dos efeitos devastadores das grandes guerras mundiais (em especial a segunda), durante as quais inúmeros foram os danos materiais e morais causados aos países que delas participaram direta ou indiretamente, como ocorreu com a Itália. Em tais países, a população teve a infeliz oportunidade de assistir, no período das guerras, a fatos lamentáveis como a instituição de tribunais de exceção, que tolhia dos acusados a possibilidade de fazer valer a garantia do contraditório, da ampla defesa, como já tinha se passado no período do absolutismo, onde a regra era o processo inquisitório.

Tivemos a oportunidade de observar, anteriormente,⁴⁶² que, em resposta aos abusos cometidos na última guerra mundial, nasceu o constitucionalismo moderno, cuja principal característica é a exaltação das referidas garantias.⁴⁶³ É o

⁴⁶¹ Conclusão essa que, parece-nos, é justificada pelas poucas monografias específicas a respeito desse tema.

⁴⁶² Cfe. item 2.1, *supra*.

⁴⁶³ Mauro Cappelletti alude a essa experiência em vários dos países envolvidos diretamente na segunda guerra mundial: “Países como a Alemanha, a Itália, a Áustria, o Japão, emergindo das trágicas experiências do totalitarismo com as suas brutais violações dos mais fundamentais direitos do homem, voltaram-se a isto que hoje é chamado o ‘constitucionalismo moderno’ na tentativa de proteger-se contra a possibilidade de um retorno daquele triste passado” (“Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo”, p. 157). Tradução livre do original: “Paesi come la Germani, l'Italia, l'Austria, il Giappone, emergendo dalle tragiche esperienze del totalitarismo con le sue brutali violazioni dei più fondamentali diritti dell'uomo, si sono rivolti a ciò che oggi é

que explicam Cappelletti e Vigoriti, analisando a questão em relação, especificamente, ao ordenamento constitucional italiano:

A Constituição de 1948 nasceu como uma vigorosa reação contra as trágicas experiências da guerra e contra os abusos de um regime que não havia hesitado em se proclamar autoritário e antidemocrático. De um lado, ela assumiu decididamente o caráter de uma *lex superior*, inderrogável pela lei ordinária (art. 138-139); e tal inderrogabilidade é garantida pela adoção de um sistema de controle das leis por obra da nova Corte constitucional (art. 134-137). Por outro lado, ela proveu a inserção no texto constitucional de um grande número de garantias processuais, concernentes seja à magistratura e às cortes, seja às partes, e seja enfim à técnica do processo.⁴⁶⁴

Perfeitamente compreensível, então, o receio diante da possibilidade de limitação à participação das partes, através da repressão ao abuso do processo civil. Sem embargo, a exaltação desmedida da garantia de participação na condução do processo implica grave deformação do sistema, não apenas por conta da negação do caráter publicista do processo, mas também em vista da exigência de que seja instrumento **efetivo**, extraída atualmente da cláusula do devido processo legal.⁴⁶⁵ Impõe-se, por este prisma, reconhecer a necessidade de limitação à participação dos litigantes, para adequada conjugação de todos os valores que inspiram a prestação jurisdicional.⁴⁶⁶

“A participação nesse debate pressupõe compreender que o Estado garante a Administração da Justiça para fins úteis e não para o exercício abusivo de direitos. Se os participantes deixam de realizar um uso adequado, com a certeza de não terem razão, mantêm condutas que limitam a possibilidade de resolver o conflito, resulta que o órgão jurisdicional reprove tal comportamento”.⁴⁶⁷

chiamato il 'costituzionalismo moderno' nel tentativo di proteggersi contro la possibilità di un ritorno di quel triste passato”.

⁴⁶⁴ I diritti costituzionale delle parti nel processo civile italiano, *Rivista di diritto processuale*, p. 605-606. Tradução livre do original: “La Costituzione del 1948 è nata come una vigorosa reazione contro le tragiche esperienze della guerra e contro gli abusi di un regime che non aveva esitato a proclamarsi autoritario e antidemocratico. Da un lato, essa ha decisamente assunto il carattere di una *lex superior*, inderogabile con la legge ordinaria (art. 138-139): e tale inderogabilità è assicurata dall'adozione di un sistema di controllo delle legge ad opera della nuova Corte costituzionale (art. 134-137). Dall'altro lato, essa ha provveduto all'inserimento nel testo costituzionale di un largo numero di garanzie processuali, concernenti sia la magistratura e le corti, sia le parti, e sia infine la tecnica del processo”. Nesse idêntico sentido, COMOGLIO, L. P., FERRI, C. e TARUFFO, M. *Lezione sul processo civile*, p. 70.

⁴⁶⁵ Cfe. item 2.4, *supra*.

⁴⁶⁶ Cfe. item 3, *supra*.

⁴⁶⁷ OTEIZA, E. Abuso de los derechos procesales en América Latina, *Revista de Processo*, p. 161. Tradução livre do original: “La participación en ese debate presupone comprender que el Estado garantiza la Administración de Justicia para fines útiles y no para el ejercicio abusivo de derechos. Si los participantes dejan de realizar un uso adecuado, con la certeza de la sin razón, mantienen

A mais séria crítica à formulação da teoria do abuso em relação ao processo civil, portanto, cai por terra diante da constatação de que a participação ilimitada das partes destitui do processo o caráter instrumental que lhe é atualmente atribuído. Ou seja, a repressão ao abuso se justifica, exatamente, pela necessidade de “tornar efetivas as garantias, uma vez que os processos nos quais se verificam abusos não correspondem aos critérios de retidão e de *due process*”.⁴⁶⁸

A segunda crítica contra a teorização do abuso no processo se relaciona, de algum modo, à primeira. Trata-se, como dissemos, do receio de que a repressão ao abuso no processo represente ameaça às garantias constitucionais de participação naqueles países em que a democracia ainda é recente. Ou seja, a preocupação, nesse ponto de vista, resulta da “possibilidade de que o perigo dos abusos seja utilizada como argumento para contrariar a plena atuação das garantias constitucionais”.⁴⁶⁹

Parece, no entanto, pouco convincente a crítica mencionada, pois parte de premissa incorreta. O que aparentemente se teme não é a elaboração de uma teoria do abuso no processo civil, mas, sim, o uso inapropriado desta teoria com o fim escuso de mitigar o conteúdo das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. A improcedência da argumentação é bem explicada por José Olímpio de Castro Filho:

Na verdade, pesando devidamente a objeção, a mais séria até hoje oposta, e que impressiona precisamente por focalizar a possibilidade de uma restrição à liberdade humana, compreende-se que confunde a teoria em si, que os próprios opositores concordam ser indispensável, com a sua aplicação defeituosa.

Com efeito, estamos em que precisamente o contrário se verifica: a teoria do abuso do direito atende, exatamente, ao princípio da liberdade humana, porque o que realiza é conter, nos limites do justo e razoável, o desvio do direito, protegendo, em consequência, o direito individual daquele contra o qual o abuso foi cometido.

Assim, é a pessoa humana mesma, no que tem de mais sagrado - o seu direito, violado pelo exercício abusivo contrário, - que a teoria, a final, acaba exaltando e prestigiando.⁴⁷⁰

conductas que limitan la posibilidad de zanjar el conflicto, corresponde que el órgano jurisdiccional repruebe tal comportamiento”.

⁴⁶⁸ TARUFFO, M. L’abuso del processo: profili comparatistici, *Revista de Processo*, p. 157. Tradução livre do original: “... gli abusi dovrebbero essere impediti proprio al fine di rendere effettive le garanzie, poichè i processi nei quali si verificano abusi non corrispondono ai criteri di correttezza e di *due process*”.

⁴⁶⁹ TARUFFO, M. *Op. cit.*, p. 157. Tradução livre do original: “... possibilità che il pericolo di abusi venga usato come argomento per contrastare la piena attuazione delle garanzie costituzionali”.

⁴⁷⁰ CASTRO FILHO, José Olímpio. *Op. cit.*, p. 24.

Analisemos, então, o óbice resultante da suposta insuscetibilidade das normas processuais ao abuso. Essa insuscetibilidade resultaria do caráter excessivamente analítico e detalhado da norma processual, pois o legislador, ao elaborá-la, já teria previsto todas as hipóteses de incidência possíveis e, portanto, nela feito constar todos os elementos necessários a essa incidência nos casos concretos bem como eventuais sanções pelo seu descumprimento.⁴⁷¹ Assim, não restaria outra conclusão senão a de que a norma processual “pode ser corretamente aplicada ou não (...) mas não surge jamais uma questão de lealdade, de boa-fé ou de retidão na aplicação dessa norma”.⁴⁷²

De todas, talvez seja essa a crítica mais frágil à teorização do abuso no processo civil. Revela ela um modo absolutamente ultrapassado de enxergar o processo e o Direito. Em primeiro lugar, por ignorar que esse, sendo produto histórico destinado a adequadamente regular a conduta individual em sociedade, sofre necessariamente influência de valores éticos que informam, portanto, a interpretação das normas processuais. Daí a conclusão de Carlos Aurélio Mota de Souza no sentido de que “a regra processual é, pois, basilarmente moral; por isso, ninguém pode se servir do processo para fins ilícitos ou nele praticar atos eticamente reprováveis, não desejados pela moralidade média de um povo em determinado momento cultural”.⁴⁷³

Por outro lado, deixa a crítica de considerar ser tendência dos tempos atuais a incompletude da norma, ou seja, em sua atividade, o legislador já não tem se orientado pela necessidade de esgotar, no preceito, todas as hipóteses e condições de aplicação da norma, por se dar conta de que essa tentativa tende a se revelar infrutífera em razão da constante mutabilidade do meio social em que incidirá a norma. De se reconhecer, então, a absoluta adequação do raciocínio desenvolvido por Michele Taruffo, para quem “a idéia de um código de processo civil como disciplina de um mecanismo perfeitamente organizado que funciona sozinho, ou como uma espécie de autônomo perfeito que não deixa nenhuma escolha aos sujeitos envolvidos, está completamente superada (mais ainda: uma imagem desse

⁴⁷¹ TARUFFO, M. L'abuso del processo: profili comparatistici, *Revista de Processo*, p. 154.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 154. Tradução livre do original: “... può essere correttamente applicata o no (...) ma non sorge mai una questione di lealtà, di buona fede o di correttezza nell'applicazione o violazione di tale norma”.

⁴⁷³ Poderes éticos do juiz (a igualdade das partes no processo e a repressão do abuso processual), *Revista de Processo*, p. 162.

gênero jamais foi uma fiel representação da realidade em algum ordenamento jurídico)”.⁴⁷⁴

Acima de qualquer outra consideração, contudo, peca a crítica ora analisada por não atentar para dado concreto relevantíssimo: a freqüente e efetiva utilização do processo pelas partes para satisfação de fins egoísticos.⁴⁷⁵ É, aliás, de certo modo, natural essa utilização abusiva do processo, pois, como bem lembra José Olímpio de Castro Filho,

Ele se forma, via de regra, quando já não existe a harmonia de vontades e de interesses, que se encontra, muito comumente, no direito privado, como, por exemplo, na formação dos contratos, ou na execução dos atos jurídicos em geral. E se desenvolve, também geralmente, como uma luta de interesses, em que cada um procura, sobretudo, vencer.

Daí não ser de estranhar-se que cada contendor procurasse vencer a demanda, de qualquer forma e por qualquer maneira, ainda que à custa do sacrifício do direito alheio.⁴⁷⁶

Cumpre, por fim, analisar a última crítica antes referida, relacionada à dificuldade de se imputar à parte as conseqüências do comportamento abusivo freqüentemente praticado por seu advogado.⁴⁷⁷ Não há, contudo, nesse aspecto em si, um obstáculo à teorização do abuso no processo civil. Aliás, essa crítica parte, justamente, do reconhecimento de uma conduta abusiva, atribuindo-a, contudo, à atuação do advogado. A dificuldade evidenciada atine, isso sim, à identificação da sanção cabível em face do abuso e, também, de quem deve se sujeitar a essa sanção, aspectos esses que, muito embora estejam indissociavelmente relacionados à efetividade da repressão ao fenômeno abusivo, não se prestam, a toda evidência, a negar sua existência ou a necessidade de que venha a ser coibido no processo civil.

⁴⁷⁴ L'abuso del processo: profili comparatistici, *Revista de Processo*, p. 155. Tradução livre do original: "... l'idea di un codice di procedura civile come disciplina di un meccanismo perfettamente organizzato che funziona da solo, o come una specie di automa perfetto che non lascia alcuna scelta ai soggetti coinvolti, è completamente superata (più ancora: un'immagine di questo genere non è mai stata una fedele rappresentazione della realtà in alcun ordinamento giuridico)".

⁴⁷⁵ Como também se observou em relação à construção da teoria no direito civil (que foi antecida pela constatação quanto ao exercício abusivo dos direitos subjetivos na prática).

⁴⁷⁶ *Abuso do direito no processo civil*, p. 32.

⁴⁷⁷ "Precisamente esse aspecto, muitas vezes, como assinalou MORTARA, tem concorrido para a rejeição da teoria, senão, expressa ou implicitamente, para a sua não-aplicação. É que no processo estão as partes, quase sempre, sendo em alguns países por imposição legal exclusivamente, representadas por procuradores ou advogados. Como descobrir e punir, então, no autor, ou no réu ou no terceiro, uma *vontade de prejudicar* (subjetivistas) ou um desvio da *finalidade social*, do processo (objetivistas), se quem age e opera não é a parte, senão o seu procurador ou advogado?!" (CASTRO FILHO, J. O. *Op. cit.*, p. 34-35).

Diante dos aspectos mencionados, é forçoso reconhecer a absoluta ausência de impedimentos à teorização sobre o abuso no processo civil. Mais do que isso: tais aspectos indicam em sentido diametralmente contrário, para a necessidade de se analisarem medidas eficazes para prevenir e punir a conduta processual abusiva. Não por outra razão, pondera Michele Taruffo que “nenhum ordenamento é completamente indiferente ao abuso do processo”.⁴⁷⁸

5.2.

A diversidade dos critérios adotados para repressão ao abuso do processo: perspectiva crítica.

Lamentavelmente, o avanço significativo observado no direito civil, em relação à teoria do abuso do direito, não ocorreu, com a mesma velocidade, no âmbito do Direito Processual Civil. Provavelmente, antes de qualquer outra coisa, isso resulta de, por muito tempo, ter sido esse último ramo jurídico visto apenas como apêndice do primeiro. Somente na metade do século XIX, reconheceu-se a autonomia científica do Direito Processual Civil. Ora, se, até então, não era ele sequer visto como ramo científico autônomo, de que modo se poderia cogitar de abuso de seus institutos?

A resposta justifica, perfeitamente, eventual atraso no acolhimento da teoria do abuso do direito no processo civil. Mas, não explica por que, até hoje, insiste-se, com grande frequência, na adoção de critérios claramente ultrapassados – porque evidentemente de pouca utilidade – para identificar e punir a conduta processual abusiva. Tampouco explica por que alguns ordenamentos sequer aludem expressamente ao abuso do processo ou, quando o fazem, as normas que estabelecem as respectivas sanções têm encontrado tão poucas hipóteses de incidência nas decisões proferidas pelos tribunais.⁴⁷⁹ E mais: o atraso mencionado

⁴⁷⁸ L'abuso del processo: profili comparatistici, *Revista de Processo*, p. 150. Tradução livre do original: “... nessun ordinamento è completamente indifferente all'abuso del processo”.

⁴⁷⁹ Adroaldo Leão comenta essa omissão dos tribunais quanto à repressão do abuso no processo de modo interessante: “Vasculha-se a jurisprudência para encontrar poucos julgados, como se o dolo processual fosse o grande ausente nas lidas forenses. Chega-se a pensar que há uma tolerância recíproca entre as partes e entre seus patronos que, como por acordo tácito, não postulam a condenação do adversário para que também possam, livremente, pleitear de má-fé. Tudo se passa como se a relação processual fosse genuinamente disponível, como se o interesse público e uma instituição, que é o Poder Judiciário, o Estado, enfim, não sentissem os negativos reflexos dessa prática. Os sintomas de desprestígio do tema são evidentes. O Estado-Juiz, de regra, no particular, transformou-se em mero espectador de postura omissa” (*O litigante de má-fé*, p. 6).

também não é justificativa suficiente para que se deixe de analisar o problema do abuso no processo à luz das premissas teóricas estabelecidas no direito civil, em que se observou, como dissemos, grande avanço da teoria do abuso do direito.

Não há como esconder, nas considerações mencionadas, tom crítico voltado à sistematização do tema do abuso no âmbito do processo civil. Muito embora, de modo geral, pareça sempre pouco ortodoxo, e por isso pouco recomendável, criticar antes de explicar, optamos por essa metodologia para evidenciar, desde logo, a pouca clareza – para não dizer obscuridade – com que o tema do abuso é enfrentado, seja na legislação, seja nos precedentes jurisprudenciais, seja, com a devida vênia, na doutrina que a ele tem se dedicado. Essa opção afasta, de pronto, a impressão de que, nessa parte do trabalho, serão fornecidas respostas conclusivas – e pacíficas – a respeito dos critérios usualmente utilizados ou propostos para repressão do abuso do processo. Feito esse esclarecimento, por assim dizer, metodológico, cumpre, então, analisar tais critérios.

Para tanto, é indispensável, antes de mais nada, dizer que, em grande parte dos ordenamentos jurídicos, não há alusão expressa ao abuso do processo. Para contornar esse problema, visando a prestação jurisdicional mais eficiente, foram adotadas soluções diversas em cada país.

Em alguns países, extrai-se, de norma eventualmente estabelecida na Constituição ou na legislação civil, a vedação ao abuso no processo, por se entender que a proibição do abuso do direito é fórmula geral que, portanto, irradia seus efeitos por todos os ramos jurídicos, independentemente de expressa previsão para cada um deles. Assim ocorreu na Alemanha, em que a repressão ao abuso do processo fundamentou-se em dispositivo do Código Civil, no sentido de que “o exercício de um direito não é admitido se pode ter somente por fim causar dano a outrem” (§ 226).⁴⁸⁰ Posteriormente, a legislação trouxe para o processo civil alemão o dever de verdade que, interpretado pela jurisprudência, implicou “obrigação para as partes de ‘proceder com boa-fé em juízo’”.⁴⁸¹

Já em outros países, na ausência de previsão específica a disciplinar o abuso no processo, é comum recorrer às noções de lealdade, probidade e boa-fé, usualmente existentes nos códigos de processo civil, para justificar a necessidade

⁴⁸⁰ A tradução é de José Olímpio de Castro Filho (*Abuso do direito no processo civil*, p. 51).

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 52.

de repressão do comportamento abusivo. É o que se observa, por exemplo, na Itália⁴⁸² e nos países latino-americanos de um modo geral.⁴⁸³

No Anteprojeto do Código Processual Civil Modelo há disposição, aliás, que remete à necessidade de ajustar o processo aos princípios da boa-fé e da lealdade processual, redigida nos seguintes termos: “As partes, seus representantes ou assistente e, em geral, todos os participantes do processo, ajustarão sua conduta à dignidade da Justiça, ao respeito que se devem os litigantes e à lealdade e boa-fé. O tribunal deverá impedir a fraude processual, a colusão e qualquer outra conduta ilícita ou dilatória”.⁴⁸⁴

Também no Código de Processo Civil português, há menção à boa-fé como regra de conduta para as partes,⁴⁸⁵ bem como ao dever de elas (e seus mandatários) cooperarem para que se obtenha, “com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”.⁴⁸⁶

Para Taruffo, “a referência à cláusula geral de boa-fé pode ser interpretada, ao menos em alguns ordenamentos, como um sintoma do desenvolvimento ainda insuficiente de um mais específico conceito de ‘retidão processual’ que poderia ser usado como um critério para definir analiticamente os casos de abuso no âmbito da administração da justiça”.⁴⁸⁷

⁴⁸² Em cujo Código de Processo Civil, há disposição no seguinte sentido: “Art. 88 – Dever de lealdade e de probidade – As partes e seus defensores têm o dever de comportar-se em juízo com lealdade e probidade. Em caso de falta dos defensores a esse dever, o juiz deve referi-la às autoridades que exercem o poder disciplinar sobre esses”. Tradução livre do original: “Art. 88 – Dovere di lealtà e di probità – Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità. In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve riferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi”.

⁴⁸³ Eduardo Oteiza explica que, nesses países, as leis “em sua maioria, centram sua atenção no dever de boa-fé ou probidade, sem definir concretamente o abuso do processo” (Abuso de los derechos procesales en América Latina, *Revista de Processo*, p. 156). Tradução livre do original: “Las legislaciones de los países citados, en su mayoría, centran su atención en el deber de buena fe o probidad, sin definir concretamente al abuso del proceso”.

⁴⁸⁴ Essa é a tradução do art. 73, do Anteprojeto de Código Modelo, citado por OTEIZA, E. Abuso de los derechos procesales en América Latina, *Revista de Processo*, p. 154. O dispositivo traduzido, no original, tem a seguinte redação: “Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe. El Tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria”.

⁴⁸⁵ Cfe. art. 266-A, assim redigido: “As partes devem agir de boa fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior”.

⁴⁸⁶ Cfe. art. 266 do Código de Processo Civil português, em que se entende estatuído, nesse ordenamento jurídico, o princípio da cooperação.

⁴⁸⁷ TARUFFO, M. L’abuso del processo: profili comparatistici, *Revista de Processo*, p. 152. Tradução livre do original: “... il riferimento alla clausola generale di buona fede può essere interpretato, almeno in alcuni ordinamenti, come un sintomo dello sviluppo ancora insufficiente di un più specifico concetto di ‘correttezza processuale’ che potrebbe essere usato come un criterio per definire analiticamente i casi di abuso nell’ambito dell’amministrazione della giustizia”.

É inegavelmente salutar a tentativa de se justificar a repressão do abuso com base em cláusulas gerais como aquelas referidas acima, porque mostra claramente a preocupação com a conduta ética no processo. Mas, essa tentativa, ao menos no Brasil,⁴⁸⁸ não tem ensejado resultados muito expressivos, não se podendo, contudo, imputar esses resultados insatisfatórios exclusivamente à utilização de uma cláusula geral visando à identificação do comportamento abusivo. O Código Civil de 2002 alude a três cláusulas gerais (boa-fé, bons costumes e finalidade social e econômica do direito) para caracterização do abuso e, nem por isso, a norma inscrita no art. 187 é inoperante.

O problema da vinculação do abuso às referidas cláusulas, no processo civil, parece estar no modo como são elas interpretadas autenticamente (isto é, pelo próprio legislador) e, também, pelo operador jurídico de um modo geral. Com efeito, no art. 14 do CPC (em que estão estabelecidos os deveres das partes e dos sujeitos processuais de um modo geral), estão descritas algumas condutas que exemplificam o que, para o legislador, é agir em conformidade com a noção de probidade processual (em que se incluem a lealdade e a boa-fé processual).⁴⁸⁹

Deve-se reconhecer que a utilização da cláusula geral como critério para identificação da conduta abusiva não se traduz, necessariamente, em ineficácia do combate ao abuso no processo civil. O problema está, isso sim, em se interpretar referida cláusula em desacordo com a tendência evolutiva verificada no direito civil, em que, repita-se, a teoria do abuso do direito alcançou estágio de evolução jamais observado no direito processual civil.

Há países, entretanto, em que é desnecessário recorrer à boa-fé para identificação do comportamento processual abusivo, seja porque há, na legislação processual, expressa menção ao abuso no processo, seja porque estão elencadas as condutas processuais consideradas abusivas.

A França representa, provavelmente, o melhor exemplo de ordenamento em que há previsão expressa contra o abuso no processo. No *Code de Procedure*

⁴⁸⁸ Cfe. item 5.5, *infra*.

⁴⁸⁹ Muito embora o agir é conformidade com a boa-fé seja colocado como uma das espécies de dever das partes, no art. 14 do CPC, afirma-se que a alusão a essa cláusula geral é suficiente para se entender tudo o que se espera da conduta das partes na tramitação do processo, de tal modo que as condutas descritas nos incisos I, III, IV e V desse dispositivo, além daquelas elencadas no art. 17 do mesmo diploma, devem ser interpretadas como mera exemplificação, portanto, da conduta segundo a boa-fé e, não, espécies autônomas de conduta.

Civile, há disposição a respeito no art. 32-1, assim redigido:⁴⁹⁰ “aquele que age na Justiça de maneira protelatória ou abusiva pode ser condenado em multa civil de no máximo 3000 euros, sem prejuízo das perdas e danos que sejam reclamados”.⁴⁹¹ Também a nova redação do art. 559, do mesmo diploma,⁴⁹² prevê a possibilidade de condenação do apelante ao pagamento de multa no mesmo valor, “em caso de apelação principal protelatória ou abusiva”.⁴⁹³ E idêntica disposição, agora para os recursos protelatórios ou abusivos de um modo geral, há no art. 581, do *Code de Procedure Civile*,⁴⁹⁴ segundo o qual “em caso de recurso protelatório ou abusivo, seu autor pode ser condenado a uma multa civil de no máximo 3000 euros, sem prejuízo das perdas e danos que sejam reclamadas ao órgão jurisdicional que conhecerá do recurso”.⁴⁹⁵

A menção expressa ao abuso do processo não é suficiente, contudo, para repressão a esse fenômeno, nem tampouco torna, automaticamente, o sistema processual francês mais eficiente quanto a esse aspecto. Isso porque não há indicação, na legislação processual francesa, do que é efetivamente considerado comportamento abusivo. Nas regras citadas, há referência a condutas protelatórias alternativamente com as condutas abusivas, para fins de incidência das multas nelas previstas. Aliás, o Código de Processo Civil brasileiro também alude, no art. 273, do CPC, ao abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, como requisitos para a antecipação de tutela. Diante de tais regras, parece inevitável indagar: o que afinal significa a alusão ao propósito protelatório? Esse aspecto é idôneo ou suficiente para identificação do fenômeno abusivo?

Podem-se conceber várias respostas razoáveis para essa indagação. Todas elas passam pela interpretação do significado da conjunção alternativa (OU)

⁴⁹⁰ A redação do dispositivo é recentíssima, foi alterada por meio de lei publicada em 29.12.2005 e somente entrará em vigor em março de 2006.

⁴⁹¹ Tradução livre do original: “Art. 32-1. Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 Euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés”.

⁴⁹² Que também é recentíssima, foi alterada por meio de lei publicada em 29.12.2005 e somente entrará em vigor em março de 2006.

⁴⁹³ “Art. 559. En cas d'appel principal dilatoire ou abusif, l'appelant peut être condamné à une amende civile d' un maximum de 3 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui lui seraient réclamés. Cette amende, perçue séparément des droits d'enregistrement de la décision qui l'a prononcée, ne peut être réclamée aux intimés. Ceux-ci peuvent obtenir une expédition de la décision revêtue de la formule exécutoire sans que le non-paiement de l'amende puisse y faire obstacle”.

⁴⁹⁴ Que também somente entrará em vigor em março de 2006.

utilizada na redação das regras. A utilização dessa conjunção poderia indicar que, para o legislador, nem todo ato abusivo seria inspirado por intuito protelatório e, por outro viés, nem todo ato protelatório seria, em si, abusivo. Em sentido diametralmente oposto, mas nem por isso menos razoável, também se poderia afirmar que a utilização da conjunção mencionada indica não ter o legislador concebido distinção entre um e outro comportamento. Assim, para ele, todo comportamento abusivo seria protelatório e todo intuito protelatório implicaria caracterização de ato abusivo.

Mais adequado nos parece, contudo, afirmar que todo ato praticado com intuito protelatório é abusivo, independentemente de quem o pratique no processo civil. Ou seja, muito embora seja razoável presumir, em princípio, que ao autor, não interessa procrastinar o feito, tanto a ele, quanto ao réu, nessa situação, seria possível imputar conduta abusiva. E, para chegar a essa conclusão, partimos da premissa de que em nenhuma norma processual se legitima a prática de ato processual, por qualquer dos sujeitos processuais, com base unicamente no intuito de protelar a solução da lide. Portanto, o intuito protelatório sempre revela um desvio de finalidade das normas processuais em face das quais se permite ou se determina a adoção de um determinado comportamento no curso do processo. A essa altura, desnecessário afirmar que o desvio da finalidade para a qual foi instituída a norma processual é suficiente para caracterização do abuso.

Isso não significa dizer, contudo, que todo ato abusivo seja orientado pelo intuito protelatório,⁴⁹⁶ nem tampouco que a prova dessa intenção seja requisito para caracterização do ato abusivo. Afinal, a evolução da teoria do abuso no direito civil demonstrou, mais do que cabalmente, quão falha – e fadada ao insucesso – é a utilização de critério subjetivo para identificação (e punição) do comportamento abusivo.⁴⁹⁷ E não há um só motivo para repetir, no processo civil, o mesmo equívoco apregoado, por tanto tempo, no direito civil. O *animus nocendi*

⁴⁹⁵ Tradução livre do original: “Art. 581. En cas de recours dilatoire ou abusif, son auteur peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés à la juridiction saisie du recours”.

⁴⁹⁶ Basta pensar no processo fraudulento de anulação do vínculo matrimonial. Nele, muito embora fique evidente a utilização do processo para satisfação de interesses egoístas e ilegítimos dos cônjuges e, portanto, a caracterização do abuso, não se constata propósito protelatório por qualquer das partes envolvidas.

⁴⁹⁷ Por conta disso, adverte Eduardo Oteiza que não se deve levar ao extremo a valoração da prova do elemento subjetivo, sendo suficiente o recurso “à noção de ‘homem médio’, considerando assim aquele que atua com uma conduta média, socialmente correta” (Abuso de los derechos procesales en América Latina, *Revista de Processo*, p. 162).

está na essência dos atos emulativos proibidos no direito romano. Que sentido há em ressuscitar essa noção no processo civil do século XXI?

Cumprido, por fim, aludir à repressão do abuso do processo nos ordenamentos jurídicos da *common law*. Tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, “não vêm expressamente formuladas definições genéricas do abuso do processo, mas existem ricas e complexas tipologias de exemplos específicos de abuso e de sanções que são utilizadas para prevenir ou para punir as condutas abusivas”.⁴⁹⁸ Em tais ordenamentos, contudo, a estrutura normativa em que se reprime o abuso do processo é *sui generis*, guardando relação com o próprio modo peculiar como é visto o papel dos advogados. E essa fórmula parece trazer, para tais sistemas processuais, resultados mais expressivos do que aqueles observados em outros ordenamentos, a partir da utilização de critérios diversos para repressão do abuso. A questão, contudo, será analisada mais detidamente no item 5.3.3, *infra*.

Em vista de todos os aspectos mencionados, é de se reconhecer, sem restrições, que muito embora o tema do abuso tenha despertado interesse da mais abalizada doutrina, da comunidade processual brasileira e mundial, ainda estamos longe de adequada repressão e prevenção do fenômeno abusivo no processo civil. A distância de tão importante objetivo certamente se deve à pouca atenção dada às premissas teóricas relevantíssimas estabelecidas ao longo da evolução da teoria do abuso no direito civil. Nada há que explique ou justifique esse afastamento dos dois ramos jurídicos em relação a tema tão importante que lhes é comum. Aliás, é exatamente o contrário: tanto um quanto outro ramo do Direito se ressentem de uma visão individualista e potencialmente danosa do ordenamento jurídico. Daí porque, sem o diálogo das fontes, o estudo do abuso no processo civil parece estar fadado a um ciclo vicioso lamentável.

5.3.

Questionamento subjetivo: a quem pode ser imputado abuso do direito no processo?

5.3.1.

⁴⁹⁸ L’abuso del processo: profili comparatistici, *Revista de Processo*, p. 151. Tradução livre do original: “Negli ordinamenti di *common law*, ad esempio, non vengono espressamente formulate

Relação jurídica processual e sujeitos do processo: premissas.

Quem olha para um comportamento abusivo se depara com várias facetas de uma mesma realidade: a aparência de um direito (por conta do preenchimento da estrutura forma da norma); a ofensa ao elemento axiológico que informou a proteção legal ao bem jurídico; e, a satisfação de finalidade ou objetivo egoísta, em detrimento da finalidade social que está por trás de cada direito reconhecido. Eventualmente, também se poderá constatar, diante do comportamento dito abusivo, a intenção de prejudicar, a ocorrência de danos concretos para terceiro e outros elementos variáveis, mais ou menos perceptíveis em cada hipótese concreta. Mas, os três primeiros aspectos mencionados constituem, sem dúvida, o núcleo do comportamento abusivo. Essa é uma primeira premissa que nos parece importante para analisar a quais sujeitos, no processo civil, pode-se imputar a prática de ato abusivo.

Por outro lado, para saber quem pode se comportar abusivamente no processo, impõe-se reflexão sobre as peculiaridades da relação jurídica processual, pois é em função dela, do seu desenrolar ao longo do processo, que resulta a possibilidade ou necessidade de os sujeitos processuais principais (demandante, demandado e juiz) praticarem atos processuais. Aliás, é a participação na relação jurídica processual que define a qualidade de sujeito do processo.⁴⁹⁹

Atribuem-se, à relação jurídica processual, entre outras, as características da complexidade e da progressividade, que se traduzem, em síntese, no seguinte: ao contrário do que acontece em outras relações jurídicas, aquela estabelecida no processo implica a criação de várias situações jurídicas passivas e ativas, que autorizam ou determinam, conforme o caso, a prática de atos pelos sujeitos processuais ao longo de todo o procedimento.⁵⁰⁰ Assim, por conta do dinamismo da relação processual, cada ato praticado por um sujeito implica, ao mesmo tempo, a extinção da situação jurídica que o autorizou ou determinou e a criação de uma nova situação jurídica.

Importante, então, analisar quais são as situações jurídicas processuais que resultam da relação jurídica processual. Carreira Alvim explique “nela se contém

definizioni generali dell'abuso del processo, ma esistono ricche e complesse tipologie di esempi specifici di abuso e di sanzioni che vengono usate per prevenire o per punire le condotte abusive”.

⁴⁹⁹ DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 198.

um complexo de direitos, deveres, poderes, faculdades, sujeições e ônus, que vão surgindo desde o momento em que ela nasce até o instante em que se extingue”.⁵⁰¹ Já Humberto Theodoro Júnior afirma que, da relação jurídica processual, resultam efeitos que se apresentam “tanto na forma *positiva*, sob a feição de *direitos* ou *faculdades* processuais, como na forma *negativa*, isto é, como *ônus*, *deveres* e *obrigações* processuais”.⁵⁰²

Parece-nos, contudo, mais adequada a análise das situações jurídicas processuais a que procede Cândido Dinamarco,⁵⁰³ que bem explica a impossibilidade de se vislumbrarem, no processo, direitos subjetivos ou obrigações (como sustentam os autores supracitados) porque deles resultam, respectivamente, “acréscimo ao patrimônio de quem recebe e diminuição daquele que fica privado do bem”. E isso não ocorre na relação jurídica processual pois nem a prestação jurisdicional, decorrente da prática de cada ato processual pelo juiz, representa um sacrifício para o Estado (aliás, é a consecução de um seu objetivo), nem os atos praticados pelas partes ensejam a obtenção de um bem da vida, mas apenas a constituição de novas situações jurídicas processuais. Justamente por isso, aliás, talvez fosse mais adequado falar em abuso das situações jurídicas processuais do que, propriamente, do direito de defesa ou do direito de demandar.⁵⁰⁴

Para Dinamarco, as situações jurídicas processuais podem ser ativas ou passivas.

As situações jurídicas ativas se caracterizam por privilegiarem a liberdade de atuação do sujeito, permitindo-lhe a prática de um determinado ato ou a exigência de que outro sujeito processual venha a praticá-lo. Na primeira hipótese, estar-se-ia diante das faculdades, que ocorrem muito raramente no processo, constituindo exemplos dessa situação a opção de digitar ou datilografar uma petição, a de citar entendimento doutrinário e jurisprudencial, a de constituir um ou mais advogados para defesa dos interesses em juízo, etc.⁵⁰⁵ Na segunda hipótese, estariam caracterizados os poderes, que poderiam ser sintetizados na “capacidade de

⁵⁰⁰ CINTRA, A. C. de A. *et al.* *Teoria geral do processo*, p. 298.

⁵⁰¹ *Teoria geral do processo*, p. 171.

⁵⁰² *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 79.

⁵⁰³ *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 210-211.

⁵⁰⁴ Optamos, nesse trabalho, adotar essa terminologia por entender que, sendo ela utilizada há tanto tempo pelos autores que se dedicaram ao tema, sua alteração não traria nenhum resultado particularmente útil, tratar-se-ia, isso sim, de mera questão de palavras.

produzir efeitos sobre a esfera jurídica alheia”,⁵⁰⁶ sendo exemplo mais evidente dessa situação jurídica processual o poder de recorrer.

Por sua vez, as situações jurídicas processuais passivas se caracterizam pela limitação, em alguma medida, à liberdade de agir dos sujeitos, seja por lhes determinarem a prática de um ato, seja por lhes sujeitarem ao ato praticado por vontade alheia.⁵⁰⁷

Observa-se a determinação à prática de um ato pelo sujeito nos ônus e nos deveres. Na primeira situação, deixando de praticar o ato, o sujeito se submeterá necessariamente a uma consequência desfavorável (ônus absoluto) ou correrá o risco de que essa consequência venha a acontecer (ônus relativo), cabendo-lhe, portanto, em ambas as situações decidir se age para a defesa do próprio interesse ou não, aliás, precisamente por isso se diz que o ônus é “um imperativo do próprio interesse”.⁵⁰⁸ É comum afirmar-se que a atuação das partes no processo está vinculada, na maior parte dos casos, ao cumprimento dessas situações jurídicas processuais. Já nos deveres, mais raros no processo civil, a determinação quanto à prática do ato visa à proteção do interesse de outro sujeito, justificando-se, por esse prisma, a imposição de sanção pelo descumprimento da determinação. Essa estrutura explica por que usualmente se alude ao dever como “imperativo de conduta no interesse alheio”.⁵⁰⁹

Seria, então, de se indagar: as situações jurídicas processuais se dirigem, indistintamente, a todos os sujeitos ou, por outras palavras, tanto juiz quanto partes são titulares de faculdades, poderes, ônus e deveres no processo?

A resposta é negativa, por conta, justamente, do papel assumido pelo juiz no processo. É ele agente do poder estatal, que atua no processo para a consecução de objetivo do Estado – o de dirimir a lide e, assim, concretizar os escopos (sociais, políticos e jurídico) da jurisdição. Dessa afirmação, extraem-se duas conclusões importantes. Sendo, o juiz, agente do poder estatal, não possui interesse próprio na tramitação do processo, apenas representando o interesse público, daí sua condição de sujeito imparcial. Por outro lado, cabendo-lhe a consecução de tão importantes objetivos, é evidente que, ao mesmo tempo em que exerce poder na

⁵⁰⁵ *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 203.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 206.

⁵⁰⁷ DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 201.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 204.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 209.

relação processual, também cumpre deveres. Ou seja, “todos os poderes de que dispõe caracterizam-se como poderes-deveres, uma vez que não lhe são conferidos para a defesa de interesses seus, ou do próprio Estado, mas como instrumento para a prestação de um serviço à comunidade e particularmente aos litigantes”.⁵¹⁰

Ora, são claramente incompatíveis com a referida noção as situações jurídicas processuais mencionadas acima. Não tem o juiz a liberdade de opção que se traduz, em graus diferentes, nas faculdades e nos ônus, daí porque não se lhe pode imaginar como titular ou destinatário dessas situações jurídicas subjetivas. “Quando o juiz defere a produção de prova, ele não o faz porque *optou* por isso, mas porque a parte que a requereu tem direito a ela; nem há *opção pessoal* do juiz, ou mesmo do Estado-jurisdição, com referência ao processamento de uma causa, de um recurso *etc*”.⁵¹¹ Por outro lado, estando o poder que o juiz exerce no processo sempre acompanhado de um dever (já que seus atos não resultam de permissão, mas de imposição da lei), é evidente que “as situações jurídicas ocupadas por esse sujeito processual são ao mesmo tempo ativas e passivas”⁵¹² e, portanto, é evidente o distanciamento delas em relação, também, aos poderes e aos deveres, tal como descritos acima.

Por tudo isso, tem-se que apenas as partes podem ocupar as quatro situações jurídicas processuais, ativas e passivas, descritas acima. Analisemos, então, quais conseqüências resultam, disso, para a identificação do sujeito que comete abuso no processo.

5.3.2.

O juiz

A atuação do juiz na relação jurídica processual, explicada, em linhas gerais, acima, mostra por que não é possível lhe atribuir a prática de ato abusivo (enquadrável na categoria “abuso do direito”) no processo. Ora, se o abuso do direito se caracteriza, justamente, pela satisfação de interesse egoísta, em detrimento da finalidade social para a qual foi o direito reconhecido, de que modo

⁵¹⁰ CINTRA, A. C. de A. *et al. Teoria geral do processo*, p. 302.

⁵¹¹ *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 208.

⁵¹² *Ibid.*, p. 207.

seria possível atribuir ao juiz, **que não busca jamais à satisfação de interesse próprio no processo**,⁵¹³ a prática de ato abusivo nos termos mencionados?

As afirmações nesse sentido revelam que, ou bem não se está considerando a especificidade da atuação do juiz, ou bem não se está atentando para a essência do conceito de abuso de direito. Não são, contudo, raros os posicionamentos doutrinários nesse sentido.

Para Humberto Theodoro Júnior, o comportamento abusivo, no processo civil brasileiro, pode ser imputado a qualquer dos sujeitos essenciais,

as partes, suscitando questões manifestamente descabidas, e o juiz, deferindo-as ou indeferindo-as sem fundamentação (decisão nula por ofensa à Constituição, art. 93, IX) ou quando, por dolo ou fraude, prejudicar a parte (art. 133), omitindo, retardando ou decidindo de forma ilegal. Um outro caso de abuso judicial encontra-se na resistência infundada à exceção de impedimento ou suspeição, em que o Tribunal imputará ao magistrado a responsabilidade pelas custas do incidente (art. 314).⁵¹⁴

Também Michele Taruffo, depois e afirmar que todos aqueles de algum modo envolvidos no processo podem cometer atos abusivos, alude especificamente à atuação do juiz, nos seguintes termos:

Um primeiro ponto que é posto em evidência é que os direitos processuais podem ser objeto de abusos também por parte dos juizes. (...) Em termos gerais, o abuso cometido pelo juiz é tipicamente um abuso de discricionariedade, que se verifica usualmente quando o juiz usa mal os poderes de direção do processo que a lei lhe atribui (provocando atrasos não necessários, violando o direito das partes a um processo rápido e correto, e assim por diante), mas pode ser cometido também proferindo decisões manifestamente erradas.⁵¹⁵

Não podemos deixar de concordar com os autores citados em relação ao juízo de reprovação manifestado quanto às condutas adotadas pelos magistrados, a que aludem. E mais: cogitamos de outras tantas situações, tão comuns lamentavelmente na prática, em que a reprovação à conduta adotada pelo juiz poderia ser ainda maior. Basta lembrar da demora, tantas vezes injustificada, para analisar determinado requerimento formulado pelas partes em caráter de urgência

⁵¹³ E se, por conta de alguma circunstância particular, possui interesse na resolução da lide, seu afastamento por impedimento é medida que se impõe, sob pena de nulidade do feito (e, não, evidentemente, de configuração de ato abusivo).

⁵¹⁴ Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, *Revista Forense*, p. 58-59.

⁵¹⁵ L'abuso del processo: profili comparatistici, *Revista de Processo*, p. 162. Tradução livre do original: "Un primo punto che va messo in evidenza è che i diritti processuali possono essere oggetto di abuso anche da parte dei giudici (...) In termini generali, l'abuso commesso dal giudice è tipicamente un *abuso di discrezionalità*, che si verifica di solito quando il giudice usa male i poteri di direzione del processo che la legge gli attribuisce (provocando ritardi non necessari, violando il diritto delle parti ad un processo rapido e corretto, e così via), ma può essere commesso anche rendendo decisioni manifestamente errate".

ou, ainda, do injustificável tolhimento à adequada participação do advogado em alguns atos processuais (como audiências).⁵¹⁶

Não nos parece, contudo, recomendável presumir que todo ato irregular praticado pelos sujeitos processuais – e, aqui, especificamente, pelo juiz – pode ser caracterizado como abuso de direito no processo, sob pena de cometer imprecisão técnica de que resulta, somente, enfraquecimento da teoria e, mesmo, dificuldade de se analisar o fenômeno abusivo no processo como categoria dogmática dotada de autonomia.

Assim, se a teoria do abuso do direito prega a imposição de limites à liberdade de agir, não vemos como cogitar de abuso para quem, no processo, possui liberdade intensamente limitada pela própria lei, como ocorre com o juiz. E mais: se a referida teoria evidencia a abusividade do ato praticado para atender a interesse egoísta, também não podemos enxergar de que modo ao juiz, que não possui interesse próprio na tramitação do processo, possa ser imputada a prática de ato enquadrável na categoria do abuso do direito.

Não estamos aqui sustentando que o juiz jamais terá interesse próprio na solução de uma determinada causa. Afinal o que são todas as hipóteses do art. 134 do CPC brasileiro, senão exemplos de situação em que esse interesse, muito razoavelmente pode existir? Mas se, ocorrendo uma dessas hipóteses, o juiz vier a atuar na causa, proferindo decisões para resguardar seu interesse, é evidente que seu comportamento não será abusivo, mas ilegal, aliás atingirá o próprio princípio da imparcialidade que constitui desdobramento do devido processo legal consagrado na Constituição Federal de 1988.

Abuso (numa acepção ampla do termo) até pode haver, portanto, em algumas de suas atitudes, já que extrapolam os limites estabelecidos na lei, mas pensamos ser mais adequado aludir, aqui, no mais das vezes, à prática de ato ilícito⁵¹⁷ pelo magistrado, em vista do não cumprimento dos deveres que lhe são

⁵¹⁶ Em nossa experiência, não raramente nos deparamos com juízes, sobretudo de Justiças especializadas, que proíbem mais de um advogado de participar da audiência de instrução, em favor de uma mesma parte, como se, na lei, houvesse algum impedimento nesse sentido, como se, da proibição arbitrária, não resultasse inadmissível restrição ao exercício da profissão pelo advogado.

⁵¹⁷ Cujas diferenças, em relação ao ato abusivo, já foram estabelecidas em outro momento do presente trabalho. Vide item 4, *supra*.

expressamente atribuídos pela lei,⁵¹⁸ sujeitando-lhe, inclusive, à responsabilização por perdas e danos nos termos do art. 133 do CPC. Quando muito, a irregularidade dos atos praticados pelo juiz poderia caracterizar, em algumas situações menos frequentes, desvio de poder e, jamais, portanto, ao abuso do direito.

Muito embora haja diversidade de posicionamentos doutrinários quanto à questão,⁵¹⁹ pode-se conceber diferença estrutural significativa entre o abuso do direito e o desvio de poder. Isso porque “o desvio de poder tem relação com a discricionariedade da Administração Pública, não sendo tal discricionariedade um pressuposto de um direito subjetivo de fazer ou não fazer, mas sim, um ato devido da Administração Pública, que é propriamente uma obrigação”.⁵²⁰ A utilização dessa concepção do desvio de poder para analisar a atuação do juiz depende, contudo, indiscutivelmente, de se lhe reconhecer certa dose⁵²¹ de discricionariedade,⁵²² havendo severas críticas a que assim se proceda.⁵²³ O risco de incorrerem em desvio (aqui de finalidade do presente trabalho) nos faz apenas consignar a existência de polêmica a respeito, para indicar que, para alguns, também a noção de desvio de poder talvez não pareça a mais adequada ou aceitável para se qualificar o comportamento irregular eventualmente adotado pelo juiz.

⁵¹⁸ Nos arts. 125 a 133 do CPC, está delineado esboço geral dos deveres que devem pautar a atuação do juiz, de tal modo que várias das condutas irregulares antes referidas podem ser vistas como infração a esses deveres e, portanto, prática de ato ilícito.

⁵¹⁹ Como explica Jorge Manuel Coutinho de Abreu: “Antes de mais, deve notar-se que alguns autores falam de abuso de direito e de desvio de poder como se sinónimos fossem. Outros referem o desvio de poder como ‘forma’ ou ‘aspecto particular’ do abuso do direito. Outros, porém, optam decididamente por aplicar às deliberações sociais o regime do típico instituto de direito administrativo que é o desvio de poder” (*Do abuso de direito*, p. 147).

⁵²⁰ CARVALHO NETO, I. de. *Abuso do direito*, p. 180.

⁵²¹ Michele Taruffo alude à noção de discricionariedade num sentido muito amplo que “inclui todas as situações em que um sujeito está na posição de fazer uma escolha relativa a um ato ou comportamento, dentro de uma gama mais ou menos ampla de alternativas. Esse significado inclui portanto a discricionariedade administrativa, mas também a discricionariedade do juiz na direção do processo e a discricionariedade das partes na condução desse” (L’abuso del processo: profili comparatistici, *Revista de Processo*, p. 155).

⁵²² Para análise do tema da discricionariedade judicial, veja-se, por todos, ARRUDA ALVIM PINTO, T. C. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*, p. 106-128.

⁵²³ Nesse sentido, CÂNDIDO DINAMARCO: “Discricionariedade é o poder de escolha entre duas ou mais condutas igualmente legítimas (...) Ao decidir uma causa ou deferir requerimentos no processo, o juiz tem pela frente a norma jurídica e os fatos provados ou não, que deve confrontar com a lei posta. Geralmente, só *uma* decisão é legítima e as demais viriam a contrariar direitos e garantias dos sujeitos litigantes. O poder de *livre convencimento* na apreciação das provas (art. 131) não é sinal de discricionariedade, mas um imperativo do indispensável subjetivismo racional indispensável para o bom julgamento; não faculta ao juiz a tomada de posições ou presunções

Por todos os aspectos mencionados, afigura-se razoável concluir que, muito embora o juiz, personificando o Estado na relação processual, usualmente seja sujeito passivo⁵²⁴ das condutas processuais abusivas, não se pode qualificar desse modo as condutas irregulares eventualmente imputáveis a ele, sob pena de se passar por cima das noções básicas sobre a qual se apoia, modernamente, a noção de abuso do direito.

5.3.3.

As partes e seus advogados

Ao contrário do que se verifica em relação ao juiz, a atuação das partes é pautada pela parcialidade, justamente porque, no processo, possuem elas interesses próprios relacionados ao bem da vida que disputam. São os atos praticados sob o pretexto de adequadamente defender esses interesses que, no mais das vezes, ensejam a caracterização do fenômeno abusivo no processo. Com isso, estamos afirmando que são as partes, por excelência, o sujeito ativo do abuso no processo civil, aqui incluídos, por razão óbvias, os terceiros que, por conta de sua intervenção no processo, passam a atuar na qualidade de parte.⁵²⁵

A primeira oportunidade de praticar ato abusivo surge, para o demandante ou autor, na propositura da demanda, que, *per se*, pode representar a prática de ato em desconformidade com a boa-fé, os bons costumes ou a finalidade social para a qual foi reconhecido, constitucionalmente, o direito de ação. Igual oportunidade se abre para o demandado ou réu quando, regularmente citado, comparece no processo para apresentar uma das modalidades de resposta autorizadas pelo Código de Processo Civil. Também nessa situação, pode o demandado praticar ato abusivo, se extrapolados os limites impostos pelas cláusulas gerais supramencionadas.

personais e as suas conclusões são sempre suscetíveis de reexame pelos órgãos superiores, em grau de recurso” (*Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 208).

⁵²⁴ É o que explica José Olímpio de Castro Filho, ao ponderar que, no processo civil, observa-se peculiaridade em relação ao abuso, pois o “sujeito passivo é sempre o juiz, ou seja o Estado, de que aquele é o órgão, eis que, sem o juiz, não se completa o abuso, sempre envolvendo, direta ou indiretamente, o magistrado” (*Abuso do direito no processo civil*, p. 117).

⁵²⁵ “Além do autor e do réu, também poderão ser agentes do abuso do direito os terceiros, cuja intervenção no processo é geralmente admitida, sob certas condições” (CASTRO FILHO, J. O. *Abuso do direito no processo civil*, p. 142).

Mas, não apenas através desses atos iniciais podem ser praticados abusos no processo civil. É que, muito embora, do ponto de vista estratégico, tais atos tenham grande importância para a defesa dos interesses das partes, também praticam elas outros atos processuais, no arco de todo o procedimento, através dos quais também defendem os interesses antagônicos que possuem em relação ao bem da vida. A alusão, evidentemente, é aos atos por meio dos quais se concretiza, na prática, o trinômio “pedir-alegar-provar” que, vimos,⁵²⁶ é a síntese da participação em contraditório no processo.

Michele Taruffo,⁵²⁷ após consignar a complexidade da tarefa, fornece exemplos muito úteis à individualização das situações de abuso relativamente aos remédios processuais. Alude o autor, com efeito, à ocorrência de abuso na exceção de incompetência; à adoção de comportamento contraditório pela parte (considerado em relação a outro adotado extrajudicialmente ou no próprio processo); à infundada propositura das medidas cautelares (que considera uma situação particularmente freqüente); à indevida utilização dos procedimentos sumários (com o intuito de obter, através deles, com maior rapidez, o reconhecimento do crédito); ao requerimento e produção de provas; à interposição de recursos infundados, repetitivos ou dilatórios; e, por fim, aos excessos praticados pelas partes no processo de execução.⁵²⁸

Além das hipóteses mencionadas, alude Humberto Theodoro Júnior a outras, em que o abuso resulta do não atendimento ao “dever de colaborar na busca da justa composição da lide” ou, ainda, ao não acatamento da ordem de

⁵²⁶ Cfe. item 2.5, *supra*.

⁵²⁷ L’abuso del processo: profili comparatistici, *Revista de Processo*, p. 160-161.

⁵²⁸ Especificamente em relação a essa última situação (abuso na execução), pondera o autor: “Uma lista completa destas hipóteses não pode ser redigida nesta sede, mas alguns exemplos podem ser úteis. Assim, o início de diversos procedimentos executivos com base no mesmo título ou para a satisfação do mesmo direito pode ser abusivo se tem por finalidade apenas criar dificuldade para o devedor. O mesmo pode ser dito para seqüestros repetidos ou para a penhora de bens que não são na verdade desnecessários para obtenção da específica soma devida. Em termos gerais, além disso, qualquer manobra que o devedor ponha em ação para retardar ou bloquear a execução pode ser considerada um abuso do procedimento executivo” (*op. cit.*, p. 161). Tradução livre do original: “Un elenco completo di queste ipotesi non può essere redatto in questa sede, ma qualche esempio può essere utile. Così, l’inizio di diversi procedimenti esecutivi sulla base dello stesso titolo o per il soddisfacimento dello stesso diritto può essere abusivo se viene finalizzato soltanto a mettere in difficoltà il debitore. Lo stesso può essere detto per sequestri ripetuti o per il pignoramento di beni che non sono in realtà necessari per ottenere la specifica somma dovuta. In termini generali, inoltre, qualunque manovra che il debitore pone in essere per ritardare o bloccare l’esecuzione può essere considerata un abuso della procedura esecutiva”.

exibição de documentos proferida em ação preparatória de exibição de coisa ou em procedimento incidental de exibição.⁵²⁹

Outro subterfúgio abusivo usado com muita frequência é aquele da retirada em carga dos autos do cartório, inviabilizando, assim, seja dado regular prosseguimento ao processo, com a prática dos atos necessários para tanto (tais como intimações, manifestações do juiz, etc). Trata-se de comportamento abusivo muito arraigado na tradição forense. Não por outra razão, há mais de 70 anos, já notificava Jorge Americano situação como essa:

Temos noticia de um caso em que o advogado preferiu recolher-se preso a restituir os autos. Em nossa pratica promovemos certa vez uma cobrança sem resultado melhor. Quando esgotámos os remedios processuaes directos extrahimos certidão dos livros do escrivão, de cujo protocollo constava a importância do pedido e o fundamento da acção; juntando a isso os autos de cobrança, desistimos da prisão requerida contra o advogado e propuzemos contra o mesmo uma acção de indemnisação pelo acto illicito de reter autos. Esse facto mesmo implicava a prova da indefensabilidade da causa.

A hypothese, porém, não chegou a ter solução: os autos voltaram immediatamente a cartorio, e a acção principal proseguiu.⁵³⁰

O abuso praticado pelas partes, portanto, na defesa de seus interesses no processo, pode ser verificado em qualquer fase de sua tramitação, inclusive em grau de recurso, o que indica a necessidade de permanente fiscalização ética do processo, pelo juiz, não apenas na fase postulatória, mas, até o fim da demanda, com a efetiva entrega do bem da vida à parte que tem razão. E, se dessa fiscalização, resultar conclusão de que uma delas está agindo abusivamente, é dizer, sob a aparência de uma faculdade⁵³¹ legítima resultante das regras ou princípios processuais, para atingir fins ilegítimos não autorizados pelo legislador, impõe-se a aplicação das sanções autorizadas pelo ordenamento jurídico para punição do comportamento abusivo.

O problema, contudo, é que, em nosso ordenamento jurídico, como em tantos outros, somente é atribuída capacidade postulatória ao advogado. Ele, portanto, e somente ele, é autorizado por lei a praticar os atos de natureza postulatória⁵³² no processo.⁵³³ Disso resulta que, muito embora sejam as partes

⁵²⁹ Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, *Revista Forense*, p. 59.

⁵³⁰ *Do abuso do direito no exercício da demanda*, p. 117.

⁵³¹ O termo faculdade, aqui, não foi usado em sua acepção técnica, como uma das situações jurídicas processuais que surgem, para as partes, em vista da relação jurídica processual.

⁵³² “Os atos postulatórios, em seu conjunto, constituem o *patrocínio* em juízo, que o advogado faz mediante procuração outorgada pelo cliente (constituente). *Patrocinar* significa elaborar petições

titulares dos interesses discutidos em juízo a respeito de um determinado bem da vida, devem elas se fazer representar, necessariamente, por advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil e regularmente constituído através de procuração, sob pena de os atos praticados sem o atendimento a essa exigência não surtirem os efeitos pretendidos.⁵³⁴

Evidentemente, a exigência de que as partes se façam representar por advogados não é, em si, um problema, antes, atende a conveniências de ordem técnica e psicológica até,⁵³⁵ em prol da adequada defesa dos interesses de que são elas titulares. Quando aludimos, acima, à existência de problema resultante da atuação das partes por meio de seus advogados, referimo-nos aos abusos no processo civil cometidos, em tantas situações, por iniciativa exclusiva de tais profissionais, sem, em tantas situações, a ciência – e por vezes inclusive a anuência – de seus clientes.

Pode acontecer de fato que um abuso possa ser atribuído à parte pessoalmente, quando é a parte mesma a ser responsável pelo comportamento abusivo, ou ao menos quando o defensor agiu sob precisas e específicas instruções do cliente. É bem sabido, todavia, que em muitos casos o defensor dispõe de uma ampla margem de discricionariedade no decidir quais iniciativas processuais tomar e quais escolhas defensivas parecem mais oportunas no interesse de seu cliente. Com muita frequência, o autor real do ato ou do comportamento abusivo é o defensor em vez do cliente, já que é deixado livre para defender os interesses do cliente no âmbito da própria capacidade profissional.⁵³⁶

iniciais, defesas, recursos ou resposta a eles e peças escritas em geral, bem como participar de audiências etc” (DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 286).

⁵³³ A exceção, claramente, cabe a parte dos processos que tramitam perante os Juizados Especiais Cíveis, perante os quais podem os interessados, diretamente, postular tutela jurisdicional, independentemente de estarem representados por advogado, se a demanda tiver expressão econômica até vinte salários mínimos (art. 9.º, Lei 9.099/95), porque entendeu o legislador ser esse um importante passo para a deformalização da Justiça e, assim, garantia de melhores condições de acesso a ela.

⁵³⁴ O exemplo, muito marcante – e traumático, é o do recurso de estrito direito interposto por advogado não constituído regularmente nos autos, que, por orientação pacífica das Cortes Superiores, não reúne condições de admissibilidade.

⁵³⁵ “Tem duas importantes razões de ser a *indispensabilidade do advogado*, proclamada constitucionalmente e refletida no Estatuto do Advogado (art. 2.º). A primeira delas é a *conveniência técnica* de confiar a defesa a pessoas com capacitação profissional adequada e sujeitas a um regime organizacional e disciplinar imposto por entidade de categoria estruturada para tanto (a Ordem dos Advogados do Brasil). A segunda é a *conveniência psíquica* de evitar as atitudes passionais da parte em defesa própria; como puro profissional, que não é o titular dos interesses em conflito, ele não fica tão envolvido como a parte nas angústias e acirramento de ânimos a que está sujeita” (DINAMARCO, C. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 287).

⁵³⁶ TARUFFO, M. L’abuso del processo: profili comparatistici, *Revista de Processo*, p. 162. Tradução livre do original: “Può accadere invero che un abuso possa essere attribuito alla parte personalmente, quando è proprio la parte ad essere responsabile del comportamento abusivo, o almeno quando il difensore ha agito sulla base di precise e specifiche istruzioni del cliente. E’ ben noto, tuttavia, che in molti casi il difensore dispone di un largo margine di discrezionalità nel decidere quali iniziative processuali prendere e quali scelte difensive appaiono più opportune

Nessas condições, têm sido postos obstáculos à punição do comportamento abusivo, sob o argumento de que, sendo ele imputável apenas ao advogado, não seria justo atribuir as conseqüências e/ou sanções à parte que o constituiu no processo.

De fato, esse sentimento parece sensibilizar particularmente os tribunais pátrios.⁵³⁷ Há pouco, inclusive, tivemos a oportunidade de presenciar situação que muito bem ilustra esse sentimento, no julgamento de um recurso de apelação em que o relator, no voto proferido, optou pela imposição de multa, em valor expressivo, contra a parte apelante. A multa deveria incidir, nos termos do voto do relator, porque o advogado, em 2.^a instância, estando o feito já regularmente distribuído, retirou em carga os autos, após a concessão de vistas, ficando com eles por 5 meses. E somente procedeu à devolução 2 dias antes de ser expedido mandado de cobrança dos autos, a pedido do apelado e por determinação do relator.

Tratando-se de causa que, aparentemente, possuía expressão econômica de razoável monta, apenas o valor da multa chegava à cifra de R\$ 50.000,00, nos termos do voto do relator. Eis que, terminada a leitura desse voto, o advogado em questão pediu a palavra pela ordem para dizer que não poderia seu cliente ser onerado em quantia tão expressiva pela “simples” retirada em carga dos autos, tanto mais que a devolução realizada foi espontânea, dispensando a cobrança.

Deixemos de lado o fato de, com a crescente informatização do Poder Judiciário, as partes e seus advogados terem perfeitas condições de saberem de quase tudo o que se passa no processo independentemente dos atos de comunicação processual: num minuto a decisão é proferida e, no outro, já está disponível nos sistemas de acompanhamento on-line implantados em quase todos os tribunais brasileiros. Portanto, é muito razoável presumir que o advogado, naquela situação, tinha ciência de que estava para ser expedido mandado de

nell'interesse del sua cliente. Piuttosto spesso l'autore reale dell'atto o del comportamento abusivo è il difensore invece del cliente, in quanto il difensore sia lasciato libero de difendere gli interessi del cliente nell'ambito della propria capacità professionale”.as

⁵³⁷ Observa Barbosa Moreira, tratando das sanções previstas na legislação processual civil brasileira para comportamento abusivo das partes, que elas “não se aplicam tão amiúde quanto costumam ocorrer as infrações (...) os juízes não são muito propensos a impô-las aos litigantes, talvez, ao menos em alguns casos, porque o gravame vai recair sobre a pessoa da parte, quando a rigor se cuida de comportamento imputável exclusivamente ao advogado” (Abuso do direito, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, p. 128).

cobrança dos autos e somente por isso se prontificou a devolvê-los na secretaria daquele órgão julgador. Passemos para o que foi ponderado, pelos demais julgadores, para evitar a incidência de multa, em hipótese na qual a ofensa à boa-fé (tanto no sentido subjetivo, quanto no sentido objetivo) foi tão gritante.

Os vogais – e demais desembargadores presentes naquela sessão de julgamento – textualmente afirmaram, no debate travado sobre a questão, que não era justo onerar a parte com tão pesada multa, depois da condenação já havida em valores vultosos, por conta de comportamento adotado, à sua revelia, pelo advogado constituído nos autos. Para nossa surpresa (e dos demais presentes naquela sessão), ficou afastada a incidência da multa.

Na ocasião, como agora, nos perguntamos: é justo deixar de punir a parte pela verificação de comportamento abusivo que, de algum modo, lhe favoreceu, sob a alegação de que coube ao advogado a escolha da estratégia?⁵³⁸

Esse é o tipo de pergunta que somente admite uma resposta razoável. No caso, negativa. E podemos cogitar de “n” razões *per se* suficientes para justificar essa resposta.

Acima de qualquer outro motivo, isentar a parte das conseqüências do comportamento abusivo praticado por seu advogado (com ou sem seu consentimento expresso) é permitir que esse profissional se deixe ser literalmente usado com os propósitos mais escusos, sob o pretexto de exercer seu ofício. E, talvez inspirados pela importância do papel do advogado, classe a que nos orgulhamos de pertencer, não podemos estar de acordo com uma tal deturpação, que faça dessa profissão uma jocosa piada para a administração da justiça, em vez de, com ela – e por ela - colaborar.

Em segundo lugar, porque, em função da importância que tem o advogado, não apenas na defesa dos interesses de seus clientes, mas também para adequada prestação jurisdicional, pensamos ser hora de a sociedade se conscientizar do peso que há na escolha de profissional que lhe represente em juízo. E, inegavelmente, a imposição de sanções pecuniárias (e outras possíveis em face do comportamento

⁵³⁸ A mesma indagação, formulada em termos diferentes, foi proposta por J. Alberto dos Reis, como notícia José Olímpio de Castro Filho: “... é justo que a parte suporte as conseqüências de fatos e atitudes que não quis nem autorizou, de que, porventura, nem sequer teve conhecimento? É admissível que pela conduta *pessoalmente* maliciosa do mandatário responda o mandante?” (*Abuso do direito no processo civil*, p. 149).

abusivo⁵³⁹) para a parte, pelo comportamento abusivo adotado por seu advogado, pode atender a esse importante objetivo didático: ensinar o cliente a escolher o profissional que lhe representará, pautando-se pelo histórico desse profissional, por sua atuação pretérita em conformidade com as regras éticas a que deve se vincular.

A severidade na punição do comportamento abusivo, nessa perspectiva, pode fazer com que a advocacia volte a ser profissão em que o preparo técnico e o agir ético sejam ingredientes suficientes para atuação bem sucedida do operador jurídico. Quem sabe assim, já não precisaremos ouvir, com tanta frequência, o discurso desiludido daqueles excelentes profissionais que pensam não ser possível uma carreira bem sucedida na advocacia, porque lhes falta a malícia que exige o mercado, a clientela, para atuação em juízo.⁵⁴⁰

Ao lado desses, há outros argumentos técnico-jurídicos, igualmente relevantes, que evidenciam a plausibilidade da imputação às partes das sanções por atos abusivos praticados por seus advogados. Jorge Americano⁵⁴¹ os explica de modo muito convincente e persuasivo, aludindo às relações do mandato e à culpa *in eligendo*, para mostrar por que a parte, extraindo proveito, na maior parte dos casos, dos atos abusivos eventualmente praticados por seu advogado, deve por eles responder.

Em relação ao primeiro aspecto, pontua o autor, tendo por premissas as disposições do Código Civil de 1916 (em vigor quando da publicação da obra), que o mandato, no ordenamento jurídico brasileiro, se caracteriza pela prática de atos jurídicos “em nome e como representante do mandante, por ter deste recebido os poderes para tal representação e para obrigar-o em relação aos terceiros com quem tratar”⁵⁴² e, nessa categoria, se subsumiria a relação cliente-advogado.

⁵³⁹ Cfe. item 5.4, *infra*.

⁵⁴⁰ Adroaldo Leão bem explica a tendência de valorização dessa “malícia” do advogado por parte da sociedade: “Especialmente no exercício da advocacia, a crença generalizada no seio do povo é a de que o bom advogado é aquele que faz uso de meios e requerimentos escusos para protelar ou dificultar a restauração do direito violado. Qualquer observador detecta essa distorção. Costuma-se até afirmar na vida forense que determinados profissionais são ‘advogados de réu’, o que significa: tornarem-se conhecidos pelo abuso do direito, por postularem, predominantemente, de má-fé. Ao invés da censura, o louvor. Ao invés do descrédito, a fama. Ao invés da condenação, o elogio” (*O litigante de má-fé*, p. 6).

⁵⁴¹ *Do abuso do direito no exercício da demanda*, p. 57-60.

⁵⁴² *Ibid.*, p. 57.

Portanto, por força do art. 1.309,⁵⁴³ do referido diploma, seria perfeitamente possível atribuir ao mandante (cliente) as obrigações contraídas pelo mandatário (advogado), no cumprimento do mandato.

Vislumbrando-se, na prática de ato abusivo pelo advogado, comportamento que extrapolasse os poderes instituídos no mandato conferido pelo cliente, seria de se presumir⁵⁴⁴ a ratificação do referido ato pelo cliente, nos termos do art. 1.296,⁵⁴⁵ do Código Civil de 1916, pelo que não restaria impedida a responsabilização do mandante (cliente) em tal hipótese.⁵⁴⁶

Em relação ao segundo argumento (culpa *in eligendo*), sustenta Jorge Americano, em síntese, ser imputável à parte a responsabilidade pelos atos praticados por quem a representa em juízo (advogado), por conta de negligência na escolha do profissional, ponderando, contudo, que cabe à vítima, nessa hipótese, o ônus da prova quanto à culpa *in eligendo*.⁵⁴⁷

Cumprindo, ainda, lembrar da lição de José Olímpio de Castro Filho, para quem “bem ponderando, nem cabe, a rigor, falar que a responsabilidade vai recair sobre o cliente, porque em última análise, apenas isso ocorre num primeiro plano, eis que sempre existe para a parte inocente, que não concorreu para o ato incriminado, o direito regressivo contra o seu representante, bastando para proporcionar-lhe o integral ressarcimento dos danos acaso sofridos”.⁵⁴⁸

Por fim, é importante observar que, ao nos posicionarmos favoravelmente à responsabilização da parte, pelo comportamento abusivo praticado por seu advogado (ainda que sem sua expressa anuência), não estamos, de modo algum, sustentando que deve o advogado submeter-se, unicamente, às sanções

⁵⁴³ “Art. 1.309. O mandante é obrigado a satisfazer todas as obrigações contraídas pelo mandatário, na conformidade do mandato conferido, e adiantar a importância das despesas necessárias à execução dele, quando o mandatário lho pedir”.

⁵⁴⁴ A esse respeito, pontua o autor: “Ora, não nos divorciamos da legislação nem da doutrina, quando, da atitude do advogado, induzindo o cliente a demandar sem direito, criando empecos à acção legal da parte contrária, usando de meios que, embora estejam à disposição dos litigantes, evidentemente não são aplicáveis à hipótese, tiramos a conclusão da aprovação do cliente, aos seus actos” (AMERICANO, J. *Do abuso do direito no exercício da demanda*, p. 58).

⁵⁴⁵ “Art. 1.296. Pode o mandante ratificar ou impugnar os atos praticados em seu nome sem poderes suficientes. Parágrafo único. A ratificação há de ser expressa, ou resultar de ato inequívoco, e retroagirá à data do ato”.

⁵⁴⁶ Como se poderia sustentar em face da regra do art. 1.313 do Código Civil de 1916, assim redigida: “Ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não excedeu os limites do mandato, ficará o mandante obrigado para com aqueles, com quem o seu procurador contratou; mas terá contra este acção pelas perdas e danos resultantes da inobservância das instruções” (grifamos).

⁵⁴⁷ *Do abuso do direito no exercício da demanda*, p. 59.

⁵⁴⁸ *Abuso do direito no processo civil*, p. 151-152.

disciplinares⁵⁴⁹ impostas pelo órgão de classe a que está vinculado, através de processo disciplinar, como acontece no Brasil.⁵⁵⁰

É exatamente o contrário: acreditamos ser muito mais eficaz e louvável a solução adotada por outros países (sobretudo aqueles que têm ordenamentos jurídicos enraizados na *common law*), que passa justamente por atribuir responsabilidade expressa ao advogado pelo comportamento abusivo eventualmente adotado no processo.⁵⁵¹ Contudo, enquanto o ordenamento jurídico brasileiro (e outros que se assemelham a ele no tratamento do abuso no processo civil) não adota medidas nessa direção, não vemos outra possibilidade senão a de sustentar veementemente a possibilidade de responsabilização direta das partes pelos atos abusivos, por perceber que, agindo de modo contrário (como lamentavelmente têm feito os tribunais brasileiros), estaremos cruzando os braços diante de problema que compromete a eficácia da administração da justiça.

5.4.

Sanções ao abuso no processo civil

Sendo, a conduta processual abusiva, espécie de conduta antijurídica,⁵⁵² é absolutamente natural se cogitar da aplicação de sanções visando a preveni-la ou puni-la, em desfavor do sujeito que a praticou ou dela se beneficiou, conforme o caso.

⁵⁴⁹ Como, em geral, acontece, quando se reconhece responsabilidade autônoma para o advogado pela prática de ato processual abusivo (TARUFFO, M. L'abuso del processo: profili comparatistici, *Revista de Processo*, p. 166).

⁵⁵⁰ “No Brasil os advogados também se encontram subordinados a um código de ética e a deveres emanados do seu estatuto profissional, do qual podem derivar sanções disciplinares, recepcionando o Código Penal o delito de patrocínio infiel e de inutilização e ocultação de expedientes judiciais” (OTEIZA, E. Abuso de los derechos procesales en América Latina, *Revista de Processo*, p. 169). Tradução livre do original: “En Brasil los abogados también se encuentran subordinados a un código de ética y a deberes emanados de su estatuto profesional, del cual pueden derivar sanciones disciplinarias, receptando el Código Penal el delito de patrocínio infiel y de inutilización y ocultación de expedientes judiciales.”

⁵⁵¹ Aceitamos, então, o convite persuasivo feito por Adroaldo Leão, com as seguintes palavras: “Somos advogados e temos que lutar pela classe. Lutar pela classe é dela querer ver afastados os punidos, os ‘chicanistas’, responsáveis pela imagem distorcida e negativa da profissão. Só há um meio para contê-los: castigá-los também no bolso, pois o castigo disciplinar não tem se mostrado eficaz. Os dois se completam, não seriam conflitantes ou antagônicos” (*O litigante de má-fé*, p. 42).

⁵⁵² Para usar a terminologia proposta pela doutrina civilística com o objetivo de distinguir o abuso do direito da ilicitude.

Também quanto a esse aspecto relativo ao tema do abuso do processo, há grande diversidade de tratamento nos mais diversos ordenamentos jurídicos. “Essas diferenças não dizem respeito apenas à natureza dos instrumentos sancionatórios que são empregados. Essas se relacionam também à ‘força’ das sanções, e portanto à sua eficácia na repressão dos comportamentos abusivos”.⁵⁵³

No desenvolvimento dos itens 5.1 a 5.3, *supra*, já foi possível vislumbrar essa diversidade de soluções adotadas em diversos ordenamentos jurídicos para coibir o abuso do processo. Podem elas ser sintetizadas, de acordo com José Olímpio de Castro Filho, assim: “a) nulidade do ato abusivo; b) multa, ou custas agravadas; c) condenação em perdas e danos; d) responsabilidade criminal”.⁵⁵⁴ Essas sanções, talvez, pudessem ser resumidas em duas categorias principais: sanções pecuniárias e sanções que privam de efeito o ato abusivo.

Na categoria das sanções pecuniárias, incluir-se-iam três outras subcategorias, consistentes em multas civis, na responsabilização pelos danos decorrentes do abuso e, por fim, no agravamento do ônus da sucumbência ou atribuição de despesas ao vencedor da causa (se comprovado que agiu abusivamente no processo).

Na França, vimos, é utilizada sanção pecuniária por comportamento abusivo ou protelatório, podendo ser fixada, contra a parte favorecida pelo abuso, multa em quantia equivalente a, no máximo, 3.000 Euros (o que, na moeda brasileira, equivale, hoje, a aproximadamente R\$ 8.300,00).

Já no Brasil, a litigância de má-fé⁵⁵⁵ pode ensejar a incidência de multa no importe de 1% (um por cento) sobre o valor da causa.⁵⁵⁶ Também se prevêem multas específicas para o abuso na fase recursal e para a fase de execução.⁵⁵⁷ De fato, os arts. 538, parágrafo único, e 557, § 2.º, do CPC, estabelecem multas para as hipóteses em que o recurso interposto (embargos de declaração ou agravo) é infundado, o que evidencia a caracterização de comportamento abusivo, de acordo com o legislador, a partir de critério objetivo (desvio de finalidade do ato

⁵⁵³ TARUFFO, M. L’abuso del processo: profili comparatistici, *Revista de Processo*, p. 164. Tradução livre do original: “Queste differenze non riguardano soltanto la natura degli strumenti sanzionatori che vengono impiegati. Esse attengono anche alla ‘forza’ delle sanzioni, e quindi alla loro efficacia nella repressione dei comportamenti abusivi”.

⁵⁵⁴ *Abuso do direito no processo civil*, p. 192.

⁵⁵⁵ Comportamento com o qual tem a doutrina identificado o abuso do processo.

⁵⁵⁶ Nesse sentido, art. 18, *caput*, do CPC.

⁵⁵⁷ Que, de acordo com a Lei 11.232 (que entrará em vigor em 22.06.2006), passará a ser chamada de fase de “cumprimento da sentença”.

processual de interposição de recurso). No que diz respeito à fase de execução, sendo praticado ato atentatório à dignidade da Justiça pelo devedor,⁵⁵⁸ cabe a incidência de multa no importe de 20% do valor da execução, configurando-se, também aqui, aplicação de sanção contra o comportamento abusivo.

Para José Olímpio de Castro Filho, a possibilidade de imposição de multa, por conta do comportamento abusivo, como se verificou nos sistemas processuais mencionados, demonstraria a existência de peculiar sistema de responsabilização no processo civil. Isso porque “enquanto que, no direito civil, não há reparação sem dano, no direito processual o agente pode ser responsabilizado ainda que da sua atuação nenhum dano tenha resultado à parte contrária”.⁵⁵⁹ Contudo, quando se pensa que o abuso do processo sempre tem por sujeito passivo o Estado, parece ser possível afirmar que o dano sempre existe, em algumas situações, apenas, fica ele menos evidente.

A avaliação de Taruffo, a respeito da imposição de multa como forma de sanção contra o abuso do processo, é positiva. Pondera o autor que esse tipo de sanção parece flexível e eficaz, seja na prevenção, seja na punição do abuso, muito embora entenda que um aspecto negativo de sua utilização poderia ser extraído do “amplo poder discricionário” atribuído aos tribunais para fixação do valor da multa e determinação de sua incidência no caso concreto.⁵⁶⁰

Parece-nos, contudo, que a ineficácia da multa, como sanção, resulta justamente do teto previsto na legislação processual (ao menos nos sistemas supra-referidos) para sua fixação. A multa de 1% sobre o valor da causa, por litigância temerária, no Brasil não é suficiente para desencorajar eventual comportamento abusivo pela parte mal intencionada, seja qual for sua situação sócio-econômica. E, por outro lado, mesmo podendo alcançar cifra razoável no ordenamento francês, a multa, também nele, não parece ter condições de intimidar, de modo especial, a conduta abusiva de alguns litigantes, sobretudo em causas que têm maior expressão econômica, em que a quantia de 3.000 euros pode se revelar inexpressiva.

Tanto no sistema processual civil francês, quanto no brasileiro, porém, é possível, paralelamente à fixação de multa por conduta processual abusiva, a

⁵⁵⁸ Conforme descrição do art. 600, do CPC.

⁵⁵⁹ *Abuso do direito no processo civil*, p. 191.

⁵⁶⁰ L'abuso del processo: profili comparatistici, *Revista de Processo*, p. 166.

condenação da parte que a adotou ao pagamento de indenização pelas perdas e danos sofridos. A diferença entre ambos é que, no sistema brasileiro, por expressa disposição legal, é possível que o juiz conceda de ofício indenização por litigância de má-fé, em quantia equivalente a no máximo 20% do valor da causa.⁵⁶¹ Revela-se, de qualquer modo, em ambos os sistemas, uma segunda modalidade de sanção pecuniária contra o abuso: a indenização por perdas e danos.

A apuração desses prejuízos,⁵⁶² contudo, para fins de reparação, não pode se submeter aos mesmos requisitos previstos em lei para responsabilização civil por ato ilícito,⁵⁶³ justamente porque com este não se confunde o ato praticado em abuso do direito, ainda que no processo civil. A estrutura de ambas as categorias (ilicitude e abuso do direito) é diversa⁵⁶⁴ e, portanto, não há como se exigir os mesmos requisitos para responsabilização civil.⁵⁶⁵ A principal consequência disso é a de não se poder sujeitar a reparação por conduta processual abusiva à configuração de culpa ou dolo por parte do sujeito que a adotou.

Também se observa a adoção de sanção pecuniária na Itália, obedecendo sua incidência, contudo, a disposições diversas. Com efeito, nesse país, o comportamento abusivo (decorrente de má-fé ou culpa grave imputável à parte) pode dar ensejo à dita *responsabilità aggravata*,⁵⁶⁶ de que trata o art. 96, 1.^a parte, do Código de Processo Civil italiano, nos seguintes termos: “Se resulta que a parte sucumbente agiu ou resistiu em juízo com má-fé ou culpa grave, o juiz, a pedido da outra parte, a condena, além das despesas, ao ressarcimento dos danos, que liquida, também de ofício, na sentença”.⁵⁶⁷ Muito embora tenha-se discutido por muito tempo, na doutrina italiana, se a regra em questão se destina a sancionar a

⁵⁶¹ Como consta do art. 18, § 2.º, do CPC.

⁵⁶² Entre eles estão, no dizer de Jorge Americano, “não só os honorários despendidos na própria lide temerária, como os que são contractados para a propositura da acção de indemnização” (*Do abuso do direito no exercício da demanda*, p. 145).

⁵⁶³ Ao contrário, portanto, do que sustenta Jorge Americano (*op. cit.*, p. 143).

⁵⁶⁴ Adverte Pontes de Miranda ser necessário não se confundir “limitação aos direitos e reação ao abuso do direito”. “Quando o legislador percebe que o contôrno de um direito é demasiado, ou que a fôrça, ou intensidade, com que se exerce, é nociva, ou perigosa a extensão em que se lança, concebe as regras que o limitem, que lhe ponham menos avançados os marcos, que lhe tirem um pouco da violência ou do espaço que conquista. Não era sem certa razão que os juristas passavam a incorporar ao conceito, diga-se assim, a própria restrição” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 127).

⁵⁶⁵ Cfe. item 4.4.2, *supra*.

⁵⁶⁶ Isto é, responsabilidade agravada.

⁵⁶⁷ Tradução livre da redação original do dispositivo: “Art. 96. Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza”.

conduta processual abusiva, hoje pacificou-se o entendimento doutrinário a favor dessa interpretação, de que compartilha Crisanto Mandrioli.⁵⁶⁸

Observa-se a opção, em certa medida, por esse agravamento ou imposição dos ônus da sucumbência, ainda que o autor do abuso seja vencedor, também em países da América Latina. Com efeito, no Brasil, há exemplo claro dessa hipótese na regra do art. 22, que sujeita o réu à condenação em custas a partir do saneamento do processo e, também, lhe priva dos honorários advocatícios de sucumbência, quando “por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide”. Parece muito claro que, nessa situação, o legislador presumiu a ocorrência de comportamento abusivo, sujeitando o réu à sanção independentemente da intenção que motivou a arguição tardia de alguma questão relevante para a lide, evidenciando, assim, a adoção de critério objetivo para caracterização do abuso no ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, “na legislação processual argentina se prevê que quando uma das partes houver incorrido em excesso inescusável deverá afrontar as despesas da causa”.⁵⁶⁹

A eficácia da sanção constituída pelo ônus de pagar todas as despesas do processo não deve, contudo, ser supervalorizada. Nos sistemas de *civil law*, o ônus de pagar as despesas é colocado por definição a cargo do sucumbente, que geralmente é o autor do comportamento abusivo. Portanto para ele o ônus de se encarregar também das despesas do vencedor não tem uma específica relevância sancionatória. Este ônus teria o efeito de uma sanção verdadeira apenas quando o autor do abuso fosse a parte vitoriosa, pois neste caso a exclusão do reembolso de despesas – que lhe favoreceria – constitui uma sanção por abuso. Todavia, como é óbvio, não se trata certamente do caso normal.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ A esse respeito, pondera o autor: “(...) como o ressarcimento dos danos (...) pressupõe um fato ilícito, é claro que este fenômeno se pode verificar apenas quando o comportamento daquele que agiu ou resistiu em juízo e depois perdeu a ação – comportamento por si só nada ilícito porque exercício de um direito – tenha assumido modalidades particulares que lhe atribuem as características de ilicitude. O que se tratando, exatamente, do exercício de um direito, pode verificar-se apenas quando ocorra um abuso daquele direito, ou seja um seu exercício fora do esquema típico ou além dos limites determinados por sua função” (*Corso di Diritto Processuale Civile*, p. 201). Tradução livre do original: “(...) poiché il risarcimento dei danni (...) presuppone un fatto illecito, è chiaro che questo fenomeno si può verificare soltanto quando il comportamento di colui che ha agito o resistito in giudizio ed ha poi avuto torto - comportamento per se stesso nient'affatto illecito perché esercizio di un diritto - abbia assunto modalità particolari che gli attribuiscono i caratteri dell'illiceità. Il che, trattandosi appunto dell'esercizio di un diritto, può verificarsi solo in quanto si ponga in essere un abuso di quel diritto, ossia un suo esercizio al di fuori del suo schema tipico o al di là dei limiti determinati dalla sua funzione”.

⁵⁶⁹ OTEIZA, E. Abuso de los derechos procesales en América Latina, *Revista de Processo*, p. 167. Tradução livre do original: “En la legislación procesal argentina se prevé que cuando una de las partes hubiere incurrido en pluspetición inexcusable deberá afrontar los gastos causídicos”.

⁵⁷⁰ TARUFFO, M. L'abuso del processo: profili comparatistici, *Revista de Processo*, p. 165. Tradução livre do original: “L'efficacia della sanzione costituita dall'onere di pagare tutte le spese

Nos países com tradição jurídica da *common law*, especialmente nos Estados Unidos, existem mecanismos utilizados para estimular todos os envolvidos de algum modo com a prestação jurisdicional a cooperarem com ela. Gravitam tais medidas em torno do instituto, ora conhecido do direito brasileiro,⁵⁷¹ do *contempt of court*, havendo, contudo, além dele, aparato sancionatório representado por

medidas que vão desde a imposição ao advogado do pagamento das despesas processuais suportadas pela parte contrária em razão da realização de atividades de defesa abusivas na *discovery*, até a implementação de procedimentos de expulsão da ordem; tudo isso cumulativamente coma a possibilidade de rejeição da ação, além do recurso por parte dos juízes de formas de sanções configuráveis discricionariamente caso a caso.⁵⁷²

Ressaltam-se, claramente, na análise das sanções impostas contra o abuso (*abuse of civil proceedings*) nos Estados Unidos, dois aspectos importantíssimos: a extrema variedade das medidas que se podem adotar para prevenir e punir o comportamento abusivo e a responsabilidade atribuída ao advogado por sua ocorrência. Do primeiro aspecto resulta, certamente, a percepção, pelo jurisdicionado daquele país, de que a opção pelo comportamento abusivo, além de poder se revelar inútil, implicará o pagamento de preço expressivo. Já o segundo aspecto evidencia, como bem explica Angelo Dondi, a proximidade existente, naquele sistema processual, entre “a noção de abuso do processo e a noção de retidão da defesa técnica promovida pelo advogado, seja na sua acepção de *counseling* (como atividade de consulta e de organização estratégica da defesa) seja naquela de *advocacy* (como atividade defensiva nitidamente judicial)”.⁵⁷³

del processo non va però sopravvalutata. Nei sistemi di *civil law* l'onere delle spese è posto per definizione in capo al soccombente, che di solito è l'autore del comportamento abusivo. Quindi per lui l'onere di sostenere anche le spese del vincitore non ha una specifica rilevanza sanzionatoria. Questo onere avrebbe l'effetto di una sanzione vera e propria solo quando l'autore dell'abuso fosse la parte vittoriosa, poichè in questo caso l'esclusione del rimborso delle spese – che le spetterebbe – costituirebbe una sanzione per l'abuso. Tuttavia, com'è ovvio, non si tratta certamente del caso normale”.

⁵⁷¹ Em vista da alteração promovida no art. 14, parágrafo único, do CPC com a Lei 10.358/2001.

⁵⁷² É o que explica Angelo Dondi, em primoroso trabalho sobre o abuso do processo nos Estados Unidos (Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti, *Rivista di diritto processuale*, p. 794). Tradução livre do original: “... misure che vanno dalla imposizione all'avvocato del pagamento delle spese processuali di difesa sopportate dalla controparte in ragione della realizzazione di attività di difesa abusive del *discovery*, all'avvio di procedimenti di espulsione dall'ordine; il tutto oltre e cumulativamente al possibile rigetto dell'azione, nonché al ricorso da parte del giudice a ulteriori forme di sanzione configurabili discrezionalmente caso per caso”.

⁵⁷³ *Op. cit.*, p. 788. Tradução livre do original: “... la nozione di abuso del processo e la nozione di correttezza della difesa tecnica apprestata dall'avvocato, sia nella sua accezione di *counseling*

No sistema processual analisado a importância do papel atribuído ao advogado faz com que as regras que regem sua conduta profissional sejam bastante “evoluídas e sejam efetivamente aplicadas”.⁵⁷⁴

Também em Portugal, o advogado está sujeito a sanções disciplinares e pecuniárias pelo comportamento abusivo de que tomar parte no processo, havendo, contudo, a peculiaridade de se atribuir à Ordem dos Advogados e à Câmara dos Solicitadores o papel de aplicar tais sanções, nos termos do art. 459 do Código de Processo Civil.⁵⁷⁵ No Brasil, a legislação processual também reconhece estar o advogado sujeito exclusivamente aos estatutos da OAB, como consta expressamente na redação do art. 14, parágrafo único, do CPC,⁵⁷⁶ muito embora houvesse valiosa disposição em sentido contrário no anteprojeto desse diploma, que acabou, contudo, sendo suprimida.⁵⁷⁷ O problema, entretanto, de se atribuir ao órgão de classe a imposição de multa é o risco, bem lembrado por Taruffo, de que haja pouco rigor na punição do comportamento abusivo, por conta de uma mal interpretada “solidariedade corporativa”.⁵⁷⁸

“Há situações em que não é preciso, para punir o abuso, recorrer a sanções de ordem pecuniária: basta deixar de aplicar a regra consagrada do benefício que se quis maliciosamente incidir”.⁵⁷⁹ Alude Barbosa Moreira, aqui, à mais eficiente sanção contra o abuso – a processual –, que tem o condão de destituir, do ato processual abusivo, a possibilidade de surtir efeitos (precisamente aqueles pretendidos, ilegitimamente, por quem abusa no processo).

(come attività di consulenza e di organizzazione strategica della difesa) sia in quella di *advocacy* (come attività difensiva prettamente giudiziale)”.

⁵⁷⁴ TARUFFO, M. L’abuso del processo: profili comparatistici, *Revista de Processo*, p. 167.

⁵⁷⁵ “Art. 459. Quando se reconheça que o mandatário da parte teve responsabilidade pessoal e directa nos actos pelos quais se revelou a má fé na causa, dar-se-á conhecimento do facto à Ordem dos Advogados ou à Câmara dos Solicitadores, para que estas possam aplicar as sanções respectivas e condenar o mandatário na quota-parte das custas, multa e indemnização que lhes parecer justa”.

⁵⁷⁶ “Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.”

⁵⁷⁷ É o que refere Adroaldo Leão: “Melhor teria sido a manutenção do artigo 24 do Anteprojeto do CPC: ‘Quando a má-fé resultar de ato direto e pessoal do procurador da parte, o juiz o condenará a pagar a indenização, a que alude o artigo antecedente, comunicando o fato à Ordem dos Advogados para os devidos fins’” (*O litigante de má-fé*, p. 42).

⁵⁷⁸ *Op. cit.*, p. 167.

⁵⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, J. C. Abuso do direito, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, p. 129.

As formas utilizadas pela legislação processual para privar de efeitos o ato abusivo são variadas, podendo assumir, entre outros, os contornos da nulidade, do não conhecimento (em caso de recurso), da não concessão de determinado benefício.⁵⁸⁰

Também parece constituir exemplo importante dessa modalidade de sanção contra o abuso a regra do art. 557, *caput*, do CPC em vigor, que autoriza ao relator que negue seguimento “a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. Parece-nos que, em qualquer uma dessas hipóteses, o recurso poderia ser considerado abusivo, porque inidôneo para atingir a finalidade por trás da possibilidade se recorrer de uma decisão.⁵⁸¹

Não se vislumbra, contudo, na regra do art. 557 nenhuma menção ao comportamento abusivo. De que modo, então, se justificaria a conclusão de que ela se presta a coibi-lo? Michele Taruffo fornece resposta muito elucidativa para essa indagação:

Como se viu anteriormente, em muitos casos os atos e os comportamentos abusivos não são tomados em consideração como tais pela disciplina do processo. O abuso é freqüentemente vedado e punido sob nomes diversos, ou seja enquanto se dê a violação de normas específicas que dizem respeito a atos singulares ou fases do processo. Nestes casos, a sanção é estritamente processual porque vem concebida em relação à violação de uma norma processual: o ato é portanto ilegítimo *per se*, e

⁵⁸⁰ Exemplo interessante dessa situação é fornecido por Barbosa Moreira. Com efeito, alude o autor a causa julgada pelo TJRJ, em que se negou aplicação, no caso concreto, à regra do art. 191 do CPC, nos seguintes termos: “O art. 191 do CPC manda contar em dobro, entre outros, o prazo para contestar, quando haja mais de um réu e nem todos tenham o mesmo procurador. É clara a razão de ser dessa norma: permitir que os procuradores diferentes disponham de mais tempo para preparar a defesa. Pois bem: no caso, eram réus duas empresas, de fato representadas, nominalmente, por advogados distintos. Mas não só compartilhavam ambos o mesmo escritório, senão que as duas contestações, embora subscrita cada qual por um deles, tinham teor absolutamente idêntico e haviam sido datilografadas na mesma máquina de escrever, reproduzindo-se numa todas as características substanciais e formais da outra, com a única exceção da assinatura. Era fácil ver que a duplicação do prazo, de que as réus tinham se servido, de jeito algum se justificava à luz da *ratio legis*: o trabalho da defesa fora, à evidência, um só. A Câmara reagiu ao manifesto abuso negando aplicação ao art. 191, e em consequência declarando intempestivas as contestações (se é cabível o plural...), do que resultou serem as réus havidas como revéis, e portanto admitidas como verdadeiras as afirmações feitas pelo autor (art. 319)” (*op. cit.*, p. 129).

⁵⁸¹ “É da natureza humana o inconformismo perante decisões desfavoráveis: muitas vezes, aquele que sai vencido em um processo quer nova oportunidade para demonstrar as suas razões e tentar outra vez o ganho de causa. Por isso, os ordenamentos jurídicos em geral instituem o *duplo grau de jurisdição*, princípio consistente na possibilidade de um mesmo processo, após julgamento pelo juiz inferior perante o qual teve início, voltar a ser objeto de julgamento, agora por órgãos superiores do Poder Judiciário” (CINTRA, A. C. de A. *et al. Teoria geral do processo*, p. 155).

por esta razão é definido pela lei como nulo, inválido, impassível de recebimento, e assim por diante.⁵⁸²

No sistema processual brasileiro, há porém exemplo mais contundente de regra contra o abuso, no art. 129 do CPC. De acordo com esse dispositivo estabelece: “convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes”. Muito embora, na hipótese tratada nessa regra, a conduta reprovada não decorra de ato unilateral, isso não impede a caracterização do abuso do processo, diante de sua utilização com finalidade diversa daquela para a qual existe. Não há como, portanto, deixar de ver na prolação de sentença pelo juiz, nas condições mencionadas, repressão severa ao abuso, já que lhe impedirá de surtir os efeitos pretendidos por quem o praticou.

No processo civil francês, também se observa a adoção de sanção processual, como as ora analisadas, para prevenção do comportamento abusivo, identificado, em várias disposições do *Code de Procedure Civile*, pela arguição tardia de questões processuais com intuito dilatório. É nesse sentido a regra do art. 103, desse diploma: “A exceção de conexidade pode ser proposta em todos os estágios da causa, sem prejuízo de poder ser rejeitada se foi suscitada tardiamente dentro de uma intenção dilatória”.⁵⁸³

Para Michele Taruffo, todavia, o mais interessante exemplo de sanção processual, como as ora analisadas, encontrar-se-ia no sistema processual inglês. “Trata-se do poder do juiz de determinar a extinção (*striking out*) ou a modificação (*amendment*) das demandas ou das exceções que não tenham uma *reasonable cause of action* ou que sejam escandalosas, infundadas ou vexatórias, ou possam prejudicar, obstaculizar ou retardar o correto desenvolvimento do

⁵⁸² L’abuso del processo: profili comparatistici, *Revista de Processo*, p. 166. Tradução livre do original: “Come si è visto in precedenza, in molti casi gli atti e i comportamenti abusivi non sono presi in considerazioni come tali dalla disciplina del processo. L’abuso è spesso vietato e punito sotto nomi diversi, ossia in quanto comporti la violazione di norme specifiche che riguardano singoli atti o fasi del processo. In questi casi la sanzione è strettamente processuale perchè viene concepita in riferimento alla nozione di una norma processuale: l’atto dunque illegittimo di per sè, e per questa ragione è definito dalla legge come nullo, invalido, irricevibile, precluso, e così via”.

⁵⁸³ Tradução livre da redação original do dispositivo: “L’exception de connexité peut être proposée en tout état de cause, sauf à être écartée si elle a été soulevée tardivement dans une intention dilatoire”.

processo, ou impliquem qualquer outro abuso do processo”.⁵⁸⁴ É, de fato, indiscutível a severidade da punição contra o comportamento abusivo nessa situação, considerando a gama de poder atribuído ao juiz para, no caso concreto, verificar se houve, ou não, desvio de finalidade do processo e de seus instrumentos, análise essa que, de acordo com o critério objetivo ora prevalente, é a idônea para apurar o abuso do direito.

A diversidade das sanções adotadas em cada sistema processual revela, por um lado, a existência de mecanismos aptos a, se bem usados, prevenir e reprimir o abuso do processo em cada um deles e, por outro lado, mostra que assume o tema importância diversa em cada um, sendo usualmente mais rigorosas e diversificadas as sanções naqueles sistemas em que se vislumbra, com mais nitidez, quão lesivo é, para a administração da justiça, o abuso do processo.

5.5.

O abuso do processo na legislação processual brasileira

Observam-se duas fases na legislação processual brasileira em relação ao tema do abuso. A primeira, como é intuitivo, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, e a segunda, na égide do Código em vigor.⁵⁸⁵ Tanto num quanto noutro diploma, percebe-se a preocupação do legislador em tornar o processo civil permeável às regras morais, numa clara aproximação entre Direito e Ética.

Há, entretanto, sutis diferenças quanto ao tratamento dispensado ao abuso em ambos os diplomas, revelando-se importantíssima a análise dessas diferenças (em vez de ir direto à orientação legal atual) por conta de situação muito peculiar:

⁵⁸⁴ L'abuso del processo: profili comparatistici, *Revista de Processo*, p. 166. Tradução livre do original: “Si tratta del potere del giudice di disporre l'esclusione (*striking out*) o la modificazione (*amendment*) delle domande o delle eccezione che non abbiano una *reasonable cause of action* o che siano scandalose, pretestuose o vessatorie, o possano pregiudicare, ostacolare o ritardare il corretto svolgimento del processo, o implicino qualunque altro abuso del processo”.

⁵⁸⁵ Adroaldo Leão explica que, antes mesmo do Código de 1939, já havia combate ao abuso no processo civil, em certa medida, na legislação processual que competia aos Estados-membros elaborar. Com efeito, segundo o autor, “no Código do Distrito Federal, que previa a condenação em multa de 1.000\$000, a parte que tivesse recusada a arguição de suspeição do juiz (art. 112, § § 1.º e 4.º); imposição ao advogado de multa de 100\$000 quando interposto agravo fora dos casos expressos em lei (art. 1.140); no Código de Minas Gerais (arts. 196, 227, 402), também prevista a multa de 100\$000 ao advogado que interpõe agravo ‘claramente incabível’ (art. 1.486); no Código de São Paulo (arts. 76, 167); no Código da Bahia (arts. 50, 942); no Rio Grande do Sul (arts. 182,

as obras doutrinárias que constituem referência no estudo do abuso do direito no processo civil tiveram por premissa legal a disciplina do CPC de 1939 e, portanto, não há como se analisar o pensamento nelas expostos sem entender a sistematização feita por esse diploma.

Por outro lado, a própria evolução da categoria do abuso do direito, no âmbito do direito civil, trouxe novos critérios interpretativos para a questão no processo civil, ou seja, um modo absolutamente novo de analisar a questão do abuso no processo civil à luz do CPC em vigor.

Diante disso, afigura-se recomendável a subdivisão dessa parte do trabalho em dois sub-itens distintos, com vistas ao tratamento do abuso do direito no processo de acordo com o CPC de 1939 (5.5.1) e de acordo com o CPC em vigor (5.5.2). Nesse último item, procederemos à análise das regras processuais que disciplinam a conduta ética das partes no processo, sempre sob o enfoque de sua utilização para coibição do abuso.

5.5.1.

O Código de Processo Civil de 1939

Atribui-se, ao Código de 1939,⁵⁸⁶ pioneirismo no tratamento do tema do abuso – não apenas em relação ao direito processual civil, como também no que diz respeito ao direito privado (em especial o direito civil, em que, mencionamos anteriormente, floresceu inicialmente a teoria do abuso). Isso porque, até então, não havia expressa referência ao abuso do direito na legislação em vigor, muito embora a doutrina civilista procurasse extrair essa noção do art. 160, I, do Código Civil de 1916.⁵⁸⁷

Os dispositivos específicos que conferem ao diploma *sub examinen* esse caráter de pioneirismo são os arts. 3.º e 63.⁵⁸⁸ O primeiro foi redigido nos seguintes termos: “Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou êrro grosseiro. Parágrafo único. O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa,

323 a 325); no de Pernambuco (arts. 42, 408, 435, 543, 829); no do Rio de Janeiro (arts. 471 e 2.371)” (*O litigante de má-fé*, p. 11).

⁵⁸⁶ Decreto-lei 1.608, de 18.09.1939.

⁵⁸⁷ Cfe. item 4.4.1, *supra*.

quando o réu opuser maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo”.⁵⁸⁹ Já o segundo tinha a seguinte redação:

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

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

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

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

Explica Pedro Baptista Martins que houve opiniões, na análise do Anteprojetado do Código de 1939, a favor da supressão de tais dispositivos, porque tratariam de direito material, explica, contudo, o autor que a sugestão não foi acolhida em vista da clara diferença entre a hipótese tratada nos dispositivos (abuso do direito no exercício da demanda) e aquelas a que se dedicava a legislação civil (abuso dos direitos subjetivos de um modo geral).⁵⁹⁰

De qualquer modo, da interpretação dos dispositivos que acabaram prevalecendo na redação original do CPC de 1939, extraem-se algumas conclusões: 1.º) a opção do legislador brasileiro pela sanção pecuniária (sob a forma de indenização por perdas e danos e multa) para punição do abuso; 2.º) do ponto de vista subjetivo, o abuso do processo pode ser imputado ao demandante (autor), ao demandado (réu) ou a seus respectivos advogados (que se sujeitam, contudo, às sanções disciplinares impostas pelo órgão de classe); e, 3.º) a configuração do abuso tem por pressuposto a configuração de um dos seguintes elementos: espírito de emulação, temeridade, fraude, dolo, simulação, mero capricho, erro grosseiro, violência e resistência injustificada ao andamento do processo (intuito protelatório).

Para compreensão, portanto, da disciplina do abuso do processo no regime do CPC de 1939, cumpre analisar os aspectos mencionados, análise essa orientada

⁵⁸⁸ Muito embora se observe a tendência de combate ao abuso no processo civil em outros vários dispositivos esparsos do Código de 1939 (LEÃO, A. *O litigante de má-fé*, p. 24).

⁵⁸⁹ Para Carvalho Santos, a regra do art. 3.º é absolutamente dispensável. Para justificar essa conclusão, pondera o autor o seguinte: “O Código Civil já regulava o assumpto, como sempre se entendeu em doutrina e a jurisprudência tem decidido, de sorte que, em rigor, a superfluidade da repetição da norma não se justifica, ainda que se justificasse, o que contestamos, a inclusão do preceito em um Código de Processo” (*Código de Processo Civil interpretado*, p. 85).

pelos precursores na teoria do abuso no processo civil brasileiro, de cujos posicionamentos trataremos, portanto, na seqüência.

Em relação ao primeiro aspecto, isto é, à sanção escolhida pelo legislador de 1939, é importante atentar para o seguinte: para expressiva parcela da doutrina processualista, na época, o combate ao abuso, no processo, deveria ser (como efetivamente foi) feito prioritariamente no plano repressivo e, não, preventivo. Ou seja, deveria ser dada ênfase às sanções capazes de gerir os efeitos resultantes do comportamento processual abusivo. A preocupação que afligia os juristas, na época, fica bem evidenciada nas palavras de Pontes de Miranda, em relação à redação do art. 3.º:

O que se condena, no texto legal, é 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 do direito processual só existe quando se compõem os seus pressupostos segundo o art. 3.º e seu parágrafo; 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 de direito material, a ação e a prática dos atos processuais.⁵⁹¹

Idêntico receio se revela no posicionamento de Jorge Americano, que pondera: “Em sociologia nada é menos verdade do que o provérbio: mais vale prevenir que remediar. Prevenir é um meio de opprimir, muito caro aos regimens anti-democráticos. Impedir a propositura de uma acção, por temeridade do autor, é prejudicar uma relação que, podendo não ter aparência de direito, talvez a evidencie no periodo probatorio e nas allegações”.⁵⁹²

Não há, todavia, como se negar que a previsão de sanção pecuniária, em certa medida, representa desestímulo à prática de ato abusivo e, portanto, dependendo de sua severidade, pode vir a assumir o caráter preventivo a que aludem os autores mencionados.

Cumpra, então, analisar o aspecto subjetivo do problema do abuso no processo. Um primeiro ponto evidenciado pela doutrina atine ao maior grau de

⁵⁹⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 37.

⁵⁹¹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 132.

⁵⁹² *Do exercício do direito no exercício da demanda*, p. 53. Assim, também, o posicionamento de Pedro Baptista Martins: “O conceito social da relatividade do *jus perseguendi in judicio* não pode, sem graves perigos, levar à adoção de medidas preventivas contra o seu abuso. Pelo menos nesse domínio o poder de polícia deve ceder o passo à noção clássica de liberdade e responsabilidade, limitando-se a ação repressora do poder judiciário a condenar o *improbus litigator* à reparação dos danos que causou, em consequência do mau uso de seu direito” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 38).

moderação, no exercício de seu direito, exigido do autor em comparação com aquele exigido do réu. Nesse sentido, o posicionamento de Pontes de Miranda⁵⁹³ e Pedro Baptista Martins.⁵⁹⁴

Outro ponto relevante, a respeito desse aspecto subjetivo é o seguinte: além do autor e do réu, mencionados (ainda que implicitamente, no caso do primeiro) no art. 3.º, também se passou a admitir a prática de conduta abusiva, por extensão, ao terceiro que “assume, ou deve assumir, uma posição que está intimamente ligada à das partes no processo”, tal como ocorre nas situações de chamamento à autoria, nomeação à autoria e na denúncia à lide.⁵⁹⁵

O rol dos sujeitos ativos do abuso no processo civil é aumentado sobremaneira por Pontes de Miranda.

Quem quer pedir está exposto a responder: o autor; o reconvinente; o terceiro embargante; aquele a quem a lei dá direito de recurso de embargos ou de apelação sem ser autor ou réu, ou outro recurso; aquele que se apresentou como se tivesse tal direito; qualquer autor nos processos acessórios do Livro V; o que pede homologação de sentença estrangeira; o que suscita conflito de jurisdição; o que interpõe recurso extraordinário; o que executa sentença, não tendo sido o autor da ação, como o sucesso, se o abuso do direito processual é seu.⁵⁹⁶

José Olímpio de Castro Filho procede à distinção, de acordo com a lição de Carnelutti, entre parte no sentido material e parte no sentido formal, explicando que “corresponde a primeira ao sujeito do litígio – aquele a respeito do qual se faz o processo e que, portanto, sofre seus efeitos e conseqüências, e correspondendo a segunda ao sujeito da ação – aquele que faz o processo, ou concorre para fazê-lo, e, dêste modo, para determinar aqueles efeitos ou conseqüências”.⁵⁹⁷ E, tendo feito essa distinção, conclui que o abuso do processo deve ser imputado a quem figura, no processo, como parte no sentido formal, ou seja, como sujeito da ação, fornecendo como exemplos o do pai, do tutor ou do curador que represente em

⁵⁹³ “O art. 3.º e o seu parágrafo não são simétricos, nem superponíveis: a lei é mais exigente com o autor do que com o réu” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 143).

⁵⁹⁴ “A lei exige do autor, no exercício do seu direito, moderação maior do que a do réu. Nada mais justo que ao réu se dispense tratamento menos severo. Primeiramente, se a própria iniciativa da ação pode ser considerada temerária, como v. g., no caso de cobrança de dívida já paga, nunca se poderá acoimar de abusivo o exercício do direito de contestação da lide. O abuso da parte do réu, como está expresso no parágrafo único, só se pode manifestar na obstinação do réu em embaralhar, sem qualquer motivo legítimo, o andamento da causa que lhe for intentada” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 39-40).

⁵⁹⁵ CASTRO FILHO, J. O. de. *Abuso do direito no processo civil*, p. 144.

⁵⁹⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 142-143.

⁵⁹⁷ *Op. cit.*, p. 146-147.

juízo os interesses do menor.⁵⁹⁸ Aqui, portanto, outro ponto relevante evidenciado quanto ao aspecto subjetivo do abuso.

Necessário, após essas brevíssimas considerações sobre os dois primeiros aspectos a que nos propusemos tratar, ponderar a respeito dos requisitos exigíveis para configuração do abuso do processo, de acordo com o Código de 1939.

Para Pontes de Miranda, a boa-fé do litigante é presumida⁵⁹⁹ e, portanto, “somente pode ser elidida *in casu* e quando haja dolo, propriamente dito”.⁶⁰⁰ Pondera, ainda, o autor que, à necessidade de configuração do elemento subjetivo, não ficou indiferente o *codex* citado.⁶⁰¹

Com efeito, vários dos requisitos mencionados ao início dessa explanação remetem à indagação quanto ao elemento intencional, como a emulação, o mero capricho, o dolo, a fraude, o “mero capricho”. Mas, alguns desses requisitos, muito embora possam vir acompanhados da comprovação de elemento subjetivo que indique a má-fé do sujeito processual, dela não necessitam, sendo suficiente, portanto, a ocorrência da hipótese objetivamente prevista na lei processual.

Havia dispositivos específicos no Código Civil de 1916 que dispunham sobre a anulabilidade do ato ou negócio jurídico pela ocorrência de vícios de consentimento e vícios sociais,⁶⁰² entre os quais se encontravam vários dos requisitos mencionados, pelo que, naturalmente, foram aproveitadas algumas noções a eles relativas elaboradas pela doutrina civilista.⁶⁰³

⁵⁹⁸ CASTRO FILHO, J. O. *Abuso do direito no processo civil*, p. 147.

⁵⁹⁹ É o que também afirma Jorge Americano: “... não ocultamos a dificuldade em caracterizar o abuso, pois a presunção é que age de boa-fé quem invoca o Poder Judiciário” (*Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, p. 19).

⁶⁰⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 133.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 134.

⁶⁰² “São, na verdade, de duas categorias os *defeitos* que podem inquirar o ato negocial. Uns atingem a própria manifestação da vontade, perturbando a sua elaboração, e atuam sobre o consentimento. Por motivos vários, perturbam a própria declaração volitiva, e influem no momento em que se exterioriza a deliberação do agente. Denominam-se *vícios de consentimento*, em razão de se caracterizarem por influências exógenas sobre a vontade exteriorizada ou declarada, e aquilo que é ou devia ser a vontade real, se não tivessem intervindo as circunstâncias que sobre ela atuaram, provocando a distorção. Outros afetam o ato negocial, salientando a desconformidade do resultado com o imperativo da lei, e, nesses casos, o negócio reflete a vontade real do agente, canalizada, entretanto, e desde a origem, em direção oposta ao mandamento legal. (...) Com razão, Clóvis Beviláqua os denomina *vícios sociais* ...” (PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de direito civil*, p. 324-325).

⁶⁰³ Para Lipari, é inadmissível que as normas de direito privado (civil) a respeito do dolo valham para o direito processual civil. “Nas relações de direito privado, os interesses das partes não se contrapõem hostilmente, como no direito processual, mas tendem a um resultado comum. No processo, ocorre, em vez, ainda que atenuada e regulada pela lei, uma verdadeira luta: a luta pelo direito. Não se pode pretender de aplicar a esta luta pura e simplesmente os princípios da *bona fides*, elaborados no código civil, sem ter em conta as várias exigências das normas sobre os

O **dolo**, especificamente, era tratado nos arts. 92 a 97 do referido diploma, tendo se sedimentado seu conceito como o das “práticas ou manobras maliciosamente levadas a efeito por uma parte, a fim de conseguir da outra uma emissão de vontade que lhe traga proveito, ou a terceiro”, incluindo-se, aqui, a indução em erro da parte ‘inocente’ com essa mesma finalidade.⁶⁰⁴

Não é recente, contudo, a atenção para a figura do dolo no processo. “O direito romano, em sua secular elaboração, se preocupou muito com o dolo das partes no processo, e, para reprimi-lo, cogitou de uma série de medidas mais ou menos felizes e engenhosas”.⁶⁰⁵

A partir de construção doutrinária, chegou-se à conclusão de que a peculiaridade desse vício, quando analisado no processo, atine, justamente, à vítima que atinge em qualquer situação: o Estado-juiz.⁶⁰⁶ Para José Olímpio de Castro Filho,⁶⁰⁷ outro aspecto que evidenciaria a diferença entre dolo processual e dolo material é que o primeiro suporia sempre “a intenção, ou consciência de perverter” e, quando essa consciência fosse bilateral (ou seja, por parte tanto do autor quanto do réu), ocorreriam outras irregularidades, sub-espécies do dolo, como a colusão, o processo fraudulento⁶⁰⁸ ou o processo simulado.

direitos e deveres das partes, sobre a natureza da decisão judicial, sobre a divisão do ônus da prova, e assim por diante” (*Il dolo processuale*, p. 26-27). Tradução livre do original: “Nei rapporti di diritto privato gli interessi delle parti non si contrappongono ostilmente, come nel diritto processuale, ma tendono ad un risultato comune. Nel processo s’attua invece, per quanto attenuata e regolata dalla legge, una vera e propria lotta: la lotta per il diritto. Non si può pretendere di applicare a questa lotta puramente e semplicemente i principi della *bona fides*, elaborati nel codice civile, senza tener conto delle svariate esigenze delle norme processuali sui diritti e doveri delle parti, sulla natura della decisione giudiziale, sulla divisione dell’onere della prova, e così via di seguito”.

⁶⁰⁴ PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de direito civil*, p. 332.

⁶⁰⁵ LIPARI, F. G. *Il dolo processuale*, p. 4. Tradução livre do original: “Il diritto romano nella sua secolare elaborazione si preoccupò molto del dolo delle parti nel processo, e, per reprimer-lo, escogitò una serie di misure più o meno felici e ingegnose”.

⁶⁰⁶ Nesse sentido: THEDORO JÚNIOR, H. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, *Revista Forense*, p. 44. Para Lipari, a atividade dolosa sempre atinge não apenas ao juiz, mas também à parte contrária, por conta da relação que se estabelece entre as partes (*Il dolo processuale*, p. 28).

⁶⁰⁷ *Abuso do direito no processo civil*, p. 90-91.

⁶⁰⁸ Carnelutti alude a caso muito antigo da Corte de Cassação – o caso Pecoraino –, explicando que ele deveria ser propagado aos quatro ventos, para que as pessoas entendam quão perigosa pode ser a fraude processual. No caso mencionado, uma mulher “que mal avaliando o seu interesse e aquele da filha, como disseram seus patronos, se deixa induzir a apresentar uma demanda de nulidade do matrimônio por violência e a fundamenta com afirmações e com provas falsas até que, sem contrariedade do marido, o primeiro juiz declara a nulidade; mas depois, tendo percebido a gravidade irreparável do resultado, se arrepende, e confessa o artifício, e interpõe recurso, e encontra a porta fechada, e se sente ouvir da Corte de Cassação que não devia ser aberta...” (Contro il processo fraudolento, *Rivista di diritto processuale civile*, p. 14). Tradução livre do original: “... che mal valutando il suo interesse e quello della figliuola, come hanno detti i suoi patroni, si lascia indurre a presentare una domanda di nullità del matrimonio per violenza e la

Refere-se o conceito de **temeridade**, em relação ao ato de propositura da demanda, àquelas situações em que o autor põe em movimento a máquina jurisdicional para resolução de conflito em que sabe não ter razão. “É, pois, a direta intenção de atuar em juízo sustentando uma razão de cuja existência a parte argüente tem plena consciência”,⁶⁰⁹ o que revela, portanto, a importância do elemento subjetivo para configuração desse requisito, de acordo com o Código de 1939.⁶¹⁰

É importante, entretanto, notar que esse comportamento “irresponsável e desrespeitoso à Justiça”, nas palavras de Adroaldo Leão, pode ser verificado, de modo geral, ao longo de todo o processo, mediante a prática de atos como o fornecimento de endereços errados das testemunhas ou de nomes falsos a pretexto de arrolar tais testemunhas.⁶¹¹

Por sua vez, a **simulação** e a **fraude**, no processo, resultariam da configuração de dolo bilateral, ou seja, da atuação maliciosa de ambas as partes com o objetivo de obter do Estado-juiz uma determinada emissão de vontade que lhes beneficie.

A simulação no processo, nas palavras de Luigi Monacciani, “se reduz toda no fazer parecer verdadeiras certas afirmações postas como fundamento da demanda do autor, afirmações que ambas as partes conhecem a inverdade”,⁶¹² sendo, portanto, de fundamental importância que o réu ou tenha conhecimento dessa circunstância, ou atue deliberadamente de modo a fazer os fundamentos da demanda parecerem verdadeiros para o juiz da causa. Isso não é suficiente, contudo, para que se distinga a simulação da fraude processual, quando se entende, como pondera Carnelutti, ser característica desta última “o fim, que consiste no desviar o processo de seu curso ou, o que torna à mesma coisa, de seu

sostiene con affermazioni e con prove false così che, senza contraddizione del marito, il primo giudece dichiara la nullità; ma poi, fatta accorta della gravità irreparabile del risultato, si pente, e confessa l'artificio, e propone appello, e trova la porta chiusa, e si sente dire dalla Corte di cassazione che non doveva essere aperta...”.

⁶⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, H. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, *Revista Forense*, p. 44.

⁶¹⁰ CASTRO FILHO, J. O. de. *Abuso do direito no processo civil*, p. 92.

⁶¹¹ *O litigante de má-fé*, p. 36-37.

⁶¹² Il problema del processo simulato, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 837-838. Tradução livre do original: “[la simulazione processuale] si riduce tutta nel fare apparire vere certe affermazioni poste a sostegno della domanda atrice, affermazioni di cui entrambe le parti conoscono la non verità”.

fim natural. Este fim é a decisão da lide segundo justiça, ou, em outros termos, a sua justa composição”.⁶¹³ Como, então, distinguir as duas categorias?

José Olímpio de Castro Filho pondera que, para muitos autores, tanto a simulação quanto a fraude conduziriam ao processo fraudulento,⁶¹⁴ concluindo que, no mínimo, toda simulação processual leva à caracterização de processo fraudulento, como se esse fosse um gênero do qual o processo simulado é espécie.

Também Humberto Theodoro Júnior, analisando os dois institutos, não estabelece critérios muito precisos para distingui-los. Com efeito, pondera o autor que se pode diferenciar a simulação da fraude com base no seguinte raciocínio: “Nesta, o ato prejudicial é verdadeiro. Naquela, é falso, não passando de mera aparência ‘destinada a dissimular a realidade’, no tocante à natureza, aos participantes, ao beneficiário ou às modalidades da operação realizada”.⁶¹⁵ E, então, conclui que

Há processo *simulado*, com fraude à lei, quando as partes concordam com um processo, simulando uma lide, para tentar atingir, pela sentença, um resultado que a lei veda. O processo será *fraudulento* quando utilizado para causar, indevidamente, um prejuízo a interesse de terceiro. Em ambos os casos, o que se pune não é propriamente a simulação da lide em si, mas a ‘intencional nocividade’ do processo.⁶¹⁶

Ora, no raciocínio *supra*, o único traço distintivo efetivamente indicado pelo autor, numa e noutra situação, é a intenção de prejudicar a terceiro, que marcaria o processo fraudulento. Contudo, o próprio Código Civil de 1916, no art. 104, estabelece disposição específica para a disciplina da simulação, quanto esta é praticada “tendo havido intuito de prejudicar a terceiros”. Essa disposição, parece-nos, mostra que a intenção de prejudicar não é característica exclusiva do ato (ou processo, por extensão) fraudulento, mesmo porque, tanto nele quanto no processo simulado, prejuízos são **efetivamente** causados a um terceiro – o Estado-juiz – pelo desvio de finalidade do processo verificado em ambas as situações. A solução adequada, portanto, talvez seja se pensar na fraude e na simulação processual como categorias específicas pertencentes a uma outra mais ampla – do desvio de finalidade do processo – sujeitando-lhes, portanto, às mesmas

⁶¹³ Contro il processo fraudolento, *Rivista di diritto processuale civile*, p. 15. Tradução livre do original: “[Un elemento caratteristico della frode processuale è] il fine che torna alla stessa cosa, dal suo fine naturale. Questo fine è la decisione della lite secondo giustizia, o, in altri termini, la sua giusta composizione”.

⁶¹⁴ *Do abuso do direito no processo civil*, p. 95.

⁶¹⁵ Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, *Revista Forense*, p. 44-45.

penalidades previstas na legislação processual para a configuração de abuso por dolo.

Explica Carvalho Santos que o conceito de **emulação**, utilizado para caracterizar o abuso no processo civil, parte do princípio segundo o qual são “proibidos todos os actos praticados com a exclusiva intenção de prejudicar a alguém, mesmo que taes actos, quanto praticados sem essa intenção, sejam permittidos”.⁶¹⁷ Evidente, então, a influência das noções construídas no direito civil a respeito dos atos emulativos e, portanto, a exigência de que, para se cogitar de emulação no processo, seja comprovado o elemento intencional, representado pela vontade de prejudicar.

E o **mero capricho**? Parte da doutrina entende que se trata de um conceito intermediário, a meio caminho do dolo e da emulação,⁶¹⁸ representado pela conduta da parte autora “que procurava agir pelo meio mais danoso ao réu”.⁶¹⁹ Razão, contudo, parece assistir a Pontes de Miranda, que assim se posiciona a respeito:

A expressão não é feliz. Nada técnica. Um tanto vulgar. As leis devem ser entendidas pelo povo; mas existe terminologia jurídica, que provém de longa fixação e crítica de conceitos. Tal coleção de palavras, conceitos, definições, foi apurada, criticada, até que o seu conteúdo correspondesse a algo de transmissível com exatidão. Mero capricho alude a estado psíquico que a própria psicologia dificilmente fixaria. Vai da puerilidade à teimosia, da teimosia à maldade insistente, à crueldade. O adjetivo (“mero”) serve-lhe, porém, para que se perceba a comparação entre êsse elemento psíquico, que muda o fim ao exercício da ação, ou da postulação, e o fim normal.⁶²⁰

Quanto ao **erro grosseiro**, também se percebe a influência das construções civilistas a respeito desse vício de consentimento, para apuração desse requisito para configuração de abuso no processo. Era ele causa de anulação do ato jurídico, nos termos dos arts. 86 a 91 do Código Civil de 1916. Traduz-se no desconhecimento ou percepção incorreta das circunstâncias, pelo agente, em que foi praticado o ato, de tal modo que, se soubesse das reais circunstâncias, não o praticaria, ou seja, há nessa situação “falta de concordância entre a vontade real e a vontade declarada”.⁶²¹

⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 45.

⁶¹⁷ *Código de Processo Civil interpretado*, p. 85.

⁶¹⁸ Assim: CARVALHO SANTOS, J. M. *Op. cit.*, p. 86; THEODORO JÚNIOR, H. *Op. cit.*, p. 45.

⁶¹⁹ MAIA, V. F. *Litigância de má-fé no Código de Processo Civil*, p. 68.

⁶²⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 140-141.

⁶²¹ PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de direito civil*, p. 326.

Além de classificar o erro em substancial⁶²² e acidental, a doutrina civilista também se preocupou em aludir à existência de erro escusável e inescusável, utilizando como critério a adoção, pelo agente, de cautelas normais⁶²³ (que seriam observadas pelo homem de inteligência média), que lhe permitiriam não recair em erro na formalização do ato.⁶²⁴ Explica, com clareza, o resultado dessa última distinção para o problema do abuso no processo civil, Pontes de Miranda:

A lei civil possui dois conceitos de erro: o erro essencial e o acidental. A verificação objetiva e subjetiva da culpa, tomando-se como linha de conduta extrema de culpa a do homem de atitudes normais, dá-nos dois conceitos de erro, no sentido do art. 3.º: o erro desculpável, que é de lamentar-se, e não de se repreender, nem de se reputar nocivo à vida de relação; e o erro grosseiro, indesculpável, ressaltante, em que a evidência da injustiça havia de ser vista pela parte (não pelo advogado, porque o erro, que é grosseiro para a parte, pode não no ser para o advogado). Ignorância indesculpável, dada a matéria da lide e as ocupações ou especialidade do autor (ou reconvincente, ou quem quer que tenha ‘pedido’), erro grosseiro é.⁶²⁵

Ora, se, para caracterizar o erro grosseiro, basta, apenas, o não atendimento aos padrões médios de cautela, evidentemente a verificação do elemento subjetivo (intenção do sujeito processual) é indiferente nessa hipótese de ato abusivo. Por outras palavras, o abuso do processo por erro grosseiro a que aludia o CPC de 1939 pode, sem dúvida, ser perfeitamente explicado pelo critério da boa-fé objetiva ou dos bons costumes, a que alude o art. 187 do Código Civil em vigor.

A **violência**, explica José Olímpio de Castro Filho, pode ser tanto física quanto moral, sendo a primeira de menor incidência no processo, “eis que, por sua própria índole, os atos de força, aí possíveis, são geralmente praticados pelos próprios órgãos do Estado”.⁶²⁶ Ela caracterizará abuso de direito processual “quando a parte provoca o emprego de providência de força, num quadro em que seria desnecessária ou dispensável, ocasionando privações e constrangimentos,

⁶²² De acordo com o art. 87, parágrafo único, do Código Civil de 1916, “considera-se erro substancial o que interessa à natureza do ato, o objeto principal da declaração, ou alguma das qualidades a ele essenciais”. Somente essa modalidade de erro, nos termos do *caput* do dispositivo citado, dá ensejo à anulação do ato jurídico.

⁶²³ No processo civil, afirma José Olímpio de Castro Filho, a necessidade de observância dessas cautelas é representada por “um dever mínimo de conhecimento” das vias judiciais em que as partes atuarão na defesa de seus interesses (*Abuso do direito no processo civil*, p. 98).

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 329.

⁶²⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 141.

⁶²⁶ *Abuso do direito no processo civil*, p. 101.

não justificáveis”.⁶²⁷ Exemplo interessante dessa situação, capaz de ensejar, sob a vigência do Código de 1939, das sanções por abuso, talvez estivesse na penhora excessiva de bens na fase de execução.

O requisito da **resistência injustificada da lide** remete, indiscutivelmente, à prática de atos processuais com o único intuito de adiar a satisfação do direito já reconhecido ou ainda por se reconhecer em juízo. Parece um antecedente histórico do **manifesto propósito protelatório** hoje utilizado em várias regras do Código de Processo Civil em vigor, aplicando-se, por isso mesmo, todas as considerações feitas a respeito no item 5.2, *supra*. Para Adroaldo Leão, a retenção injustificada dos autos, independentemente de outras conseqüências jurídicas, pode ensejar a aplicação da penalidade prevista pelo Código para a hipótese de resistência injustificada da lide.⁶²⁸

Os aspectos mencionados delineiam, segundo nos parece, o quadro doutrinário e legislativo em que se concebia o abuso do processo civil, na vigência do Código de Processo Civil de 1939. Vários dos requisitos acima tratados continuam sendo de utilidade para se analisar o tema do abuso agora sob a égide do Código em vigor, como veremos, o que mais uma vez mostra a utilidade de tê-los analisados, ainda que sinteticamente, nessa parte do trabalho.

5.5.2

O Código de Processo Civil de 1973

Ao contrário do que se observou, em relação ao Código de 1939, não houve referência expressa ao abuso do direito no processo civil, na redação original do Código de Processo Civil em vigor. Isso não significa, contudo, que o Código de 1973 seja indiferente ao problema do abuso no processo. Aliás é exatamente o contrário: “... o novo estatuto processual civil é corajoso e resolveu enfrentar o abuso do direito com mais disposição e com isto o nosso legislador deu prova de sua intenção de melhor servir econômica e socialmente à coletividade, impedindo,

⁶²⁷ THEODORO JÚNIOR, H. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, *Revista Forense*, p. 45.

⁶²⁸ *O litigante de má-fé*, p. 36.

tanto quanto possível, que os interesses individualistas contnuem alçando vôo cada vez mais alto”.⁶²⁹

Com efeito, existem várias disposições no diploma ora analisado que evidenciam a preocupação do legislador em superar a visão do processo como instrumento meramente técnico, de modo a concebê-lo, também e principalmente, como um instrumento ético,⁶³⁰ consentâneo com o modo como hoje é visto.⁶³¹

Desde sua entrada em vigor, posicionou-se a doutrina, com alguma uniformidade, no sentido de que as regras processuais éticas delineariam esboço muito nítido do princípio da probidade processual, cujos desdobramentos, no processo, fariam de todos os sujeitos processuais (isto é, juiz, partes, terceiros, auxiliares da justiça, ministério público, etc) seus legítimos destinatários. É o que explica Alcides de Mendonça Lima:

Estas regras de sentido ético formam o ‘princípio da probidade’, como ínsito ao próprio desenrolar da atividade jurisdicional na sua variada gama de atos. Normalmente, esse ‘princípio’ é invocado para a atuação das partes, segundo a exigência do chamado ‘dever de lealdade’, sendo esse variante ou modalidade daquele, que tem acepção ampla. Entretanto, aquele ‘princípio’ não se cinge somente aos litigantes, e aos intervenientes mas, sim, igualmente, estende-se aos demais elementos que figuram no desenvolvimento do processo – desde os juízes até as testemunhas e os peritos.⁶³²

Constituiriam desdobramentos do princípio da probidade os deveres de lealdade,⁶³³ de veracidade, de civilidade e urbanidade, de imparcialidade,⁶³⁴ que se

⁶²⁹ PIRES DOS SANTOS, U. Ligeiros traços sobre o dano processual no novo Código de Processo Civil, *Revista Forense*, p. 317.

⁶³⁰ Para Arruda Alvim, não existissem tais deveres que impõem a colaboração ética das partes, “o juiz teria de ‘lutar’, em realidade, ‘contra’ os próprios litigantes que, por sua vez, lutariam violentamente, entre si, ao arrepio da mais elementar ética. Ou então, como no processo contemporâneo ao liberalismo, o juiz sem maiores poderes, apenas julgava em função do que lhe houvessem aportado os litigantes” (Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro – A lealdade no processo, *Revista de Processo*, p. 10).

⁶³¹ “... a idéia moderna da publicização do processo, com os poderes do juiz dilatados para bem desempenhar suas funções com a necessária autoridade e imparcialidade, o torna infenso a atitudes desonestas pelos que nele participam, sob pena de desvirtuar-se sua finalidade primacial: o primado do direito e o da justiça” (MENDONÇA LIMA, A. de. O princípio da probidade no Código de Processo Civil brasileiro, *Revista de Processo*, p. 16).

⁶³² *Ibid.*, p. 16-17.

⁶³³ Arruda Alvim concebe dimensão maior para a lealdade processual, entendendo que sua evolução, no contexto da publicização do processo, implicou “a concepção do processo como um campo dialético, mas onde devem observar princípios éticos” (Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro – A lealdade no processo, *Revista de Processo*, p. 7). Também Valter Ferreira Maia enxerga a lealdade processual nessa perspectiva mais ampla, chegando mesmo a afirmar que “o princípio da probidade corresponde ao dever de lealdade processual visto de forma ampla” (*Litigância de má-fé no Código de Processo Civil*, p. 37).

⁶³⁴ Para Márcio Louzada Carpena, seriam possíveis três dimensões para o princípio da probidade em relação às partes: “a) dever de agir de acordo com a verdade; b) dever de agir com lealdade e

traduzem, todos, na necessidade de os litigantes e demais sujeitos processuais se comportarem no processo com boa-fé.⁶³⁵ Para Humberto Theodoro Júnior, esse apego ao princípio da probidade revelaria a filiação do CPC brasileiro “à tendência traçada pelos princípios Códigos europeus, como o austríaco, o alemão, o italiano e o português, na valorização do *princípio da probidade*, pormenorizando situações vetadas e cominando sanções específicas e genéricas”.⁶³⁶

Os deveres a que estão sujeitas as partes e seus procuradores, por conta do referido princípio, encontram-se essencialmente disciplinados nas regras dos arts. 14 a 18 do CPC, que também estabelecem sanções pecuniárias pelo descumprimento de tais deveres. Também há outras disposições, espalhadas pelo Código de Processo Civil, que exigem das partes a adoção de comportamento ético, sob pena de sanção, contudo, no mais das vezes, tais disposições constituem reflexos (específicos para o setor do CPC em que se localizam) dos deveres elencados nos arts. 14 a 17.

A situação de descumprimento dos deveres mencionados leva à caracterização da litigância de má-fé e, portanto, à qualificação da parte como litigante de má-fé (ou *improbis litigator*). O entendimento doutrinário que se formou, desde a entrada em vigor do Código de 1973, é o de que haveria correspondência entre a litigância de má-fé e o abuso processual, de tal modo o litigante de má-fé seria o sujeito que abusa do direito no processo civil.⁶³⁷ Nesse contexto, o abuso do direito no processo (a que vários autores como abuso do direito de demandar) resultaria de ofensa ao princípio da probidade processual pelas partes e seus procuradores, aliás, no dizer de Alcides de Mendonça Lima, a mais grave ofensa.⁶³⁸

boa-fé; c) dever de praticar somente atos necessários à sua defesa” (Da (des)lealdade no processo civil, *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, p. 147).

⁶³⁵ Para Luiz R. Nunes Padilla, “a punição do comportamento processual desleal tem por objetivo simultâneo educar o faltoso para que não torne a transgredir as normas de lealdade – servindo de exemplo aos colegas/advogados mais afoitos para que não cometam semelhante erro – e compensar a contraparte pela demora adicional imposta antes da solução do litígio” (Litigância de má-fé no CPC reformado, *Revista de Processo*, p. 105).

⁶³⁶ Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, *Revista Forense*, p. 46.

⁶³⁷ Nesse sentido: ROSAS. R. Abuso de direito e dano processual, *Revista de Processo*, p. 28; MAIA, V. F. *Litigância de má-fé no Código de Processo Civil*, p. 49-50 (“A Litigância de má-fé é um ato de violação ao princípio da probidade processual (boa-fé) e que, lembre-se, diz respeito não apenas à atividade do autor, mas também à do réu e dos demais intervenientes, ato esse consistente no abuso do direito, mais especificamente no abuso do direito de demandar”).

⁶³⁸ Abuso do direito de demandar, *Revista de Processo*, p. 58.

É muito plausível a identificação do comportamento abusivo nas hipóteses de litigância de má-fé. À primeira vista, diante da enumeração dos deveres de conduta, nos arts. 14 e 17 do CPC, poderia até se concluir que os atos praticados em desacordo com esses deveres somente poderiam ser qualificados como atos ilícitos, que diferem em sua estrutura, como vimos, dos atos abusivos.⁶³⁹

Contudo, análise mais aprofundada das regras referidas faz vez que elas, na verdade, apenas explicam o limite para a prática de atos processuais pelas partes e seus procuradores, isto é, **dizem o que significa o atendimento à noção de probidade processual por tais sujeitos.**⁶⁴⁰ Ou seja, não há, em tais regras, a definição do limite para a prática de atos, mas, a explicitação de um limite que paira sobre elas (a probidade processual), não estando expressamente aludido em nenhuma. Isso também ocorreria se o legislador, ao redigir o art. 187 do Código Civil de 2002 (onde está prevista a antijuridicidade do ato abusivo), tivesse redigido parágrafos para explicar o que, para ele, significa boa-fé, bons costumes e finalidade sócio-econômica dos direitos. Essa explicação dos limites, por outras palavras, não é suficiente para descaracterizar a abusividade do ato, transformando-a em ilicitude, pois, ao praticá-lo, o sujeito não está ofendendo a estrutura formal de uma regra, mas o elemento axiológico que a informa.

Para Arruda Alvim, a descrição dos deveres das partes, nos dispositivos em questão, evidencia a adoção da boa-fé objetiva no Código de 1973, noção que, para o autor, pode ser assim explicada:

A boa-fé *objetiva* (mais precisamente, *objetivada na lei*), é aquela em que o próprio sistema jurídico fornece parâmetros para ser avaliada, o que, certamente, facilita a tarefa do juiz e mesmo o próprio comportamento das partes, com vistas a não serem havidas como má-fé. A lei brasileira procura fornecer elementos, através dos quais se possa chegar à conclusão de estar o litigante de boa-fé, ou não. É o que consta do art. 14, no que diz respeito à exigência legal de comportamento, em conformidade com a boa-fé; e, no art. 17, encontram-se descritas as condutas representativas de comportamento em desconformidade com a boa-fé.⁶⁴¹

O problema (e a essa altura já ficou claro que, no estudo do abuso no processo, sempre surge um) é que, muito embora seja tecnicamente possível

⁶³⁹ Vide item 4.4.2, *supra*.

⁶⁴⁰ Para Alcides de Mendonça Lima, não seria necessária a “explicação” das condutas consideradas ofensivas aos deveres expressos no art. 14, contudo, isso revela “o intuito de ressaltar toda e qualquer situação, evitando apenas que a matéria fosse estipulada de modo genérico, com os perigos de poder ser mal interpretada e mal aplicada” (O princípio da probidade no Código de Processo Civil brasileiro, *Revista de Processo*, p. 28).

⁶⁴¹ Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro – A lealdade no processo, *Revista de Processo*, p. 9.

caracterizar as hipóteses de litigância de má-fé como condutas abusivas, parte da doutrina e também os tribunais ainda não se deram conta de que o ato abusivo se submete a regime jurídico próprio, justamente porque é uma categoria dogmática autônoma. E, portanto, nas situações em que ele é praticado, não têm nenhuma serventia as noções tradicionalmente relacionadas ao ato ilícito.⁶⁴² Aliás, muitos autores se referem a este e ao ato abusivo como se sinônimos fossem, ainda que o façam indiretamente.⁶⁴³

Do regime jurídico próprio do ato abusivo, resultam conclusões que são relevantíssimas para o tratamento do tema no processo civil: 1.º) para responsabilização civil, é indiferente a configuração do elemento subjetivo⁶⁴⁴ (dolo ou culpa);⁶⁴⁵ 2.º) o ato abusivo é punido independentemente da ocorrência de dano (ou seja, este elemento somente é necessário nas hipóteses em que se pretende a responsabilização do sujeito que praticou abuso); e, 3.º) os deveres descritos nos arts. 14 e 17 do CPC fazem parte de lista exemplificativa⁶⁴⁶ e, portanto, nada impede que outras condutas, ali não enumeradas, seja consideradas

⁶⁴² Disso resultando conclusões relevantíssimas que serão adiante expostas.

⁶⁴³ Nesse sentido, Adroaldo Leão: “A teoria do abuso de direito, que tem suas raízes fincadas na moral, encontra no princípio da lealdade processual o seu grande aliado. É dever não só das partes, mas também dos advogados, exercer o seu direito com moralidade e probidade, não só nas suas relações recíprocas, como também perante órgão jurisdicional. O desrespeito do dever de lealdade se traduz em ilícito processual, com as sanções decorrentes” (*O litigante de má-fé*, p. 12). Idêntico é, *data venia*, o equívoco cometido por Valter Ferreira Maia ao afirmar que no art. 16 se trata de “responsabilidade de um ilícito processual, consistente na violação do dever de litigar de boa-fé, que tenha causado perdas e danos” (*Litigância de má-fé no Código de Processo Civil*, p. 77), para depois dizer que o litigante de má-fé é “aquele que abusa do direito processual para vencer a qualquer custo” (*op. cit.*, p. 95).

⁶⁴⁴ Que definiria, de acordo com Valter Ferreira Maia, a responsabilidade subjetiva do *improbis litigator* (*Litigância de má-fé no Código de Processo Civil*, p. 73).

⁶⁴⁵ A sutileza da questão não passa despercebida a Ulderico Pires dos Santos: “No novo estatuto processual civil predomina o conceito de culpa na reparação do dano decorrente da inobservância das normas de conduta, não obstante a antijuridicidade e não a culpabilidade da ação ser o ponto central do abuso do direito” (Ligeiros traços sobre o dano processual no novo Código de Processo Civil, *Revista Forense*, p. 317).

⁶⁴⁶ Contrariando o entendimento de significativa parcela da doutrina, Carreira Alvim se manifesta nesse sentido, muito embora parta de premissa diversa, assim exposta: “O propósito da lei processual é, num primeiro momento, responsabilizar por perdas e danos todo aquele que pleitear de má-fé, o que faz no art. 16, reputando litigante de má-fé todo aquele que adotar uma das condutas descritas nos diversos incisos do art. 17. Mas, ao dizer que reputa-se de má-fé o litigante que adota uma dessas condutas, definitivamente não afasta outras que, apesar de não expressamente referidas, possam ser o oposto da boa-fé. Tanto assim é que, apesar de somente agora vir a lei punir expressamente a interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório, o Superior Tribunal de Justiça há muito já vinha considerando litigante de má-fé a parte que faz tabula rasa da sua jurisprudência, opondo recursos infundados...” (*Litigância de má-fé. Abuso do direito de recorrer. Lei nº 9.668, de 23/6/98. Sanção processual. Genesis Revista de Direito Processual Civil*, p. 291).

abusivas, se revelarem desrespeito ao limite imposto pela noção de probidade processual.⁶⁴⁷

Cumpre, então, aludir ao teor das regras ora analisadas, explicar como têm sido interpretados os deveres nelas previstos, para compreender quais são os requisitos necessários à configuração do ato abusivo e à aplicação das sanções pecuniárias e processuais previstas no Código de 1973. Cabe, contudo, uma pausa muito breve, antes de dar início a essa abordagem, para explicar a opção metodológica que nos parece mais adequada para essa empreitada.

Ao longo desse trabalho, enfatizamos o papel importante que, modernamente, tem sido atribuído ao juiz para criação de direitos, com a utilização de técnicas legislativas como a dos conceitos vagos ou indeterminados e a própria estruturação do sistema jurídico com base em princípios. Esse papel criativo se revelou especialmente importante na construção do significado das regras que estabelecem a responsabilidade das partes e seus procuradores por dano processual. Muito do que hoje se sustenta doutrinariamente a respeito dessas regras reflete o posicionamento continuamente adotado pelos tribunais,⁶⁴⁸ influenciados, indiscutivelmente, pelas lições dos grandes mestres do processo civil brasileiro, cuja contribuição não pode aqui ser menosprezada. Tudo isso para dizer que as especificidades das regras em questão constituem tema muito dinâmico que, em nosso modo de ver, remete necessariamente à análise da casuística. Optamos, portanto, nesse momento do trabalho, por nos dedicarmos apenas aos aspectos genéricos relacionados a tais regras, às tendências que elas representam, para, no item 5.6, *infra*, aprofundar essa análise, em vista dos precedentes jurisprudenciais selecionados, especificamente, para esse fim.

Pois bem.

Em sua redação originária, a regra do art. 14 do CPC assim estabelecia:

Art. 14. Compete às partes e aos seus procuradores:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé;

III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento.

⁶⁴⁷ Para Alcides de Mendonça Lima, “quanto maior o número de normas, e desde que não sejam consideradas como exaustivas, mas meramente elucidativas, melhor para o exercício da função jurisdicional” (O princípio da probidade no Código de Processo Civil brasileiro, *Revista de Processo*, p. 19).

⁶⁴⁸ O que não se traduz, é bom observar, na ausência de críticas doutrinárias – sérias e construtivas – para a interpretação dada ao tema por nossos tribunais.

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

Por sua vez, o art. 17, do mesmo diploma, quando foi ele promulgado, tinha a seguinte redação:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer;

II – alterar intencionalmente a verdade dos fatos;

III – omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa;

IV – usar do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal;

V – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

VI – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VII – provocar incidentes manifestamente infundados.

Em primeiro lugar, da análise da redação inicialmente utilizada nas duas regras mencionadas, resulta evidente que, ao estabelecer as hipóteses de litigância de má-fé, o legislador nada mais fez do que, a *contrario sensu*, dizer quais condutas as partes deveriam adotar para serem consideradas litigantes de boa-fé. Assim, ao afirmar que constitui litigância de má-fé a alteração da verdade dos fatos (inciso II), o legislador disse que o litigante de boa-fé deve dizer os fatos conforme a verdade. Procedendo-se do mesmo modo em relação aos demais incisos, percebe-se que se as condutas neles previstas não são as mesmas estabelecidas no art. 14, no mínimo, constituem desdobramentos destas.

Em segundo lugar, pode-se perceber a irregularidade na estruturação das regras, pois o art. 16 estabelece sanções para comportamentos que são identificados (ou exemplificados), posteriormente, no art. 17, pelo que parece muito razoável a crítica feita pela doutrina no sentido de que teria sido mais conveniente – e lógica – a inversão na numeração das regras mencionadas.⁶⁴⁹

Em terceiro lugar, e aqui certamente está a observação mais importante, constata-se muito claramente a adoção de critérios subjetivos para identificação da conduta processual contrária ao princípio da probidade (e, portanto, abusiva). É o que se apreende no inciso III do art. 14 (“cientes”) e nos incisos I a III, do art. 17, em que foram utilizados termos como “razoavelmente desconhecer” ou “intencionalmente”.

⁶⁴⁹ “A primeira observação do intérprete na análise do art. 16 e 17 é a inversão da ordem desses dispositivos. O art. 17, ao oferecer a casuística da má-fé, deveria ter recebido o n.º 16, e este seria o 17, por ter a finalidade de fixação da responsabilidade do litigante abusivo. Como se encontra, o art. 16 reporta-se a uma figura sem definição prévia. A sistemática é defeituosa” (LEÃO, A. *O litigante de má-fé*, p. 33).

Ora, a essa altura, já não resta nenhuma dúvida de que a adoção de critérios subjetivos como os mencionados destitui a força da norma de combate ao comportamento abusivo, diante da extrema dificuldade (senão inviabilidade) verificada na prática para provar o elemento intencional.⁶⁵⁰ Essa constatação fez com que o Código, ainda recém-nascido, demandasse alteração nos dispositivos citados, sob pena de torná-los letra morta pela dificuldade de aplicação.

A primeira alteração foi promovida pela Lei 6.771, de 27.03.1980. Por meio dela, operou-se, essencialmente, modificação da regra do art. 17, do CPC, seja quanto à redação de seus incisos, seja quanto à sua numeração, de modo que passou a prever:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

- I – deduzir pretensão ou defesa, contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II – alterar a verdade dos fatos;
- III – usar o processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI – provocar incidentes manifestamente infundados.

Adroaldo Leão resume as alterações promovidas assim: “Em síntese, a nova lei, ao suprimir o inciso III, reduziu para seis, o número de incisos do art. 17, dos quais, três permanecem com a redação inalterada (IV, V, VI), enquanto a outra metade teve o seu texto parcialmente modificado”.⁶⁵¹ A modificação parcial a que alude o autor significou, justamente, a supressão daqueles termos antes existentes na redação do dispositivo, que remetiam a apuração da litigância de má-fé à verificação do elemento subjetivo. Todos os “intencionalmente” foram retirados, portanto, numa clara intenção do legislador de privilegiar a verificação objetiva do comportamento abusivo, muito embora a redação do inciso III do art. 14 (que alude à ciência da destituição de fundamento) tenha permanecido inalterada até os dias de hoje.

Dezoito anos depois da primeira alteração promovida, isto é, em 1998, acrescentou-se, por meio da Lei n.º 9.668, o inciso VII ao art. 17, ficando, assim, qualificada como litigante de má-fé a parte que “interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”. Não houve, aqui, contudo, modificação muito expressiva, pois o recurso interposto nessas condições já poderia ensejar a

⁶⁵⁰ Além disso, a apreciação subjetiva “fica na dependência do critério do juiz, que poderá ser mais tolerante ou mais rígido na aferição do comportamento da parte” (O princípio da probidade no Código de Processo Civil brasileiro, *Revista de Processo*, p. 29).

condenação da parte por litigância de má-fé com base nos incisos IV ou VI do dispositivo em questão.

A terceira importante alteração foi promovida pela Lei 10.358, de 27.12.2001, que, desta feita, teve como alvo o art. 14. As modificações introduzidas dizem respeito à **redação do caput** (que ampliou o rol dos destinatários dos deveres previstos na regra),⁶⁵² à **inserção de mais um dever no novo inciso V** (“cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação e provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”) e à **previsão de sanção específica** pelo descumprimento desse novo dever no parágrafo único acrescentado.⁶⁵³ Com tais modificações, entende-se consagrado, no Brasil, o instituto do *contempt of court*.⁶⁵⁴

Pelo descumprimento dos deveres estabelecidos nos arts. 14 e 17 do CPC, fica autorizada a aplicação de sanção pecuniária pelo juiz, sob a forma de responsabilização por perdas e danos (art. 16) ou multa (art. 18). Observa-se, no tocante à indenização pelos prejuízos causados pela litigância de má-fé, importante inovação trazida pelo Código de 1973. É que, de acordo com suas disposições, “o lesado não precisa de um novo e autônomo processo para obter a reparação de seus prejuízos, operando-se a mesma nos mesmos autos onde ocorreu o ato de litigância de má-fé”.⁶⁵⁵

Esse é o quadro geral, portanto, estabelecido pelas regras dos arts. 14 a 18 do CPC, para identificação e repressão da litigância de má-fé (e, portanto, do fenômeno abusivo) no processo. Ao lado delas, há outras que também se prestam

⁶⁵¹ *O litigante de má-fé*, p. 29-30.

⁶⁵² “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo...”.

⁶⁵³ Com a seguinte redação: “Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado”.

⁶⁵⁴ Para Márcio Louzada Carpena, “por meio do prosseguimento à reforma do Código de Processo Civil pátrio, mais especificamente pela Lei n.º 10.358, de 27 de dezembro de 2001, definiu-se de forma absoluta o dever de colaboração de todos, partes ou não, com a operacionalidade e efetividade do processo; tonificou-se a exigência de posturas essencialmente éticas por parte dos litigantes e terceiros, instando-os a cooperar com a celeridade do procedimento judicial o que, em última análise, reflete na atuação e eficiência do órgão jurisdicional na aplicação do direito” (Da (des)lealdade no processo civil. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, p. 146).

⁶⁵⁵ MAIA, V. F. *Litigância de má-fé no Código de Processo Civil*, p. 71.

a essa finalidade.⁶⁵⁶ É o que se observa em relação às regras dos arts. 538, parágrafo único e 557, § 2.º, que estabelecem multas para as hipóteses de abuso na interposição dos recursos de, respectivamente, embargos de declaração e agravo interno. Também o art. 600 do CPC, que regula, sabe-se, o processo de execução, prevê hipóteses em que se entende caracterizado ato atentatório à dignidade da justiça pelo devedor, de que pode resultar a aplicação de sanção processual a que alude o art. 601 (imposição de multa em valor correspondente até 20% do débito em execução).⁶⁵⁷

Além dessas regras repressivas da conduta abusiva, Humberto Theodoro Júnior traz inúmeros exemplos de regras processuais em que o legislador processual instituiu poderes para o juiz ou deveres para as partes com o claro intuito de prevenir o abuso no processo civil.⁶⁵⁸ Alude, por isso mesmo, o autor à existência, no Brasil, de “sistema preventivo tendente a prevenir a litigância de má-fé”, composto, entre outras, pelas seguintes medidas:

- a) outorga de poderes expressos ao juiz para dirigir o processo, de maneira a impedir que haja quebra do tratamento igualitário das partes, ou qualquer manobra procrastinatória, ou, ainda qualquer ato contrário à dignidade da justiça (art. 125);
- b) outorga ao juiz de poderes para dirigir a instrução probatória, permitindo apenas a produção das provas necessárias à elucidação do conflito, e indeferindo todas as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130);
- c) no caso de processo simulado ou fraudulento, tem o juiz o dever de proferir sentença que obste aos objetivos ilícitos das partes conluídas (art. 129);
- d) no caso de pretensões manifestamente infundadas, tanto do autor como do réu, o juiz pode antecipar o julgamento da causa, seja indeferindo a petição inicial (art. 295), seja julgando-lhe o mérito sem levar o processo à audiência (art. 330);
- e) nas diligências fora da comarca, o juiz deve marcar prazo para o respectivo cumprimento, a fim de evitar manobras de eternização do feito (art. 203);
- f) no caso de rescisória de sentença trânsita em julgado, o autor fica obrigado a depositar 5% do valor da causa, para garantir multa para a hipótese de a ação ser unanimemente declarada inadmissível ou improcedente (art. 488, II);

⁶⁵⁶ Que, de certo modo, quase esvaziam “o próprio art. 17 em vários incisos” (MENDONÇA LIMA, A. de. O princípio da probidade no Código de Processo Civil brasileiro, *Revista de Processo*, p. 31).

⁶⁵⁷ Deixados de proceder à análise dessas regras, contudo, porque essa atividade pressupõe aprofundamento no estudo do direito de recorrer e das peculiaridades do processo de execução, que, embora constituam temas interessantíssimos para reflexão, ampliariam excessivamente o âmbito de “investigação” do presente trabalho.

⁶⁵⁸ Com efeito, “o Código procurou coibir todos os atos de possível má-fé, realizados com intuito, não de obter um direito, mas, sim, de protelar o desfecho do processo ou de embaraçar o adversário, em detrimento, outrossim, da própria justiça. Não se limitou a traçar as linhas gerais nos dispositivos básicos como os arts. 14 a 18. A cada passo, conforme as circunstâncias e as possibilidades de uma fraude específica, foram inseridas normas de cunho preventivo, por via da cominação de pena, tentando cercear atitude ímproba de qualquer interessado” (MENDONÇA DE LIMA, A. de. O princípio da probidade no Código de Processo Civil brasileiro, *Revista de Processo*, p. 34).

g) no processo de execução, o juiz pode, em qualquer momento da marcha processual: I – ‘ordenar o comparecimento das partes’; II – ‘advertir ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça’ (art. 599). Em tal situação a parte será advertida, também, da multa em que poderá incorrer caso persista na prática do ato ofensivo à dignidade da justiça (art. 601).⁶⁵⁹

5.5.3.

A situação específica da antecipação de tutela por abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório: art. 273, II, do CPC.

Muito embora tenha sido suprimida, da parte que trata dos deveres das partes no Código de Processo Civil em vigor, a menção ao abuso (antes existente sob a vigência do Código de 1939), o legislador da grande reforma processual realizada em 1994, por meio da Lei 8.952, de 13.12.1994, trouxe nova referência a esse fenômeno. Trata-se da regra estabelecida no artigo 273, II, diante da qual foi facultada a antecipação, total ou parcial, da tutela nas hipóteses em que “fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

Não há dúvidas de que a tutela antecipatória, independentemente do fundamento que justifica sua concessão (seja pelo inciso I, seja pelo inciso II, do artigo 273), é uma técnica processual que permite uma melhor distribuição do ônus do tempo do processo. É o que, precisamente, pondera Luiz Guilherme Marinoni: “A técnica antecipatória, é bom que se diga, é uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. A antecipação certamente eliminará uma das vantagens adicionais do réu contra o autor que não pode suportar, sem grave prejuízo, a lentidão da Justiça”.⁶⁶⁰ Disso resulta, então, que a técnica processual em questão conduz as partes a situação de equilíbrio no processo.

O inciso I do art. 273 contempla situação na qual o autor está na iminência de sofrer um dano sério, vale dizer, sofre o risco de se sujeitar a perigo grave e próximo, sendo esta urgência que pontualiza a necessidade de antecipação dos efeitos da sentença.

⁶⁵⁹ Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, *Revista Forense*, p. 57.

⁶⁶⁰ *A antecipação da tutela*, p. 21. A mesma linha de entendimento é compartilhada por Cândido Dinamarco, para quem “o novo art. 273 do Código de Processo Civil, ao instituir de modo explícito e generalizado a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, veio com o objetivo de ser

Qual teria sido, então, a intenção do legislador ao inserir no sistema processual a hipótese de concessão da tutela com base num comportamento processual do réu, de que trata o inciso II, do mesmo dispositivo?

A doutrina é praticamente unânime ao reconhecer que a antecipação da tutela com fundamento neste dispositivo dispensa a necessidade de comprovação pelo autor de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Em comentário à hipótese contemplada pelo inciso II, afirmou, com habitual propriedade, Cândido Dinamarco: “As condutas aqui conducentes à antecipação consideram-se litigância de má-fé (...) Ao sanciona-las agora com a antecipação da tutela, não quis o legislador dispensar a probabilidade do direito nesses casos (exigência geral expressa no *caput*), mas confirmou a dispensa de situações de perigo para o direito como supostos requisitos da antecipação. A celeridade na tutela é em si mesmo um bem”.⁶⁶¹

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Nelson Nery Jr.:

Nem sempre a tutela antecipada tem como móvel a urgência (CPC 273 I), pois pode ser concedida quando houver abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (CPC 273 II), que nada tem a ver com a urgência, mas sim com a efetividade do processo, como forma de garantir ao autor os efeitos da tutela pretendido pelo simples fato de o réu estar-se utilizando do processo com propósito protelatório. Daí porque o instituto brasileiro é singular, diferindo, na extensão e profundidade, dos *provvedimenti d'urgenza* do sistema italiano (CPC ital. 700) e da *einstweilige Verfügung* do processo civil alemão (ZPO §§ 935 e 940), como visto acima.⁶⁶²

Como se vê, também na hipótese do inciso II, pretendeu o legislador evitar os danos decorrentes de atraso geral da administração da justiça, causado pela adoção de comportamento abusivo, pautado, apenas, por interesse egoísta (na maior parte dos casos representado pela intenção de retardar a realização do direito alegado pela outra parte). Ou seja, constata-se, muito claramente, que a

uma arma poderosíssima contra os males corrosivos do tempo do processo” (*A reforma do Código de Processo Civil*, p.138).

⁶⁶¹ DINAMARCO, C. *Op. cit.*, p. 146.

⁶⁶² NERY JR., N. *Atualidades sobre o processo civil*, p. 53. É este também o posicionamento adotado por ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, para quem “a caracterização fática de uma das figuras aqui instituídas (‘abuso de direito de defesa’ ou ‘manifesto propósito protelatório do réu’) corresponde ao fundamento alternativo ao *periculum in mora* previsto no inc. I, o que é irrefutavelmente demonstrado pela disjuntiva ‘ou’ empregada no final do texto do inciso anterior. Dessa forma, ainda que o autor não consiga demonstrar o fundada receio de dano, o que lhe priva de receber a liminar *inaudita altera parte*, sua expectativa em relação à tutela antecipada não desaparece, haja vista que, dependendo da atitude do réu, o juiz poderá vir a conceder a providência logo após a contestação ou a réplica” (*A Reforma do Processo Civil interpretada – artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*, p. 21).

regra ora analisada foi inspirada por um fim maior do que aquele de proteger o autor na situação específica.

Grande parte dos autores, ao discorrer sobre a antecipação diante de comportamento abusivo ou manifestamente protelatório do réu, utiliza-se de critérios genéricos para conceituação do fenômeno abusivo. Cândido Dinamarco, no trecho supracitado, por exemplo, sustenta que a hipótese prevista pelo inciso II se refere a situações onde resta configurada a litigância de má-fé. Já Ovídio Baptista da Silva tece severa crítica ao legislador da reforma, nos seguintes termos:

Quem conhece nossa experiência judiciária e, principalmente, as profundas raízes culturais que tornam extremamente tolerante nossa reação contra todas as formas de litigância temerária, não terá muito otimismo quanto à utilização deste dispositivo. Ao contrário, talvez o aceno com esses pressupostos seja uma boa razão para não se conceder a antecipação da tutela, quando a verossimilhança se tenha reforçado em razão da litigância temerária, mas o juiz de espírito mais conservador ou mais tímido, prefira negá-la sob o fundamento de que não estaria caracterizado quer o abuso do direito de defesa quer o propósito protelatório, condutas estas, como se sabe, de difícil comprovação.⁶⁶³

Ciente da dificuldade apontada, o renomado jurista sustenta que a interpretação do artigo 273, inciso II, deve levar em consideração que,

O que o legislador quis significar, quando outorgou ao juiz a faculdade de antecipar os efeitos da tutela, nos casos do inc. II do art. 273, não foi, de modo algum, a consideração de que essa antecipação teria caráter punitivo contra a litigância temerária. O que se dá, com a conduta do réu, nesses casos, é que o índice de verossimilhança do direito do autor eleva-se para um grau que o aproxima de certeza. Se o juiz já se inclinara por considerar verossímil o direito, agora, frente à conduta protelatória do réu, ou ante o exercício abusivo do direito de defesa, fortalece-se a conclusão de que o demandado realmente não dispõe de nenhuma contestação séria a opor ao direito do autor. Daí a legitimidade da antecipação da tutela.⁶⁶⁴

O mérito de quem se esforça para garantir ao inciso II do artigo 273 a maior eficácia possível (no intuito de concretizar a tão clamada efetividade do processo) é indiscutível. Mas, tal circunstância parece não ter sido devidamente reconhecida pelos juízos de primeira instância e tribunais pátrios. Em análise, ainda que superficial, dos precedentes jurisprudenciais de tais órgãos jurisdicionais, é possível apreender que a referida regra tem sido utilizada em pouquíssimas situações. Aliás, a escassez de precedentes neste sentido faz até imaginar que as partes não têm suscitado sua aplicação nos casos concretos submetidos à

⁶⁶³ *Curso de Processo Civil*, v. I, p. 143.

⁶⁶⁴ *Ibid*, p. 143.

apreciação dos tribunais de todo o país. Nas poucas hipóteses em que se encontra alguma manifestação acerca da matéria, o desapontamento é inevitável, pois, as decisões não contribuem para esclarecer ou precisar o verdadeiro sentido da norma.

Autores há, como Nelson Nery Junior, que oferecem contribuição no sentido de dirimir as dúvidas que pairam sobre os elementos conceituadores do comportamento abusivo. Com efeito, para esse autor “quando a contestação for deduzida apenas formalmente, sem consistência, a situação pode subsumir-se à hipótese do CPC 273 II, autorizando a antecipação”.⁶⁶⁵

Antônio Cláudio da Costa Machado, ao comentar o tema em apreço, afirma:

‘Abuso de direito de defesa’ é o uso excessivo ou exorbitante das faculdades que compõem o direito de contestar (a mais típica manifestação do direito de defesa no processo civil), como a apresentação de várias objeções processuais, ou defesas de mérito diretas ou indiretas, sem razoável fundamento ou articulação (o juiz deverá ser cuidadoso na sua avaliação tendo em conta os princípios da concentração e da eventualidade consagrados no art. 300). Já o ‘manifesto propósito protelatório do réu’ deve ser entendido como o resultado do uso exorbitante do direito de responder (art. 297), o que se verifica na hipótese de oferecimento simultâneo de várias respostas (contestação, reconvenção, exceção, impugnação ao valor da causa, denúncia etc.) descabidas, todas ou algumas, ou desprovidas de razoável fundamento (texto de acordo com a Lei 8.952/94).⁶⁶⁶

O entendimento dos autores citados até pode fornecer elementos para identificação do abuso do direito de defesa em determinadas situações, porém, são eles insuficientes porque a contestação (ou qualquer modalidade de resposta após a citação), apesar de concebida como o mais significativo ato praticado pelo réu no exercício de seu direito de defesa, não o esgota, constituindo, em vez, a inauguração de sua atuação no processo.

Para Luiz Guilherme Marinoni, o inciso II, do artigo 273, seria aplicável apenas “quando a defesa ou o recurso do réu deixam entrever a grande possibilidade de o autor resultar vitorioso e, conseqüentemente, a injusta espera para a realização do direito”.⁶⁶⁷ E é a partir deste raciocínio que o autor afasta a possibilidade de se confundir os conceitos de abuso de direito de defesa e litigância de má-fé, afirmando que nem sempre um comportamento do réu que o torne litigante de má-fé (como a retenção indevida dos autos do processo) fará com que nasça para o autor o direito à antecipação da tutela por abuso do direito

⁶⁶⁵ NERY JR., N. *Op. cit.*, p. 54.

⁶⁶⁶ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Op. cit.*, p. 21-2.

⁶⁶⁷ *A tutela antecipatória*, p. 138.

de defesa.⁶⁶⁸ É que tal figura está sempre vinculada, para o autor, à fragilidade dos argumentos e das provas trazidas ao processo pelo réu, elementos que fortalecem a verossimilhança das alegações do autor e justificam a antecipação eventualmente pretendida.

No mínimo por questão de coerência com tudo o que expusemos nos itens precedentes, não podemos concordar com o posicionamento exposto por Marinoni. Parece-nos, de fato, que muito embora não constituam lista taxativa, os padrões de conduta determinados nos arts. 14 e 17 do CPC podem – e devem – servir como parâmetro para analisar se houve, ou não, abuso do direito de defesa. Isso porque tais dispositivos explicam os limites para atuação das partes no processo, limites esses que, ultrapassados, permitem a caracterização do ato processual como abusivo.

Assim, traduzindo-se o direito de defesa na prática de uma ampla cadeia de atos processuais, qualquer um dos atos dessa cadeia, individualmente ou considerados em conjunto, pode dar ensejo ao comportamento abusivo e, desse modo, conduzir à sanção processual estabelecida no art. 273, II, do CPC. Ou seja, não só a resposta apresentada pelo réu, após a citação, dá ensejo à configuração do abuso do direito de defesa: também se nos afigura possível que, no caso concreto, o juiz conclua pelo comportamento abusivo pela constatação de reiterados atos pelo réu que, juntos, traduzam essa idéia de comportamento abusivo.

Imagine-se, por exemplo, a hipótese em que o réu, depois de produzir prova documental fragmentada (isto é, por meio de várias manifestações apresentadas em seqüência), de que resultou a necessidade de intimações sucessivas do autor para manifestação, requeira a expedição de carta rogatória para tomar o depoimento de testemunha cuja utilidade, para instrução do feito, não fica evidenciada. Numa situação como essa, seria muito razoável que o juiz concluísse que se configurou a hipótese prevista no art. 17, inciso IV (“*opuser resistência injustificada ao andamento do processo*”) e, instado pelo autor, impusesse ao réu a sanção estabelecida no art. 273, II.

⁶⁶⁸ São neste sentido as palavras de MARINONI, ao afirmar que “não é possível confundir abuso de direito de defesa com litigância de má-fé. Para efeito de tutela antecipatória, é possível extrair do artigo 17 do Código de Processo Civil alguns elementos que podem colaborar para caracterização do abuso de direito de defesa. Isto não significa, porém, que as hipóteses do artigo 17 possam servir de guia para a compreensão da tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa” (*Supra*, p. 139).

É dizer: um mesmo comportamento do réu poderia ensejar a aplicação das sanções pecuniárias estabelecidas nos arts. 16 e 18 e da sanção processual estabelecida no art. 273 do CPC. Cada sanção, contudo, por sua natureza, se submete a regime diverso, já que a antecipação de tutela, pela disposição do *caput* do art. 273, não pode ser concedida de ofício, ao contrário da multa por litigância de má-fé.

Tudo isso para dizer que a associação entre o instituto da litigância de má-fé e a regra do art. 273 do CPC pode trazer, SIM, bons frutos. E a insignificante aplicação das sanções por litigância de má-fé não constitui obstáculo a esse modo de pensar. Aliás, é muito mais freqüente nos depararmos com decisões em que o juiz penaliza o litigante por sua má-fé, do que aquelas em que há antecipação da tutela com base no art. 273, II.

Não se pode deixar de lamentar a pouca incidência que tem se observado em relação a essa regra. A antecipação da tutela, havendo defesa abusiva, representa, acima de qualquer outra coisa, um mecanismo por meio do qual, muito claramente, fica frustrado o objetivo do réu que resolveu adotar comportamento abusivo, daí sua potencial⁶⁶⁹ efetividade com sanção processual contra o abuso no processo. Precisamente por isso, afirma Humberto Theodoro Júnior que se trata “da mais enérgica medida de combate à litigância de má-fé até hoje adotada pelo legislador brasileiro”.⁶⁷⁰

5.6.

O papel da jurisprudência na repressão do abuso: casuística.

5.6.1.

Litigância de má-fé: dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (art. 17, I)

Entende-se existir, nessa hipótese, possibilidade de caracterização de litigância de má-fé, independentemente da intenção da parte, ao propor demanda

⁶⁶⁹ Diz-se “potencial” porque, lamentavelmente, o instituto em questão, desde sua consagração no ordenamento jurídico brasileiro, há mais de dez anos, encontrou raríssimas hipóteses de aplicação prática, como se verá, mais adiante, na análise de precedentes jurisprudenciais em matéria de abuso do processo (item 5.6, *infra*).

⁶⁷⁰ Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, *Revista Forense*, p. 62.

ou apresentar defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso. Ou seja, trata-se de hipótese em que a conduta é objetivamente analisada. “Dispensa-se aí o elemento subjetivo, a intenção. Aplica-se o princípio ao autor, no fundamentar sua ação; ao réu, no fundamentar sua defesa; e ao oponente, porque tem posição de autor em relação aos demais litigantes iniciais”.⁶⁷¹

Para compreender as condições de aplicação da regra, é importante, antes de mais nada, entender o que significa deduzir pretensão ou defesa contra texto de lei. O Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94) parece fornecer algum subsídio para essa empreitada. Com efeito, no art. 34, inciso VI, após vedar a advocacia contra literal disposição de lei, o Estatuto afirma presumir-se a boa-fé “quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior”.

Não seria razoável, mesmo, entender que toda manifestação do advogado contrária a uma regra posta seja de má-fé, do contrário “não teria cabimento um pedido de declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica, o que ocorre, necessariamente, mediante a dedução de uma pretensão contra aquele texto expresso de lei”.⁶⁷²

Ovídio Baptista da Silva também se manifesta de modo elucidativo a respeito da questão, assim ponderando:

Supõe-se que a lei tenha sempre univocidade de sentido, o que é rigorosamente falso. A hermenêutica contemporânea, por seus mais expressivos representantes, admite que a norma legal tenha suficiente abertura semântica, capaz de admitir dois ou mais modos legítimos de interpretá-la, o que torna, sob o ponto de vista prático, tarefa extremamente árdua o reconhecimento de que a parte esteja a postular ‘contra texto expresso de lei’. Em geral considera-se ‘texto expresso’ de lei aquele a que a exegese consolidada dos tribunais atribui validade, através de jurisprudência dominante. Todavia, mesmo neste caso, a caracterização de litigância de má-fé pressupõe que a parte não tenha relevantes argumentos jurídicos, capazes de provocar a mudança ou revogação da respectiva súmula.⁶⁷³

Extraí-se da lição do autor, portanto, que um bom parâmetro para se valorar o comportamento do litigante, diante da regra ora analisada, é verificar se a argumentação jurídica exposta na inicial ou na defesa está em conformidade com a interpretação majoritária dada à lei pelos tribunais pátrios. No julgamento do REsp 117.483/SP, relatado pelo Ministro Eduardo Ribeiro, foi a parte isentada de sanção por litigância de má-fé porque uma de suas teses, muito embora superada

⁶⁷¹ BARBI, C. A. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 102.

⁶⁷² MAIA, V. F. *Litigância de má-fé no Código de Processo Civil*, p. 98.

pela jurisprudência do STJ, já havia sido adotada em precedentes mais antigos do STF, senão vejamos:

LITIGANCIA DE MÁ-FÉ.

As hipóteses contempladas no art. 17 do CPC dizem com o comportamento censurável da parte em relação ao processo. eventual conduta injurídica, extra-processual, de que resulte dano a terceiro, pode servir de fundamento a pleito indenizatório, mas não caracteriza litigância de má-fé.

Não realiza o contido no item IV do art. 17 o fato de a parte defender teses jurídicas que o julgado teve como insustentáveis. a previsão legal do item i, e a de "pretensão ou defesa contra texto expresso de lei". caso em que, ademais, uma das teses corresponde a entendimento plácido pelo STF, embora superado pela jurisprudência do STJ.⁶⁷⁴

O que se percebe no pronunciamento do STJ é a adoção de critério de razoabilidade, ou seja, afastou-se a sanção por litigância de má-fé por entender que a parte, sustentando tese já acolhida no STF, não agia de má-fé. Para Celso Agrícola Barbi, mesmo havendo pacificação do entendimento jurisprudencial que justifique a pretensão ou defesa da parte, disso não resulta, necessariamente, a caracterização da litigância de má-fé porque “como a jurisprudência não é imutável, poderá a parte alcançar esse objetivo”,⁶⁷⁵ isto é, obter revisão do posicionamento dominante do tribunal.

Há casos, conhecidíssimos no meio jurídico, em que houve verdadeira reviravolta das Cortes Superiores, a respeito de determinadas questões polêmicas, mostrando que a existência de entendimento dominante não é *per se* fundamento absoluto para que se sustente a má-fé de quem ousa se opor a esse entendimento. Aludimos, aqui, especialmente, à descaracterização do contrato de *leasing* por conta da cobrança antecipada do VRG, posicionamento que, por muito tempo, foi sustentado pelo STJ (ensejando a extinção sem julgamento do mérito de “n” ações de busca e apreensão de veículo), para depois vingar orientação contrária.⁶⁷⁶

⁶⁷³ *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 112.

⁶⁷⁴ REsp 117.483/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06.05.1997, DJ 23.06.1997 p. 29128.

⁶⁷⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 103.

⁶⁷⁶ A que alude o Ministro Jorge Scartezini, no julgamento do AgRg no Ag 699.786/SP: “PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL - AGRADO REGIMENTAL - CONTRATO BANCÁRIO - ARRENDAMENTO MERCANTIL - COBRANÇA ANTECIPADA DO VRG - DESCARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO - INEXISTÊNCIA - SÚMULA 293/STJ - ART. 333, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - DESPROVIMENTO.

1 - No que tange à descaracterização do contrato de leasing em compra e venda à prestação, a Corte Especial deste Tribunal Superior posicionou-se no sentido de que o arrendamento mercantil não perde sua identidade com a cobrança antecipada do VRG (Valor Residual Garantido), porquanto ainda persistem as opções de prorrogação do contrato e de devolução do bem, a par da

Numa situação como essa, seria possível imputar má-fé às instituições financeiras que continuaram insistindo na tese que acabou se firmando, depois de muito tempo, no STJ? A resposta parece indicar que o entendimento dominante a respeito da interpretação de um determinado dispositivo de lei não é um critério *per se* 100% seguro para caracterização da litigância de má-fé.

O STJ também já teve a oportunidade de afastar a caracterização da litigância de má-fé, em situação na qual a sanção foi aplicada porque a parte suscitou interpretação diversa daquela exposta pelo juiz:

PROCESSUAL CIVIL. LITIGANCIA DE MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA.

Não caracterizada má-fé a litigância só porque a parte emprestou a determinado dispositivo de lei ou a certo julgado, uma interpretação diversa da que neles efetivamente contida ou desafeiçoada ao entendimento que se lhe da o juízo. Recurso conhecido e provido.⁶⁷⁷

A mesma linha de posicionamento se observa em precedente que teve por relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em que constou a seguinte advertência: “no tocante a litigância de má-fé, merece ser considerada a advertência da doutrina, com guarida na jurisprudência, no sentido de que não se pode negar a parte o direito de pleitear uma interpretação que lhe parece mais correta e favorável a sua causa”.⁶⁷⁸

Já o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teve a oportunidade de reconhecer a litigância de má-fé em hipótese na qual o executado, através dos embargos, pretendia rediscutir o título judicial que deu origem à execução: “EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUTIR A SENTENÇA EXEQÜENDA. DEDUÇÃO DE DEFESA CONTRA TEXTO EXPRESSO DE LEI.

compra do mesmo (Súmula 293/STJ). Precedentes (AgRg no REsp 450.876/RS e EREsp 213.828/RS).

2 - O art. 333, II, do Código de Processo Civil, carece do requisito do prequestionamento, uma vez que a sua suposta violação não foi ventilada, sequer, nos embargos declaratórios opostos. Desta forma, não sendo argüida tal ofensa oportuno tempore, mas somente, em sede de Especial, presente está a falta de prequestionamento. Incidência da Súmula 356, do STF.

3 - Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no Ag 699.786/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 25.10.2005, DJ 21.11.2005 p. 253)

⁶⁷⁷ REsp 21185/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27.10.1993, DJ 22.11.1993 p. 24898.

⁶⁷⁸ REsp 92.412/RS, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.ª Turma, j. em 25.08.1997, DJ 06.10.1997, p. 49995.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido”.⁶⁷⁹

Em outra situação análoga, o mesmo tribunal também reconheceu a litigância de má-fé, desta feita por conta da ausência de “fundamento razoável” da defesa:

SEGURO EM GRUPO - EXAUSTAO DA VIA ADMINISTRATIVA. - A EXAUSTAO DA VIA ADMINISTRATIVA NAO E CONDICAO DA ACAO DE EXECUCAO FUNDADA EM CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. PROCESSUAL CIVIL - LITIGANTE DE MÁ-FÉ. Deve reputar-se litigante de má-fé aquele que reduz defesa destituída de fundamento razoável.⁶⁸⁰

Aqui, parece relevar a noção de erro de direito grosseiro, que resulta da interpretação esdrúxula, infantil e, portanto, inadmissível da lei, indo de encontro, portanto, não apenas ao entendimento jurisprudencial majoritário, como também fugindo da consciência jurídica mediana. É o que se observou no julgamento, pelo Tribunal de Justiça do Paraná, da apelação cível n.º 168.047-5:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO COMINATÓRIA DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - MULTA DIÁRIA - EXCLUSÃO DESTA QUANDO DO JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE CONCEDEU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - NOVA IMPOSIÇÃO NA SENTENÇA - INEXISTÊNCIA DE ÓBICE PARA A COMINAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 461 E § 4., DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E ARTIGO 644, DO MESMO DIPLOMA LEGAL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - DEDUÇÃO DE PRETENSÃO CONTRA TEXTO EXPRESSO DE LEI - CARACTERIZAÇÃO - CONDENAÇÃO - EXEGESE DOS ARTIGOS 17, I E 18, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.⁶⁸¹

Quando, portanto, se tratar de erro escusável (em que se pode traduzir, em certa medida, a interpretação de um dispositivo de lei de modo diverso daquela feita pelos tribunais), fica afastada a litigância de má-fé. Nesse sentido já se manifestou o Tribunal de Justiça de São Paulo, em que o relator, Des. Rui Stoco, teve a oportunidade de observar que “para a caracterização do abuso do direito de demandar ou da litigância de má-fé exige-se a comprovação de culpa lato sensu da parte, ou seja, demonstração do elemento intencional ou culposo voltado ao propósito de obter vantagem processual indevida ou de prejudicar e causar

⁶⁷⁹ Recurso Cível N° 71000758375, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais - JEC, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 15/12/2005.

⁶⁸⁰ Apelação Cível N° 23333, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Luiz Melibio Uiracaba Machado, Julgado em 11/09/1980.

⁶⁸¹ TJPR, Apelação Cível n.º 1680475, 9.ª Câmara Cível, j. 12.05.2005, Rel. Des. Marco Antônio de Moraes Leite.

gravame à outra parte. O mero equívoco ou simples erro escusável não empenha a imposição de sanção”.⁶⁸²

Interessante é o entendimento exposto pelo 1.º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, em que se presumiu, a partir do preparo notório dos advogados que defendiam a parte, a má-fé pela falta de fundamento de sua pretensão:

DANO PROCESSUAL – LITIGANTE DE MÁ-FÉ – PRETENSÃO SEM FUNDAMENTO.

Se a conduta do litigante no curso do processo, a par do notório conceito profissional de seus patronos, evidencia que não podia desconhecer a falta de fundamento de sua pretensão, inelutável é a aplicação da sanção processual do litigante de má-fé.⁶⁸³

No que diz respeito à pretensão ou defesa contra fato incontroverso, é interessante observar o seguinte: no processo civil, fato incontroverso é expressão com conotação técnica que significa a concordância (ainda que tácita, pela falta de impugnação específica) das partes em relação à ocorrência de um determinado fato. Diante disso, afirma Celso Agrícola Barbi que “a segunda parte do dispositivo só se aplica ao réu, porque só este é que pode tornar incontroverso um fato, ao concordar com ele, expressa ou tacitamente, na contestação. Nessa fase, o autor já formulou sua pretensão, na inicial, antes de se tornar incontroverso qualquer fato”.⁶⁸⁴

Pensamos, contudo, assistir razão a Valter Ferreira Maia, quando diz que tanto o autor quanto o réu podem praticar a conduta vedada na segunda parte do inciso I, “na medida em que o autor pode formular uma pretensão, na hipótese de cumulação de ações ou de pretensões, com fundamento em fato contrário a outro por ele mesmo provado por ocasião de fundamentação da outra pretensão cumulada”.⁶⁸⁵

O Tribunal de Justiça do Paraná, no julgamento da apelação cível n.º 316975-5, afastou a incidência da multa por litigância de má-fé aplicada em hipótese que encaixa perfeitamente no raciocínio exposto pelo autor citado. Com efeito, em 1.º grau, foi a multa aplicada porque a parte havia inovado em suas alegações, em contrariedade ao que havia exposto em outra demanda ajuizada por

⁶⁸² TJSP, Apelação Cível n.º 111.876-5/0, 3ª CDPúb., Rel. Des. Rui Stoco, j. 31.07.2001.

⁶⁸³ 1.º TARJ, 5.ª Câmara Cível, j. 18.09.1978, Ap. 82.952, Rel. Juiz Astrogildo de Freitas *in* LEÃO, A. *O litigante de má-fé*, p. 69.

⁶⁸⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 103.

⁶⁸⁵ *Litigância de má-fé no Código de Processo Civil*, p. 103.

conta dos mesmos fatos. No acórdão proferido pelo relator, Des. Leonel Cunha, constou o seguinte:

A sentença condenou o Banco Apelante ao pagamento de multa, reconhecendo sua litigância de má-fé "porque deduz defesa contra texto expresso de lei, em sentido amplo - fato incontroverso (art.17,I do CPC)", f. 50.

Entretanto, o fato do Réu-Apelante deduzir, nessa lide, defesa de tese oposta àquela defendida em outras lides similares, isso não implica em defesa contra texto expresso em lei ou mesmo em insurgência contra fato incontroverso, porque embora o título judicial exequendo seja um só, é possível ao executado - ou Réu em Ação de conhecimento, como é o presente caso - inovar sua estratégia de defesa diante da mesma pretensão, especialmente se não obteve sucesso naquela anteriormente sustentada.⁶⁸⁶

A hipótese analisada no referido precedente é extremamente delicada. A inovação de alegações de fato, em demandas sucessivas, é um mecanismo muito hábil para a parte distorcer a verdade em seu favor, de acordo com as provas ou alegações apresentadas pela parte contrária em outras oportunidades. Diferente, contudo, é a inovação quanto à questão de direito, que parece mais compatível com a idéia de melhorar a estratégia, expressa na referida decisão.

No julgamento do REsp 40.638/RJ, o STJ teve a oportunidade de proferir interessante decisão a respeito da caracterização de litigância de má-fé nas condições ora analisadas:

PROCESSUAL CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CPC, ARTS. 14, I, II E III E 17, I E II. APLICAÇÃO.

I - É litigante de má-fé a parte que deduz pretensão contra fato incontroverso e altera a sua verdade, postergando o principio da lealdade processual. Na espécie, o recorrente negou o fato incontroverso da imunidade tributária reconhecida ao recorrido, alterando a verdade incontestada da existência da coisa julgada.

II - Recurso especial não conhecido.⁶⁸⁷

Na hipótese mencionada, portanto, a ausência de controvérsia a respeito do fato resultava de anterior manifestação do Poder Judiciário a respeito da matéria, em decisão acobertada pelo manto da coisa julgada.

5.6.2.

Litigância de má-fé: alteração da verdade dos fatos (art. 17, II)

⁶⁸⁶ TJPR, Apelação cível n.º 316.975-5, j. 06.12.2005, rel. Des. Leonel Cunha.

⁶⁸⁷ REsp 40.638/RJ, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, 2.ª Turma, j. em 02.09.1996, DJ 21.10.1996 p. 40230.

A hipótese supramencionada é particularmente espinhosa, tendo suscitado intenso debate da doutrina a respeito da existência de um dever absoluto de dizer a verdade.

A discussão ganhou grandes proporções na doutrina processualista italiana, havendo inúmeros autores, mais adiante mencionados, para quem seria, no mínimo, incoerente admitir a existência de um dever absoluto de dizer a verdade. Isto porque, em regra, dizer a verdade nunca beneficia a parte (que tem sempre o ônus probatório quanto às alegações de fato aduzidas), mas, sempre a prejudica, já que, sendo contrária a seus interesses, a verdade dos fatos implica em confissão e, portanto, desonera a parte contrária de instrução probatória quanto a tais fatos.

É nesse sentido o entendimento de Salvatore Satta:

(...) não se pode certamente fundamentar no dever de lealdade e de probidade um dever da parte de dizer a verdade ou de produzir documentos, contra o próprio interesse (*nemo tenetur edere contra se*): o dever de dizer a verdade não subsiste no ordenamento positivo a não ser por parte da testemunha (e apenas indiretamente pela parte na hipótese de juramento), enquanto a produção dos documentos pode ser objeto de um dever apenas nos limites da exibição ou da inspeção.⁶⁸⁸

Para Calogero, o dever absoluto de dizer a verdade não pode subsistir no ordenamento processual onde vige o princípio do dispositivo. Isto porque, nos sistemas processuais de tal natureza, quando uma parte deixa de impugnar alegação (ainda que falsa) da outra parte, aquela alegação deve ser presumida como verdadeira pelo o juiz. E, evidentemente, ao aduzir uma alegação verdadeira, a parte não pode estar infringindo os deveres de lealdade e de probidade e, tampouco, sujeitar-se às sanções decorrentes de tal infração.⁶⁸⁹

Seguindo essa mesma linha de entendimento, ponderava Liebman que “se cada litigante pode contar para vencer apenas com sua própria capacidade de fazer valer os elementos e os argumentos favoráveis, não se pode pretender que forneça também aqueles que lhe são desfavoráveis e poderiam beneficiar o adversário.

⁶⁸⁸ *Commentario al Codice di Procedura Civile*, p. 291. Tradução livre do original: “(...) non si può certo fondare sul dovere di lealtà e di probità un obbligo della parte di dire il vero o di produrre documenti, contro il proprio interesse (*nemo tenetur edere contra se*): l'obbligo di dire il vero non sussiste nell'ordinamento positivo che a carico del testimone (e solo indirettamente a carico della parte nell'ipotesi di giuramento), mentre la produzione dei documenti può essere oggetto di un obbligo soltanto nei limiti della esibizione o dell'ispezione”.

⁶⁸⁹ Probità, lealtà, veridicità nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 128.

Um dever nesse caso não haveria nenhuma probabilidade de ser observado e teria o único resultado de colocar em dificuldade e embaraço a parte mais honesta”.⁶⁹⁰

Atualmente, contudo, não existe sistema jurídico que consagre absolutamente o princípio dispositivo ou o inquisitório. Geralmente, ambos servem de inspiração para regras diversas de um mesmo ordenamento processual. E essa flexibilização, se pode dizer, é um dos fatores que inspirou os mais diversos ordenamentos jurídicos a atribuir papel mais amplo ao juiz na busca da verdade. Diante deste novo papel, parece ser indiscutível que o juiz tenha deixado de ser mero espectador da atuação das partes e, portanto, é incoerente a noção de incompatibilidade entre o princípio dispositivo e o dever absoluto de dizer a verdade. Com efeito, o juiz que desempenha a contento seu papel não está vinculado obrigatoriamente às alegações das partes e tem condições de saber, portanto, quando elas estão faltando com a verdade, possuindo, conseqüentemente, mais subsídios para aplicação das sanções cabíveis em tais hipóteses.

Foi a necessidade de conciliar os aspectos antagônicos mencionados que ensejou solução intermediária, bem explicada por Arruda Alvim:

O que, porém, há de primordialmente influir na inteligência do problema, afigura-se-nos ser o que ensinou Lent, no sentido de que a obrigação de dizer a verdade é, antes de tudo, de ordem subjetiva e não objetiva. A regra é a de que o litigante deve, subjetivamente, crer no que afirma. Saliente-se, com Goldschmidt, cuja lição é aplicável grandemente ao nosso Direito, que a obrigação apenas diz respeito aos fatos e, normalmente, não ao direito.⁶⁹¹

Em síntese, portanto, “considera-se de má-fé o litigante quando afirma algo que não corresponde à verdade subjetiva, àquela que ele tem consciência sobre o fato em questão”.⁶⁹² Foi essa a orientação adotada pelo STJ no julgamento do REsp 373.847/MA, em que se posicionou, com base na lição de Amaral Santos, pela não caracterização da litigância de má-fé:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO NA POSSE. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. EQUÍVOCO AO APONTAR UM DOS

⁶⁹⁰ *Manuale di Diritto Processuale Civile*, p.163. Tradução livre do original: “Il processo civile, con la sua struttura contraddittoria, in cui a ciascuna parte è affidato il compito di sostenere le proprie ragioni, è essenzialmente refrattario a una rigorosa disciplina moralistica del comportamento delle parti. Se ciascun litigante può contare per vincere soltanto sulla propria capacità di far valere gli elementi e gli sgomenti favorevoli, non si può pretendere che fornisca anche quelli che gli sono sfavorevoli e potrebbero giovare all'avversario. Un obbligo in tal caso non avrebbe alcuna probabilità di essere osservato ed avrebbe l'unico risultato di porre in difficoltà ed in imbarazzo la parte più onesta”.

⁶⁹¹ Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro (a lealdade no processo), *Revista de Processo*, p. 13.

⁶⁹² MAIA, V. F. *Litigância de má-fé no Código de Processo Civil*, p. 106.

RÉUS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CARACTERIZADA. DOCTRINA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

I - O mero equívoco, sem deslealdade e intenção de prejudicar a parte contrária, não se caracteriza como má-fé processual.

II - De acordo com a doutrina de Amaral Santos, "ao litigante que alega o fato tal qual o viu, ou ouviu ou o sentiu, e assim o relata, não pode ser acoimado de havê-la alterado. Na alteração se contém a vontade de desfigurar a verdade contida no fato; sem essa vontade não se encontra o litigante na condição de ser considerado de má fé".⁶⁹³

Questão muito interessante é que a alteração da verdade dos fatos, no entendimento expresso pelos tribunais, não precisa ser anterior à propositura da demanda ou à apresentação de defesa. Com efeito, em alguns precedentes se entende configurada a litigância de má-fé quando a parte, intencionalmente, adultera ou mascara os fatos do processo, ou seja, o que aconteceu durante sua tramitação. Nesse exato sentido, o precedente colacionado abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LITIGANTE DE MÁ-FÉ. CARACTERIZAÇÃO.

1. É litigante de má-fé a parte que altera a verdade dos fatos, inclusive tentando induzir o julgador a erro sobre a tempestividade de Recurso.
2. Embargos rejeitados e, de ofício, condenando a embargante na litigância de má-fé.⁶⁹⁴

Interessantíssima, também, a decisão do STJ que reconheceu a litigância de má-fé em situação na qual a parte, ao fazer o cotejo analítico necessário à interposição do recurso especial pela alínea "c", utilizou a parte do acórdão recorrido em que havia relatório do que ela própria alegou:

1. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA NOVA. NECESSIDADE. 2. DIVERGENCIA JURISPRUDENCIAL. AUSENCIA. 3. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CARACTERIZAÇÃO. CONDENAÇÃO.

1. Não tendo o acórdão examinado a matéria relacionada a prescrição, resta ausente o requisito de admissibilidade do prequestionamento.
2. Não se conhece o especial pelo dissídio jurisprudencial se os acórdãos trazidos para confronto não tem as mesmas bases fáticas que a decisão recorrida.
3. É litigante de má-fé, e responde por isso, a parte que tenta induzir o julgador em erro, fazendo o cotejo analítico com trecho contido do relatório do acórdão recorrido em que se resumiu as suas próprias alegações, dando cotação de que eram as conclusões do colegiado, alterando a verdade do decidido.
4. Recurso não conhecido.⁶⁹⁵

⁶⁹³ REsp 373.847/MA, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.^a Turma, j. em 10.12.2002, DJ 24.02.2003 p. 239.

⁶⁹⁴ EDcl no REsp 175.948/SP, Rel. Ministro Edson Vidigal, 5.^a Turma, j. em 06.04.1999, DJ 10.05.1999 p. 206.

⁶⁹⁵ REsp 111.482/PR, Rel. Ministro Edson Vidigal, 5.^a Turma, j. em 02.06.1998, DJ 22.06.1998 p. 126.

Para o Tribunal de Justiça do Paraná, o dever de dizer a verdade também se desdobra na necessidade de a parte não pedir o que lhe sabe ser indevido, tal como ocorre nas hipóteses em que o pedido de reparação por danos se expressa em quantia superior àquela necessária para cobrir os prejuízos alegados pelo autor. Em vários precedentes, posicionou-se o tribunal neste sentido, determinado a incidência de sanção por litigância de má-fé contra o autor.⁶⁹⁶

Do dever de dizer a verdade, resulta a necessidade de que a parte não omita fato relevante de seu conhecimento, que possa influenciar, de algum modo, a resolução da lide. Para o STJ, constitui exemplo de fato relevante, cuja omissão pode caracterizar a litigância de má-fé, a existência de “ação, antes deduzida, cujo pedido fora julgado improcedente, transitando em julgado”.⁶⁹⁷

5.6.3.

Litigância de má-fé: utilização do processo para consecução de objetivo ilegal (art. 17, III)

Talvez, de todos os comportamentos reprovados no art. 17 do CPC, esse seja o de mais difícil identificação, porque remete a fórmula extramamente genérica. Afinal, a utilização do processo para consecução de objetivo ilegal está na própria essência do comportamento abusivo! Apesar disso, pondera Celso Agrícola Barbi, à guisa de examinar tal disposição que “o caso aí previsto somente se refere à hipótese em que a parte visa a obter aquele fim em detrimento do adversário”.⁶⁹⁸ Ou seja, ficariam excluídas da hipótese as situações em que se verificasse a ocorrência de processo simulado ou fraudulento.

Para Arruda Alvim, a conduta prevista no inciso III poderia ocorrer em duas situações diversas:

- 1.^a) Uma primeira modalidade será aquela em que uma das partes, mais provavelmente o autor, objetiva conseguir uma sentença, cujo conteúdo seja manifestamente desprotegido pelo sistema jurídico, seja pela carência de fundamentação jurídica, seja pela distorção dos objetivos (quando o autor pretenda, mesmo sem o concurso da outra parte, obter sob a capa de anulação de matrimônio,

⁶⁹⁶ Nesse sentido: Apelação Cível n.º 145.458-0, 5.^a Câmara Cível, Rel. Des. Domingos Ramina, j. 25.11.2003; Apelação Cível n.º 143.412-6, 5.^a Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Sarrão, j. 06.04.2004; Apelação Cível n.º 153672500, 5.^a Câmara Cível, Rel. Des. Roberto de Vicente, j. 23.03.2005.

⁶⁹⁷ MS 4.638/DF, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 3.^a Seção, j. em 25.06.1997, DJ 15.09.1997 p. 44274.

⁶⁹⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 103.

um verdadeiro divórcio), seja, pelo relato falso dos fatos, respeitantes à definição de um bem indisponível. (...)

2.^a) Uma segunda hipótese, será a do litigante – somente num dos incidentes do processo – pretender obter, em tal incidente, um fim ou objetivo vedado por lei, como exemplificativamente, tentar fazer realizar uma penhora incidente sobre bem de quem não seja parte e o faça, como ostensiva fraude. Trata-se, neste passo, de um mero incidente processual, diverso da primeira hipótese, em que se compromete todo o processo.⁶⁹⁹

Não se pode negar a coerência do raciocínio exposto pelos autores citados quanto à ausência de caracterização de litigância de má-fé, na hipótese de processo simulado ou fraudulento. Afinal, as sanções pecuniárias estabelecidas nos arts. 16 e 18 refletem, justamente, a compensação dos danos sofridos por uma das partes no processo pelo comportamento abusivo da outra. Se ambas agem em conluio, não haveria por que, em princípio, cogitar-se da incidência de tais sanções, em favor de qualquer delas. Isso, contudo, não afasta a inclusão dos processos simulados ou fraudulentos na hipótese do inciso III, sempre que “exista um terceiro sujeito no processo, interveniente ou litisconsorte, que não faça parte do conluio e que venha a sofrer danos pelo ato de má-fé das partes”.⁷⁰⁰ Por outro lado, não se pode deixar de ter em mente que a conduta abusiva SEMPRE lesa o Estado, que é seu sujeito passivo por excelência, de tal modo que não seria absurdo cogitar, em tal hipótese, da incidência de multa que revertesse em seu favor, por conta dos danos causados pelo desvio de finalidade do processo.

Parece-nos, de qualquer modo, constituir exemplo muito claro da configuração da hipótese tratada, o ajuizamento de duas ações idênticas, com o objetivo de obter a apreciação da demanda pelo magistrado de acordo com a conveniência da parte. Nesse sentido, o recente julgamento do REsp 685678 / PA, que teve como relatora a Ministra Eliana Calmon:

PROCESSUAL CIVIL – DUPLICIDADE DE MANDADOS DE SEGURANÇA SIMULTÂNEOS E IDÊNTICOS – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – ARTS. 17 E 18 DO CPC.

1. Aplica-se o teor da Súmula 282/STF em relação às teses trazidas no recurso especial sobre as quais não houve pronunciamento expresso do Tribunal de origem.
2. Dissídio jurisprudencial não configurado, à míngua do necessário cotejo analítico com a demonstração inequívoca da similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado, nos termos do art. 251, § 2º do Regimento Interno do STJ.
3. **Deve ser reprimida com a penalidade prevista nos arts. 17 e 18 do CPC a conduta do impetrante que ajuíza, simultaneamente e em duplicidade, mandados de segurança de idêntico teor, distribuídos a juízos diferentes, com**

⁶⁹⁹ Código de Processo Civil comentado, p. 157.

⁷⁰⁰ MAIA, V. F. *Litigância de má-fé no Código de Processo Civil*, p. 114.

a intenção de burlar o princípio do juiz natural e de garantir a obtenção de provimento liminar. Caracterização da litigância de má-fé.

4. Inexiste bis in idem se para cada um dos processos administrativos fiscais foram ajuizados dois mandados de segurança e aplicada a multa por litigância de má-fé na segunda ação respectiva.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, no mérito, improvido.⁷⁰¹

Outra decisão interessante a esse respeito foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, no julgamento do agravo 2003.010403-8/0000-00, relatado pelo Des. João Batista da Costa Marques, que reconheceu a litigância de má-fé do agravante porque, no processo de execução, procedeu à impugnação do laudo de avaliação apresentado pelo oficial de justiça, “a fim de supervalorizar o referido bem, e assim usar a justiça para tirar proveito próprio, o que não condiz com a real finalidade desta”. Constou na ementa do acórdão proferido o seguinte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ COMPROVADA - SUPERVALORIZAÇÃO DE BEM IMÓVEL - DECISÃO MANTIDA - O processo não pode ser utilizado para se proporcionar o abuso de direito por parte do litigante de má-fé em detrimento dos interesses do de boa-fé. Esse escopo visado pelos devedores recalcitrantes, os quais dispõem-se a locupletar através da execução, revela-se frontalmente contrário ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes, que não podem tolerar o abuso processual como prática que descaracteriza a essência ética do processo.⁷⁰²

No julgamento de recurso de agravo de petição, o Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região enfatizou a necessidade de que a parte tenha ciência da ausência de fundamento para a pretensão exposta, a fim de configurar a litigância de má-fé:

LITIGAÇÃO DE MÁ-FÉ - PENALIDADE - DIGNIDADE DA JUSTIÇA - Faltando os demandantes com o dever de lealdade e boa fé processuais (art. 14, I, do CPC), assim como com o dever de abster-se de tergiversações fraudulentas, formulando pretensões cientes de que são destituídas de fundamento (inciso III do referido artigo de lei), não deve manter-se indiferente esta justiça especializada diante destes atos, que atentam contra sua dignidade.⁷⁰³

Repudiou, também, o STJ a conduta de quem reproduziu medida cautelar anteriormente ajuizada, com o objetivo de obter a concessão de efeito suspensivo para recurso especial, por entender ilegítimo o objetivo de obter “a suspensão

⁷⁰¹ REsp 685678 / PA, Rel. Min. Eliana Calmon, 2.^a Turma, j. em 06/10/2005, DJ 24.10.2005 p. 271. Grifamos.

⁷⁰² TJMS, AG 2003.010403-8/0000-00, Dourados, 4.^a Turma Cível, Rel. Des. João Batista da Costa Marques, J. 02.12.2003.

desarrazoada de processo de execução e renovação de lide já exaustivamente apreciada”.⁷⁰⁴

A tentativa de consecução de objetivo ilegal, por meio do processo, também foi identificada e punida pelo Tribunal de Justiça do Paraná. Tratava-se de hipótese em que foi proposta demanda pelo ex-locatário, com o intuito de receber indenização pelas benfeitorias que teria feito no imóvel locado. Na contestação da demanda, o locador (proprietário) do imóvel suscitou a aplicação de cláusula contratual que afastava a possibilidade de indenização das benfeitorias agregadas ao imóvel. E o Tribunal de Justiça, no julgamento da apelação interposta pelo ex-locatário, entendeu que deveria ser mantida a pena por litigância de má-fé porque ele ter alterado “a verdade dos fatos com objetivo ilícito ou ilegal, ver-se isento do pagamento de alugueres e recebimento de valores indevidos, restou configurada. Sabia a Apelante que não possuía documentos da prova constitutiva de seu direito, ao tempo da propositura do pedido inicial, mesmo assim valeu-se, temerariamente, do Poder Judiciário”.⁷⁰⁵

Outra situação muito interessante, em que se reconheceu a tentativa de realizar objetivo ilegal por meio de mecanismo processual específico, foi apreciada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. IMPUGNAÇÃO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. AÇÃO REVISIONAL. OMISSÃO DOS IMPUGNADOS QUANTO A REAL SITUAÇÃO DOS RENDIMENTOS. DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA JUNTADA DAS DECLARAÇÕES DE RENDA. CONCESSÃO. REQUISITOS. DECLARAÇÃO DE BENS E DE RENDA INCOMPATÍVEIS COM O PEDIDO DE AJG. DESACOLHIMENTO DO PEDIDO DE AJG. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 1.060/50. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CONFIGURADA. Caso concreto, que revela conduta processual com a intenção de alterar a verdade dos fatos, assim como alcançar objetivo de forma ilegal. Aplicação de multa e indenização. Exegese dos art. 17, II e III c/c 18 ambos do cpc. Apelação desprovida.⁷⁰⁶

Constata-se, a partir dos precedentes mencionados, ser praticamente impossível estabelecer um parâmetro único ou, mesmo, alguns parâmetros específicos para se reconhecer, numa determinada situação, o objetivo da parte de, por meio do processo, atingir objetivo ilegal. Fica, então, confiada à sensibilidade

⁷⁰³ TRT da 3.^a Região, AP 00215-2003-080-03-40-8, Rel. Juiz Paulo Mauricio Ribeiro Pires, 9.^a Turma, DJMG 09.10.2004 - p. 14.

⁷⁰⁴ AgRg na MC 3.295/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3.^a Turma, j. em 15.12.2000, DJ 19.02.2001 p. 161.

⁷⁰⁵ TJPR, Apelação Cível n.º 289.380-7, Rel. Des. Antônio de Sá Ravagnani, j. 06.07.2005.

do julgador a tarefa de fazê-lo no caso concreto, em colaboração com a necessidade de moralização da Justiça.

5.6.4.

Litigância de má-fé: incisos IV, V e VI.

Os incisos supramencionados referem-se, respectivamente, à oposição de resistência injustificada ao andamento do feito, ao procedimento temerário (em qualquer incidente ou ato do processo) e à provocação de incidentes manifestamente infundados. Simples interpretação literal de tais disposições permite que se perceba, muito claramente, a proximidade das situações por elas tratadas, de tal modo que a realização da conduta reprovada em uma delas geralmente implica na configuração da conduta prevista em outra. Há inúmeros precedentes, portanto, que determinam a incidência de sanções por litigância de má-fé, com base em todos os incisos citados simultaneamente. Diante disso, parece conveniente (senão inevitável) a análise da casuística das três situações num mesmo tópico do presente trabalho.

Em hipótese na qual a União ajuizou reclamação perante o STF, sob a alegação de desobediência, por ato judicial, a decisão dessa Corte Superior, o Ministro Celso de Mello não entendeu restar configurado dolo processual, diante das seguintes considerações:

Para que se legitime o acesso à via reclamatória, impõe-se a demonstração da efetiva ocorrência de desrespeito a julgamento emanado do Supremo Tribunal Federal. Inexiste ofensa à autoridade de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, se o ato de que se reclama é anterior à decisão emanada da Corte Suprema. A ausência de qualquer parâmetro decisório, previamente fixado pelo Supremo Tribunal Federal, torna inviável a instauração do processo de reclamação, notadamente porque inexistente o requisito necessário do interesse de agir. **PODER PÚBLICO E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma idéia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé ("improbus litigator")- trate-se de parte pública ou de parte privada - deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo. O ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual.** O processo, em sua expressão instrumental, deve ser visto como um importante meio destinado a viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, achando-se impregnado, por isso mesmo,

⁷⁰⁶ TJRS, Apelação Cível n.º 70009215823, Rel. Des. Angela Terezinha de Oliveira Brito, 13.ª Câmara Cível, j. em 02/06/2005.

de valores básicos que lhe ressaltam os fins eminentes a que se acha vinculado. - Hipótese dos autos que não revela dolo processual, embora evidencie precipitação, por parte da União Federal, quanto à utilização do instrumento constitucional da reclamação, eis que a decisão do STF, supostamente desrespeitada, somente veio a ser pronunciada em momento posterior ao da prolação do ato judicial reclamado.⁷⁰⁷

Também o TRF da 3.^a Região afastou a caracterização da litigância de má-fé em hipótese na qual os embargos à execução, “ainda que com base em defesa genericamente formulada”, não foram considerados resistência injustificada ao andamento do feito:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - NULIDADES E EXCESSO DE EXECUÇÃO - 1. A mera contrariedade da embargante com a linha de decisão adotada pela r. Sentença não enseja, por evidente, a alegação de nulidade, que igualmente deve ser rejeitada naquelas hipóteses em que o julgamento é sucintamente fundamentado ou mesmo motivado com erro de interpretação de fato ou do Direito, cabendo, neste último caso, somente o pedido de reforma, por error in iudicando. 2. Tendo em vista a posterior edição de legislação, reduzindo o valor da multa moratória por atraso no pagamento de tributos (artigo 61, § 2º, da Lei nº 9.430/96), deve o benefício ser igualmente aplicado ao crédito, anteriormente constituído e ora executado, ex VI do artigo 106, II, c, do Código Tributário Nacional. 3. **A propositura de embargos à execução, ainda que com base em defesa genericamente formulada ou com a reprodução de fundamentos rejeitados em outras ações autônomas, não importa, per si, em litigância de má-fé, para efeito de imposição de multa e indenização, devendo o abuso das formas processuais ser caracterizado a partir de outros elementos congruentes, ausentes na espécie dos autos.** 4. Configurado o decaimento mínimo da embargada, é da embargante o ônus da sucumbência, conforme o parágrafo único do artigo 21 do Código de Processo Civil, com a prevalência exclusiva do encargo do Decreto-Lei nº 1.025/69, nos termos da Súmula 168/TFR.⁷⁰⁸

Para o Tribunal de Alçada do Paraná, bastou que se vislumbrasse “um mínimo de razoabilidade” no pedido de indenização formulado pelo autor para que se afastasse a pena por litigância de má-fé em vista da ausência de prova dos danos materiais alegados. Com efeito, na ementa do acórdão, em precedente que teve por relatora a Des. Anny Mary Kuss, constou:

O prejuízo sofrido pelo autor restou evidenciado pelos danos causados em seu veículo destinado como um de seus instrumentos de trabalho, entretanto, os lucros cessantes não podem compreender lucros imaginários, nem podem ser fonte de enriquecimento sem causa, já que não se instituem com o objetivo de proporcionar vantagem ao credor. O fato de inexistir nos autos prova convincente de que a autora apelante tenha, realmente, sofrido danos significativos pela paralisação do caminhão, justificam o acerto da decisão singular. Não é litigante de má-fé quem deduz pretensão de direito dentro dos

⁷⁰⁷ Rcl 1723 AgR-QO / CE – CEARÁ, QUEST. ORD. NO AG. REG. NA RECLAMAÇÃO, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal pleno, j. em 08/02/2001, DJ 06-04-2001, PP-00071. Grifamos.

⁷⁰⁸ TRF da 3.^a Região, Apelação Cível n.º AC 2005.03.99.026848-9, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, 3.^a Turma, DJU 31.08.2005, p. 174.

lindes legais, embora seja julgado, ao final, improcedente. **A expressão "litigante de má-fé" interessa o dolo instrumental, estimulador de conduta, cujo resultado é o ilícito processual, o que não se evidencia nos autos, eis que o pedido se apresentava com um mínimo de razoabilidade.**⁷⁰⁹

A fragilidade da argumentação, que a torna facilmente superável, também não permite a caracterização da litigância de má-fé, segundo o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, se a argumentação for desenvolvida “dentro dos lindes legais”:

AÇÃO DE COBRANÇA - PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - MORTE DO PARTICIPANTE, ESTANDO EM ATRASO UMA PARCELA VENCIDA CINCO DIAS ANTES DO EVENTO - QUITAÇÃO PROCEDIDA POUCOS DIAS APÓS - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DESCONSIDERADA - O atraso no pagamento do prêmio não resolve, ipso jure, o contrato firmado, devendo a rescisão ocorrer por sentença judicial. - É nula de pleno direito a cláusula que, por falta de pagamento de parcelas do prêmio, autoriza a rescisão unilateral do contrato ou a suspensão da sua eficácia quanto ao direito do segurado ao ressarcimento previsto na apólice. - À expressão litigante de má-fé, interessa o dolo instrumental, estimulador de conduta, cujo resultado é o ilícito processual. - Figura que se afasta na situação em que a peça do adversário contenha argumentos frágeis, facilmente afastáveis, desenvolvidos dentro dos lindes legais.⁷¹⁰

No julgamento do recurso ordinário n.º 01277-2003-109-08-00-2, pelo Tribunal Regional do Trabalho da 8.ª Região, apontou-se a necessidade de que as partes tenham **ciência da ausência de fundamento** de suas manifestações no processo, para caracterização da litigância de má-fé:

FAZER ALEGAÇÕES INFUNDADAS EM JUÍZO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Segundo o artigo 14, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil, são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, expor os fatos em juízo conforme a verdade; proceder com lealdade e boa-fé; não formular pretensões, nem alegar defesa, **cientes de que são destituídas de fundamento, constituindo procedimento de boa ética processual a observância dos dispositivos acima mencionados, de modo que o seu desrespeito implica a sanção ali expostas, a fim de se preservar a dignidade da justiça, como mencionado no artigo 125, do CPC, cujo inciso III, impõe ao Juiz o dever de prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça.**⁷¹¹

Idêntica reprovação da conduta adotada pela parte transparece do julgamento do REsp 638.942/RS, relatado pelo Min. Teori Albino Zavascki:

⁷⁰⁹ TAPR, Apelação Cível n.º 284.380-7, Rel. Des. Anny Mary Kuss, 15.ª Câmara Cível, DJPR 08.04.2005. Grifamos.

⁷¹⁰ TAMG, Apelação Cível n.º 0405530-1, Rel. Juíza Beatriz Pinheiro Caires, 6.ª Câmara Cível, j. em 18.12.2003. Grifamos.

⁷¹¹ TRT da 8.ª Região, RO 01277-2003-109-08-00-2, Rel. Juíza Francisca Oliveira Formigosa, 4.ª Turma, j. em 10.12.2004. Grifamos.

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

1. **A sucessiva apresentação de incidentes infundados na execução, retardando os atos de satisfação do crédito do exeqüente, enquadra-se na previsão do art. 17, VI e VII, do CPC**, ensejando a aplicação da reprimenda prevista no art. 18 desse diploma legal.

2. Recurso especial a que se nega provimento.⁷¹²

Também em sede de execução, reconheceu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a configuração de hipótese de litigância de má-fé, por entender que seriam claramente infundados e, portanto, constituiriam resistência injustificada ao andamento do processo os embargos à execução fundamentados no excesso de execução pela incidência de correção monetária e juros.⁷¹³

Hipótese muito corriqueira em que se reconhece a litigância de má-fé por resistência injustificada ao andamento do feito é aquela na qual o advogado da parte retém indevidamente os autos do processo, causando, desse modo, prejuízo ao seu regular andamento. Em recentíssimo julgamento, o Tribunal de Justiça do Paraná entendeu estar caracterizada a litigância de má-fé em hipótese como essa, tendo determinado a incidência da respectiva sanção, tendo assim constado na ementa do acórdão proferido:

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DA AGRAVANTE. Verifica-se que o procurador da agravante fez carga dos presentes autos em 03 de agosto de 2005 somente os devolvendo em outubro de corrente ano. Observa-se então que o procurador da agravante reteve os autos por quase dois meses(60 dias) quando o prazo concedido por este Relator foi de 5 dias para se manifestar diante da juntada de documentos. Restou claro a falta de respeito com o princípio da celeridade processual e a intenção de procrastinar a execução proposta pelo agravado Ariovaldo Lopes com a resistência injustificada ao andamento do processo. Sendo assim, esta Câmara aplica a multa de litigância de má-fé de 1% sobre o valor da execução atualizado monetariamente a partir desta data pelo INPC do IBGE de acordo com o art. 18 do CPC.⁷¹⁴

É, contudo, na interposição de recurso que as noções ora tratadas encontram maior expressão nos tribunais brasileiros, como veremos logo adiante.

⁷¹² REsp 638.942/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1.ª Turma, j. em 24.08.2004, DJ 06.09.2004, p. 177. Grifamos.

⁷¹³ Assim constou na ementa do acórdão proferido nessa hipótese: “EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO JUDICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS. Não restando demonstrado excesso de execução, porquanto a correção monetária e os juros são conseqüência natural da condenação, devendo ser computados até a data do pagamento integral do debito, é de ser mantida a sentença que rejeitou os embargos. Conduta que enseja a aplicação das penas da litigância de má-fé, nos termos do art. 17, IV, do CPC, na medida em que a embargante opôs resistência injustificada ao andamento da execução. Apelação desprovida” (TJRS, Apelação Cível n.º 70012727087, Rel. Des. Leo Lima, 5.ª Câmara Cível, j. em 19/10/2005).

⁷¹⁴ TJPR, Apelação Cível n.º 299.112-2, Rel. Des. Eugênio de Achille Grandinetti, 16.ª Câmara Cível, j. em 23.11.2005.

5.6.5.

Litigância de má-fé: interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório (Art. 17, VII)

Como já dissemos antes, o abuso do direito na interposição de recurso supõe investigação que escapa aos limites do presente trabalho. Ocorre, contudo, que não poderíamos nos furtar à análise dos precedentes em que se determinou a aplicação de sanção por litigância de má-fé pela interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório, porque o maior volume de decisões rigorosas contra o abuso do processo se encontra, justamente, nessa hipótese.

Parece-nos que esse número expressivo de decisões tem uma razão muito particular de ser. Com efeito, constitui tendência inegável aquela de restringir o acesso das partes aos tribunais, sobretudo às Cortes Superiores. O sem número de exigências criadas em relação à interposição de recursos de estrito direito, a consagração da Súmula vinculante, a ampliação dos poderes dos relatores (traduzida em número expressivo de hipóteses em que pode decidir sozinho) são aspectos que, sem dúvida, evidenciam essa tendência. Não podemos, portanto, deixar de ver a caracterização da litigância de má-fé na hipótese do inciso VII, fora desse contexto, portanto.

Fato é que, antes mesmo de ser acrescentado o inciso VII, ao art. 17, já havia disposições (art. 538, parágrafo único e art. 557, § 2.º) que se prestavam a punir, de certa forma, o abuso cometido pelos litigantes na interposição de recursos.

Uma das principais tendências nessa política anti-abuso em sede de recurso, é a de reconhecer a litigância de má-fé quando, no recurso interposto pela parte, ventila-se entendimento superado há algum tempo pelas Cortes Superiores, de tal modo que os recursos baseados em “argumentação velha”⁷¹⁵ (ou contra

⁷¹⁵ Em vários precedentes, o ministro Humberto Gomes de Barros alude à superação da jurisprudência invocada no recurso há mais de dois anos, talvez se podendo extrair desse “prazo” um parâmetro para a pesquisa cotidianamente feita para exercício da advocacia. Nesse sentido: EDcl no REsp 70.007/SC, 1.ª turma, j. em 20.11.1995, DJ 18.12.1995 p. 44509; AgRg nos EREsp 13.994/SP, 1.ª Seção, j. em 17.05.1994, DJ 13.06.1994 p. 15080; EDcl no REsp 65.277/PE, 1.ª Turma, j. em 18.10.1995, DJ 27.11.1995 p. 40851.

entendimento sumulado⁷¹⁶) têm merecido, com muita frequência, as sanções por litigância de má-fé.

Nesse sentido, o posicionamento do Ministro Cezar Peluso, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 546331:

RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Serviço de telefonia. Discriminação de pulsos telefônicos na fatura. Dever de informação ao consumidor. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Ofensa indireta à Constituição. Agravo regimental não provido. É pacífica a jurisprudência desta Corte, no sentido de não tolerar, em recurso extraordinário, alegação de ofensa que, irradiando-se de má interpretação, aplicação, ou, até, inobservância de normas infraconstitucionais, seria apenas indireta à Constituição da República. 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Alegação de ofensa ao princípio do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa. Violações dependentes de reexame prévio de normas inferiores. Ofensa constitucional indireta. Agravo regimental não provido. É pacífica a jurisprudência desta Corte, no sentido de não tolerar, em recurso extraordinário, alegação de ofensa que, irradiando-se de má interpretação, aplicação, ou, até, inobservância de normas infraconstitucionais, seria apenas indireta à Constituição da República. 3. **RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Argumentação velha. Caráter meramente abusivo.** Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado.⁷¹⁷

Há mais de 450 acórdãos nesse mesmo sentido, no período de 2004 a 2005, em precedentes relatados pelo Ministro Cezar Peluso. Também nas decisões do Ministro Celso de Mello, vislumbra-se postura severa face a prática de abuso pelo recorrente, sobretudo na interposição de sucessivos embargos de declaração, muito bem justificada nos seguintes termos:

SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO - PRETENSÃO RECURSAL QUE VISA, NA REALIDADE, A UM NOVO JULGAMENTO DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS - Os embargos de declaração - desde que ausentes os seus requisitos de admissibilidade - não podem ser utilizados com a finalidade de sustentar eventual incorreção do acórdão impugnado ou de propiciar um novo exame da própria questão de fundo, em ordem a viabilizar, em sede processual absolutamente inadequada, a desconstituição de ato decisório regularmente proferido. Precedentes. MULTA E ABUSO DO DIREITO DE RECORRER. - O

⁷¹⁶ Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJEIÇÃO. MULTA. 1. Atua com abuso do direito de recorrer a parte que investe contra assunto já pacificado nos Tribunais, especialmente, quando já sumulado. 2. Impossibilidade de ser concedida liminar para autorizar compensação de tributos. 3. Multa aplicada no tribunal de origem que merece confirmação (art. 557, § 2º, do CPC). 4. Embargos de declaração protelatórios. Ausência de omissão no acórdão. Multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa (art. 538, parágrafo único, primeira parte). 5. Embargos rejeitados” (EDcl no AgRg no Ag 418.205/SP, Rel. Ministro José Delgado, 1.ª Turma, j. em 28.05.2002, DJ 01.07.2002 p. 257).

⁷¹⁷ STF, AI 546331 AgR / RJ, 1.ª Turma, Relator Min. Cezar Peluso, j. em 16/08/2005, DJ 16-09-2005 PP-00017 EMENT VOL-02205-11 PP-02139. Grifamos.

abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repelido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpuser recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitimará a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 538, parágrafo único, do CPC possui inquestionável função inibitória, eis que visa a impedir o abuso processual e a obstar o exercício irresponsável do direito de recorrer, neutralizando, dessa maneira, a atuação censurável do *improbus litigator*".
Precedentes.⁷¹⁸

Também no STJ, tem havido sistemática imposição de multas pelo abuso do direito de recorrer, sobretudo nas hipóteses em que, através de inúmeros recursos (especialmente embargos, mas também agravos regimentais⁷¹⁹) sucessivos, constata-se a intenção de a parte evitar o trânsito em julgado da decisão. Mas, em nenhuma das duas Cortes Superiores, as sanções aplicadas, nessa situação, têm se restringido à multa. Há inúmeros precedentes em que tanto uma quanto outra determinaram a adoção de medidas drásticas em vista do comportamento abusivo da parte recorrente.

Com efeito, o Ministro Edson Vidigal, na situação mencionada, determinou a baixa imediata do recurso, além da aplicação de multa para o recorrente pela procrastinação do feito, em vista dos quatro embargos de declaração opostos, sucessivamente, pela mesma partes. Nessa decisão, proferida no Agravo Regimental 3696/MG, constou que “a incessante interposição de petições com vistas a prolongar o exercício da prestação jurisdicional, impedindo o trânsito em julgado, não pode ser acobertado pelo Judiciário”.⁷²⁰ Em situação idêntica, na qual pontuou que “a interposição de recurso incabível não suspende ou interrompe o prazo para a apresentação do recurso próprio, nem tem o poder de impedir o trânsito em julgado do acórdão (ou decisão) inadequadamente impugnado”, o Ministro Edson Vidigal também determinou a expedição de ofício para a OAB, a

⁷¹⁸ STF, AI-AgR-ED-ED 249186, 2.^a Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 05.11.2004, p. 00037.

⁷¹⁹ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS SUCESSIVOS. RECURSOS MANIFESTAMENTE INFUNDADOS. ABUSO DO DIREITO DE RECORRER. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. IMPOSIÇÃO DE MULTA À PARTE RECORRENTE” (AgRg no AgRg no AgRg nos EDcl no AgRg nos EREsp 77.010/SP, Rel. Ministro Hélio Mosimann, Corte Especial, j. em 16.05.2001, DJ 20.08.2001 p. 333).

⁷²⁰ STJ, AGP 200401810781 (3696 MG), C.Esp., Rel. Min. Edson Vidigal - DJU 29.08.2005 - p. 0133.

fim de se apurar a possibilidade de impor sanção disciplinar ao advogado da causa.⁷²¹

Há outros interessantes – e atuais – exemplos de repressão ao abuso no âmbito recursal. Já se decidiu que o comportamento abusivo pode ficar caracterizado a partir da simples repetição de argumentos pelo advogado nas razões do agravo regimental⁷²² ou na tentativa de retomar a discussão de questões já decididas pelo juízo *a quo*, em se tratando de recurso de apelação.⁷²³ Também na hipótese em que as razões do recurso não tinham pertinência com os fundamentos da decisão recorrida, manifestou o STJ pela configuração do abuso no direito de recorrer e incidência da respectiva multa.⁷²⁴

Hipótese *sui generis* foi analisada pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INTERPOSIÇÃO DE DOIS RECURSOS COM O MESMO FIM. VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. Configura a litigância de má-fé a interposição consciente de dois recursos contra a mesma decisão atacada, tumultuando o regular andamento do feito, ainda mais quando os recorrentes admitem que houve “precipitação ou açodamento do próprio causidico que age em causa própria”, tudo sob a alegação de que agiram “temerosos de perderem a oportunidade de impugnar a decisão interlocutoria então atacada”.

2. A fixação do valor da indenização esta de acordo com o par. 2. do art. 18 do CPC, tendo levado na devida consideração o cenário dos autos (Súmula n. 07 da Corte).

⁷²¹ STJ, C.Esp., Pet. Avulsa em EDcl-EDcl-EDcl-AgRg-EDcl-EDcl-RE-AI 387.730/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 01.03.2004, p. 118.

⁷²² Nesse sentido o julgamento do Agravo regimental nos embargos de declaração no REsp 625.683, relatado pela Ministra DENISE ARRUDA, tendo constado na ementa que “se a parte, despreocupada com o conteúdo da decisão atacada, faz uso de petição-modelo sem impugnar, especificamente, os fundamentos da decisão singular do Relator, proferida com apoio no art. 557, caput, do CPC, certo que fica descaracterizada a pretensão de prequestionar o tema, revelando-se, isto sim, manifestamente abusivo o direito de recorrer (Precedente do STF). Daí porque correta, na espécie, a imposição da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC, porquanto caracterizada a interposição de recurso manifestamente infundado e inadmissível” (STJ, 1.ª Turma, j. em 17.05.2005, DJ 20.06.2005 p. 139).

⁷²³ Foi como julgou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em precedente relatado pelo Des. Sérgio Izidoro Heil: “PROCESSO CIVIL - APELAÇÃO IDÊNTICA À PEÇA DE RESPOSTA - ALEGAÇÕES JÁ SUFICIENTEMENTE ESCLARECIDAS NA PRIMEIRA INSTÂNCIA - VISÍVEL INTUITO PROTRELATÓRIO DO APELANTE - MANEJO DE PRETENSÃO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE - INTELIGÊNCIA DO ART. 17, VI E VII DO CPC - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ RECONHECIDA DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DE MULTA SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA - De conformidade com o disposto na Lex Instrumentalis, litiga de má-fé aquele que, entre outros atos, deduz pretensão manifestamente improcedente ou interpõe recurso com intuito flagrantemente protelatório, entendido como tal a apelação que se limita a reproduzir questões já suficientemente esclarecidas no juízo a quo, onerando o Judiciário para retardar a efetivação do comando judicial” (Apelação Cível n.º 2000.022921-0, 1ª CDCiv., j. 08.03.2005)

⁷²⁴ AgRg no REsp 154.373/RS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, 4.ª Turma, j. em 20.09.2001, DJ 19.11.2001 p. 277.

3. Recurso especial não conhecido.⁷²⁵

Posicionou-se, porém, o Ministro Luiz Fux pela exclusão da multa imposta pelo tribunal de origem, porque essa decorreu da interposição de recurso (agravo regimental) “sem o qual não se viabilizaria a interposição do presente recurso especial”.⁷²⁶ Não haveria como, por essa linha de entendimento, reconhecer a litigância de má-fé “na hipótese de interposição de embargos de declaração com a notória finalidade de questionamento, não estando caracterizado o caráter protelatório”.⁷²⁷

Também constitui exceção à tendência de análise rigorosa da caracterização do abuso do direito de recorrer o precedente julgado pelo Ministro Paulo Medina, em que consignou a necessidade de configuração do elemento subjetivo para incidência da sanção:

PROCESSUAL CIVIL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - RECURSO ESPECIAL - INEXISTÊNCIA - RECURSO PREVISTO NA CARTA MAGNA - PREJUÍZO QUE A AGRAVANTE TERIA PRETENSAMENTE SUPOSTADO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

A regra é que não se caracteriza como litigância de má-fé a utilização dos recursos previstos em lei, merecendo ser comprovado, nestas hipóteses, o dolo da parte em obstar o normal trâmite do processo e o prejuízo que a parte contrária houver suportado, em decorrência do ato doloso.

Inúmeros precedentes.

Agravo regimental improvido.⁷²⁸

O quadro ora delineado, ainda que com “pinceladas” breves, mostra a clara aceitação do elemento objetivo para a caracterização do abuso do direito no processo civil, no plano da interposição dos recursos. Somente podemos esperar que essa luta ética contra o abuso também se dirija para outros momentos do processo, em que é ele realidade, lamentavelmente, freqüente.

5.6.6.

A antecipação de tutela por abuso do direito de defesa (art. 273, II)

⁷²⁵ REsp 92.312/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3.^a Turma, j. em 23.09.1997, DJ 01.12.1997 p. 62737. Grifamos.

⁷²⁶ REsp 424.423/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, 1.^a Turma, j. em 19.09.2002, DJ 07.10.2002 p. 198.

⁷²⁷ REsp 397832/RS, Rel. Ministro Vicente Leal, 6.^a Turma, j. em 05.03.2002, DJ 01.04.2002 p. 232.

⁷²⁸ AgRg no Ag 398870/SP, Rel. Ministro Paulo Medina, 2.^a Turma, j. em 27.11.2001, DJ 11.03.2002 p. 249. Grifamos.

De todas as regras do Código de Processo Civil, talvez seja a do art. 273, II, a que encontra mais raras de aplicação. Não se encontram exemplos concretos nem mesmo nos comentários ao CPC expostos em valiosíssimas obras, de consulta diária por todos os operadores jurídicos. É como se a regra em questão tivesse nascido morta...

Há, contudo, no meio de raríssimas hipóteses de aplicação, algumas que merecem, aqui, destaque, porque revelam, de um modo ou de outro, a adoção de parâmetros interessantes, que também podem servir para outros casos concretos.

Com efeito, no julgamento do REsp 212.984/AL, a Ministra Eliana Calmon teve a oportunidade de se manifestar favoravelmente à antecipação da tutela com base no art. 273, II, do CPC porque a ré (no caso, a União), em sua defesa, insurgiu-se contra orientação jurisprudencial (consolidada em súmulas) a respeito da questão discutida naquela situação:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – PARCELAS INDENIZATÓRIAS: FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO CONVERTIDAS EM PECÚNIA – INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA – SÚMULAS NS. 125 E 136 DESTA CORTE – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. 1. **Consagrada na jurisprudência, cristalizada nas Súmulas ns. 125 e 136/STJ, a não-incidência do Imposto de Renda sobre as verbas de substituição**, junta-se, à verossimilhança e prova inequívoca, a urgência em receber a pecúnia e o **espírito de defesa abusiva da UNIÃO**, em não aceitar a posição jurisprudencial, justificando-se, assim, a tutela antecipada – art. 273 do CPC. 2. Recurso não conhecido.⁷²⁹

No mesmo sentido, o julgamento do REsp 232.005/CE, em que o relator, Ministro Garcia Vieira, também se manifestou pela possibilidade de antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, porque se tratava “de questão pacificada e tendo a dívida natureza alimentícia”.⁷³⁰

Também se observa a mesma orientação, no julgamento do RESP 187665 / RJ, relatado pelo Ministro Gilson Dipp, em que, à existência de entendimento consolidado a respeito da questão perante os Tribunais Superiores, somou-se o reconhecimento, na via administrativa, do direito alegado pela parte (servidores públicos):

PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. REAJUSTE DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS. 28,86%. RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO DO DIREITO. MEDIDA PROVISÓRIA 1.704-3/97. **O direito ao reajuste de vencimentos dos servidores**

⁷²⁹ STJ, RESP 212984 / AL, Rel. Min. Eliana Calmon, 2.ª Turma, DJ: 11/03/2002; PG: 00220. Grifamos.

⁷³⁰ REsp 232005/CE, Rel. Ministro Garcia Vieira, 1.ª Turma, j. em 18.11.1999, DJ 07.02.2000 p. 139.

públicos em 28,86%, está pacificado no âmbito do STF e do STJ. O reconhecimento administrativo desse direito, através da MP 1.704-3/97, conjugado com a intenção de efetuar o pagamento dos valores correspondentes a todos os servidores públicos, mesmo que não tenham ingressado em juízo, torna inequívoco o direito dos recorridos à concessão de antecipação da tutela. Recurso com manifesto propósito protelatório. (Art. 273, II, do CPC). Recurso especial não conhecido.⁷³¹

Em outra decisão muito interessante, desta feita proferida em julgamento da Apelação Cível n.º 1999.01.1.020693-9 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que teve como relatora a Des. Sandra de Santis, entendeu-se possível a antecipação de tutela, já na fase de prolação da sentença, em vista de comportamento abusivo adotado pelo réu ao longo da instrução, porque insistiu em argumento claramente infundado e estendeu desnecessariamente a instrução probatória. Na fundamentação do acórdão proferido, constou:

Finalmente, em relação à antecipação de tutela, tenho que deve ser concedida, embora com menos abrangência do que pretendido no recurso da autora. Verifico que estão presentes os requisitos da verossimilhança do direito e de estar bem caracterizado o abuso de direito de defesa, além do manifesto propósito protelatório da empresa. Inegável que o feito se arrasta inutilmente desde o início de 1999. **O comportamento protelatório de atribuir a responsabilidade do evento a terceiro quando não poderia desconhecer a impertinência, por tratar-se de permissionária de serviço público de transporte coletivo, levaram à oitiva de inúmeras testemunhas, em sua maioria por Carta Precatória. Enfim, flagrante o desrespeito para com a humilde vítima.** Aliás, as promessas de auxílio veiculadas pelo Departamento Jurídico da Empresa Santo Antônio não passaram daquele âmbito, porque desde o início de 1999 a última vive a angústia de aguardar o deslinde do processo. Autorizada assim a antecipação da tutela para que a apelante passe a receber a pensão mensal que foi arbitrada na sentença, no valor de um salário mínimo, a partir da data do julgamento, sem necessidade de publicação do acórdão.⁷³²

O embaraço criado pelo réu na instrução probatória também foi motivo da confirmação, pelo STJ, de decisão concessiva da antecipação de tutela por abuso do direito de defesa. Com efeito, é o que se observa no julgamento do REsp 332.951, em que o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito manifestou entendimento de que a escusa do réu em receber intimação para a realização de perícia e, posteriormente, a omissão na arguição de falsidade da certidão de intimação que impugna, na sede recursal, impediriam a revisão da decisão proferida pelo Tribunal Estadual quanto à antecipação da tutela:

⁷³¹ STJ; RESP 187665 / RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª Turma, DJ: 18/12/1998 PG: 00393. Grifamos.

⁷³² TJDF, Apelação Cível n.º 1999.01.1.020693-9, 6.ª Turma Cível, Rel. Des. Sandra de Santis, DJU 02.08.2005.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROVA PERICIAL. INTUITO PROTETATÓRIO. SÚMULA Nº 07 DA CORTE. 1. Deferida a antecipação de tutela com base na prova pericial que constatou não existir outra passagem para a agravada além daquela das terras do agravante, e, ainda, no **manifesto intuito protetatório do réu que se escusou da intimação e criou dificuldades para a realização da prova pericial**, presente está a Súmula nº 07 da Corte, não havendo fundamento para a solitária alegação de que violado o art. 273, II, do Código de Processo Civil. 2. Recurso especial não conhecido.⁷³³

Os Tribunais Estaduais também têm entendido ser abusiva a defesa contrária à orientação jurisprudencial extraída de suas próprias decisões e, também, das Cortes Superiores. Nesse sentido, o julgamento do agravo de instrumento n.º 70001685296, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IPERGS. ANTECIPACAO DE TUTELA. PLAUSIBILIDADE. ART.273, I E II, DO CPC. 1. Frente a jurisprudência dominante a respeito de que as pensões pagas pelo IPERGS devem observar a integralidade dos vencimentos ou proventos que receberia o servidor, se vivo estivesse, o requisito da verossimilhança da alegação foi implementado. 2. Em se tratando de prestação de cunho alimentar, presente o receio de dano irreparável ou de difícil reparação. 3- **Caracterizado o abuso do direito de defesa (abuso de direito processual) e manifesto propósito protetatório do réu em face das disposições constitucionais a respeito da matéria e posição jurisprudencial deste TJ e do STF.** 4- Ausência de irreversibilidade do provimento antecipatório configurada. Inteligência do art. 273, incisos I e II, e parágrafo 2º, do CPC. Recurso Provido.⁷³⁴

Idêntica orientação se observa no julgamento da apelação cível n.º 94.04.41561-3, pelo Tribunal Regional Federal da 4.ª Região:

TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. COMPENSAÇÃO. EMPRESA COMERCIAL. 1. Em face da decisão do STF (RE 150764-1 / PE), a cobrança do FINSOCIAL deve ser feita pela alíquota (meio por cento) até a vigência da LCP-70 /91, para as empresas comerciais. 2. O ART-66 da LEI-8383 /91 permite a compensação de tributos pagos indevidamente ou a maior. 3. O FINSOCIAL e a COFINS são contribuições sociais da mesma espécie, para os fins da LEI-8383 /91. 4. A INT-67 /92 da Receita Federal restringiu a correção monetária com aplicação somente a partir de janeiro de 1992, surgindo, assim, o interesse processual para a propositura de pedido de compensação de tributo recolhido indevidamente. 5. Correção monetária pela SUM-162 do STJ. 6. **É de ser mantida a concessão da tutela antecipada na compensação, eis que presentes seus pressupostos, principalmente o do INC-2 do ART-273 , CPC-73, consistente no abuso do direito de defesa do réu, contra, in casu, matéria já pacificada na esfera judicial como o é a questão da inconstitucionalidade das majorações do FINSOCIAL.**⁷³⁵

⁷³³ STJ; RESP 332951/ RR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, DJ:26/08/2002, PG:00213. Grifamos.

⁷³⁴ TJ/RS, Agravo de Instrumento n.º 70001685296, Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal, 1.ª Câmara Cível; j. em 13/12/2000. Grifamos.

⁷³⁵ TRF da 4ª Região, Apelação Cível n.º 97.04.41561-3; Rel. Juiz Jardim de Camargo, 2.ª Turma, j. em 16/10/1997, DJ: 21/01/1998. Grifamos.

Com base na orientação jurisprudencial mencionada nos precedentes *supra*, talvez seja possível sustentar que os tribunais brasileiros, para aplicação da sanção processual tratada no art. 273, II, do CPC, têm usado como critérios principais a formulação de defesa, pelo réu, contrária à jurisprudência dominante (considerada, para esse fim, tanto os precedentes dos Tribunais Estaduais quanto os das Cortes Superiores) e a criação de obstáculos injustificados ao andamento do feito (sobretudo, na fase instrutória).

6.

CONCLUSÕES.

Durante a elaboração do presente trabalho, certas conclusões foram sendo pouco a pouco demonstradas e enunciadas. Elas podem ser resumidas da seguinte forma:

1. Nas últimas décadas, a estreita ligação entre Processo e Constituição tem permitido a permeabilidade das normas processuais aos valores fundamentais do ordenamento constitucional, em especial aqueles que resultam do ideal democrático (liberdade, igualdade, solidariedade).

2. Paulatinamente, a transição do Estado liberal para o Estado democrático fez com que o processo passasse a ser visto como instrumento público de pacificação com justiça.

3. Da noção de devido processo legal, resulta a maior parte das garantias constitucionais que tutelam o processo.

4. O passar do tempo fez com que se colocasse, como pressuposto do processo justo, a noção de efetividade da tutela jurisdicional, que se desdobra, por sua vez, na idéia de tempestividade dessa tutela e de instrumentalismo substancial.

5. O princípio do contraditório e da ampla defesa constituem importantíssimo desdobramento do *due process of law*, atuando como fator de legitimação das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

6. Do princípio do contraditório e da ampla defesa, resulta a possibilidade de participação dos sujeitos processuais em todos os momentos do processo, possibilidade essa expressa através do trinômio, proposto por Cândido Dinamarco, do *pedir-alegar-provar*.

7. Da visão do processo como instrumento público, resulta a constatação de que o contraditório se destina principalmente a garantir a colaboração das partes na construção dialética da verdade, daí porque hoje se fala na colaboração como dever, que, no ordenamento jurídico brasileiro, encontra expressa previsão no art. 339 do CPC.

8. Os princípios, ao lado das regras, constituem modalidade do gênero “norma jurídica”, caracterizando-se por sua maior flexibilidade de aplicação, que lhes tornam, no dizer de Alexy, mandados de otimização.

9. Através dos princípios, garante-se ao ordenamento jurídico maior grau de abertura aos anseios e necessidades da sociedade, em cada momento histórico.

10. A colisão entre os princípios é natural numa sociedade plural e, para adequadamente resolvê-la, impõe-se a realização de juízo de proporcionalidade, que indique, naquele caso concreto, qual deles deve prevalecer.

11. Em vários casos concretos, sob o pretexto de proteger o direito de participação assegurado pela Constituição Federal, o juiz acaba não aplicando as sanções cabíveis por conta do comportamento abusivo adotado pela parte, com isso esvaziando de sentido o princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

12. A consciência de que a participação do processo sofre limitação necessária pelas regras processuais éticas é importantíssima para permitir que a noção de efetividade da tutela jurisdicional não seja relegada a segundo plano, em prejuízo da consecução dos escopos da jurisdição.

13. Reconhecendo a limitação à possibilidade de participação, diante da repressão à conduta processual abusiva, o juiz garante a realização, no processo, da noção de isonomia material que se extrai, atualmente, do ordenamento constitucional.

14. No direito civil, constata-se expressa previsão contra o abuso no Código Civil de 2002, que, no art. 187, estabelece como limites para exercício dos direitos civis a boa-fé, os bons costumes e a finalidade econômica e social do direito e, portanto, é abusivo todo ato que vá de encontro a tais noções.

15. Os critérios especificados no art. 187 do CC/02 mostram que, no ordenamento jurídico brasileiro, prevaleceu o critério objetivo para combate ao abuso do direito.

16. No Código Civil de 2002, o abuso do direito é tratado juntamente com o ato ilícito, disso, contudo, não pode resultar a conclusão de que são fenômenos idênticos.

17. Ato abusivo e ato ilícito são, portanto, modalidades distintas de uma categoria mais ampla, que se pode, confortavelmente, chamar de “antijuridicidade”, de acordo com expressivo posicionamento doutrinário.

18. A distinção entre o ato ilícito e o ato abusivo se revela importante sobretudo para constatar que os efeitos de um e de outro estão sujeitos a conseqüências diversas, inclusive no plano da reparação do dano causado por um e por outro.

19. No direito processual civil, a concepção da teoria do abuso também decorreu da constatação prática de condutas irregulares na tramitação do processo, constatação essa que coincidiu com a transição do processo, antes visto como instrumento individual, para instrumento público, em vista dos objetivos que, por meio dele, se pretendem atingir.

20. A concepção do processo como instrumento público reclama postura severa contra a conduta processual abusiva, que revela, a toda evidência, a intenção da parte de usar o processo para satisfação de interesses egoístas.

21. Também no processo, a teoria do abuso do direito encontrou obstáculos importantes para seu desenvolvimento, que, contudo, tiveram de ceder diante da realidade, lamentavelmente constatada, da freqüente conduta abusiva adotada pelas partes.

22. Os critérios adotados pelos diversos ordenamentos jurídicos, para punir e prevenir o abuso do direito no processo civil, são diversos, sendo particularmente rigoroso o tratamento dado ao problema nos países da *common law*, não casualmente por conta dos rígidos deveres impostos aos advogados.

23. Os atos irregulares praticados pelo juiz não podem ser caracterizados como abuso do direito, porque o juiz, no processo, somente exerce poderes e deveres, não possuindo interesse próprio no deslinde do feito (do contrário, ferida está a garantia de imparcialidade e, disso, resulta a prática de ato ilícito e, não, abusivo pelo juiz).

24. No processo, somente se pode conceber o abuso do direito pelas partes (e quem atua como tal) e os advogados, pois apenas na sua atuação se percebe a intenção de satisfazer interesses individuais no processo.

25. É lamentável a tendência observada no Brasil (mas também em outros sistemas processuais) de excluir o advogado da punição por conduta abusiva no processo, maior rigor na repressão dos atos praticados pelo advogado, mediante imposição de sanção, no processo, também a ele, certamente garantiria moralização no exercício da advocacia.

26. Entre as inúmeras sanções cogitadas para a prática de abuso no processo civil, a mais eficaz é aquela processual, que destitui do ato abusivo a possibilidade de surtir os efeitos pretendidos por quem o praticou no processo.

27. Pode-se perfeitamente conceber a repressão à conduta abusiva no CPC em vigor, em especial nas regras que tratam dos deveres estabelecidos para as partes e seus procuradores (arts. 14 a 18).

28. Para construir uma teoria eficaz do abuso do direito no processo, não há como se relegar a segundo plano os avanços observados pela teoria do abuso do direito no plano do direito civil. Hoje, os equívocos cometidos na interpretação das regras que disciplinam o problema do abuso no processo decorrem, justamente, da inobservância às noções desenvolvidas no direito civil a respeito da questão, em especial da distinção, nesse plano formulada, entre ato abusivo e ato ilícito.

29. Do teor das regras que estabelecem os deveres principais a ser observados pelas partes e seus procuradores, resulta conclusão no sentido de que se inspiram elas na noção de probidade processual, noção essa que constitui o limite a ser observado pelas partes, na sua atuação no processo, sob pena de caracterização de abuso do direito.

30. Tem-se verificado, em vista das alterações promovidas, ao longo do tempo, nas regras referidas, a intenção, por parte do legislador, de eleger o critério objetivo para caracterização da conduta abusiva, dispensando-se, portanto, a caracterização do elemento intencional.

31. Na regra do art. 273, II, do CPC há a mais contundente sanção processual contra o comportamento abusivo no ordenamento jurídico brasileiro, sendo de se lamentar a pouca aplicação que essa regra tem encontrado na prática.

32. O posicionamento da jurisprudência em face do abuso do direito no processo ainda é tímido, constatando-se poucas hipóteses de aplicação prática das sanções previstas para essa situação. A exceção, honrosa (mas que deve ser compreendida dentro de uma tendência de diminuir a carga de trabalho dos tribunais), é para a caracterização de abuso no plano do direito de recorrer, em que tem havido posicionamento rigoroso a respeito da questão, especialmente pelas Cortes Superiores.

7.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVARO DE OLIVEIRA, C. A. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 132-150.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, v. 113, p. 9-21, jan.-fev. 2004.

ALVES, F. G. P. Ampla defesa x desvirtuamentos (litigância de má-fé e seu ônus financeiro). In: NERY JR, N.; ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**, n.º 6. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 199-224.

AMERICANO, J. **Abuso do direito no exercício da demanda**. 2. ed. São Paulo: Saraiva & Comp., 1932.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1958.

ARAKEN DE ASSIS. O *contempt of court* no direito brasileiro. **Revista de Processo**, v. 111, p. 18-37, jul.-set. 2003.

ARRUDA ALVIM, J. M. **Código de Processo Civil comentado**. V. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

_____. **A argüição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro – A lealdade no processo. **Revista de Processo**, v. 69, p. 7-20, jan.-mar. 1993.

_____. Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, n.º 20, p. 25-70, out. – dez. 1996.

ARRUDA ALVIM PINTO, T. C. **Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial**. São Paulo: Malheiros, 1992.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. **Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação rescisória**: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BAPTISTA DA SILVA, O. A. **Curso de processo civil**. 5. ed., v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BAPTISTA MARTINS, P. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940.

_____. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3. ed. histórica com “Considerações Preliminares à Guisa de Atualização de José da Silva Pacheco”. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARBI, C. A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. I, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BARBOSA MOREIRA, J. M. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, v. 102, p. 228-237, abr.-jun. 2001.

_____. Abuso do direito. **Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil**, v. 26, p. 125-134, nov.-dez. 2003.

_____. A duração dos processos: alguns dados comparativos. **Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil**, v. 29, p. 28-36, mai.-jun. 2004.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003

BATISTA LOPES, J. Efetividade da Tutela Jurisdicional à Luz da Constitucionalização do Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 116, p. 29-39, jul.-ago. 2005.

BEDAQUE, J. R. dos S. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CABRAL, A. do P. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, v. 126, p. 59-81, ago. 2005.

CALAMANDREI, P. Processo e democrazia. In: CALAMANDREI, P. **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965.

CALCINI, F. P. Abuso do direito e o novo código civil. **Revista dos Tribunais**, v. 830, p. 27-45, dez. 2004.

CALOGERO, G. Probità, lealtà, veridicità nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 16, parte I, p. 129-153, 1939.

CAMBI, E. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CANARIS, C. W. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, M. Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano. In: CAPPELLETTI, M. **Giustizia e società**. Milano: Edizione di Comunità, 1972. p. 111-122.

CAPPELLETTI, M.; VIGORITI, V. I diritti costituzionale delle parti nel processo civile italiano. **Rivista di diritto processuale**, II serie, v. 26, p. 604-650, Padova, Cedam, 1971.

CARNELUTTI, F. Contro il processo fraudolento. **Rivista di diritto processuale civile**, v. 3, parte 2, p. 14-25, 1926.

CARPENA, H. **Abuso do direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARREIRA ALVIM, J. E. Litigância de má-fé. Abuso do direito de recorrer. Lei nº 9.668, de 23/6/98. Sanção processual. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, v. 24, p. 290-296, abr.-jun. 2002.

_____. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARVALHO NETO, I. **Abuso do direito**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

CARVALHO SANTOS, J. M. **Código de Processo Civil interpretado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

CASTRO, C. R. de S. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

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

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CHIARLONE, S. **La giustizia civile degli anni'80: le riforme possibili**. Foro Italiano, parte V, p. 220-226, 1984.

COMOGLIO, L. P. I modelli di garanzia costituzionale del processo. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, ano XLV, p. 673-741, Milano, Giuffrè, 1991.

_____. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. **Studi in onore di Luigi Montesano**, v. II, p. 87-127, Padova, Cedam, 1997.

_____. Il 'giusto processo' civile in Italia e in Europa. **Revista de Processo**, v. 116, p. 97-158, jul.-ago. 2004.

COMOGLIO, L. P.; FERRI, C.; TARUFFO, M. **Lezione sul processo civile**. Bologna: Il Mulino, 1995.

COUTINHO DE ABREU, J. M. **Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais**. Coimbra: Almedina, 1999.

CRUZ E TUCCI, J. R. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. **Revista de Processo**, v. 66, p. 72-78, abr.-jun. 1992.

_____. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 234-262.

DEL CLARO, R. Devido processo legal – direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil. **Revista de Processo**, v. 120, p. 260-294, fev. 2005.

DINAMARCO, C. R. **A reforma do Código de Processo Civil**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

- _____. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed., v. 1. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed., v. 2. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DONDI, Angelo. Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 50, p. 787-808, 1995.
- DOURADO DE GUSMÃO, P. O abuso do direito. **Revista Forense**, v. 118, n. 541, p. 359-371, jul. 1948.
- DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Madri: Ariel, 2002.
- ESPÍNDOLA, R. S. **Conceito de princípios constitucionais**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FIGUEIREDO TEIXEIRA, S. O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. In: FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio. **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 79-92.
- GAJARDONI, F. F. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.
- GHIRGA, M. F. Conciliazione giudiziale e abuso del processo. **Rivista di diritto processuale**, v. LIII, II Serie, p. 196-215, 1998.
- GÓES, G. S. F. Razoável duração do processo. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al* (coord.). **Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 261-268.
- GOLDSCHMIDT, R. A teoria do abuso de direito e o anteprojeto brasileiro de um código das obrigações. **Revista Forense**, v. 97, p. 22-30, jan. 1944.
- GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRECO, L. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual**, v. 24, p. 71-79, mar. 2005.
- GRINOVER, A. P. **O processo constitucional em marcha**. São Paulo: Max Limonad, 1985.
- GUERRA FILHO, W. S. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- LEÃO, A. **O litigante de má-fé**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- LIEBMAN, E. T. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. V. I, 2.^a ed. Milano: Giuffré, 1968.
- LIMA, P. C. de D. A contagem dos prazos no processo civil a partir da reforma do Judiciário. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al* (coord.). **Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 551-570.

- LIPARI, F. G. **Il dolo processuale**. Palermo: Libreria Orazio Fiorenza, 1926.
- LOUZADA CARPENA, M. Da (des)lealdade no processo civil. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, v. 35, p. 146-166, jan.-mar. 2005.
- LUCON, P. H. dos S. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 91-131.
- LUNA, Everardo da Cunha. **Abuso de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- MACHADO, A. C. da C. **A reforma do processo civil interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MACIEL, A. F. O devido processo legal e a Constituição brasileira de 1988. **Revista de Processo**, v. 85, p. 175-180, jan.-mar. 1997.
- MAIA, V. F. **Litigância de má-fé no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MANDRIOLI, C. **Corso di Diritto Processuale Civile**. V. I. Torino: Giappichelli, 2000.
- MARCATO, A. C. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Atlas, 2005.
- MARINHO, D. E. R. Uma visão evolutiva dos direitos humanos. **DHNET**. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dh_dorian.html>. Acesso em: 25 dez. 2005.
- MARINONI, L. G. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. **A antecipação da tutela**. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MEDINA, J. M. G. **Execução civil: teoria geral : princípios fundamentais**. 2.^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MENDES DE ALMEIDA, J. C. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- MENDES JR., M. de S. **O pedido de reparação de dano extrapatrimonial, no prelo**.
- _____. O momento para inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Processo**, v. 114, p. 67-91, mar.-abr. 2004.
- MENDES SPALDING, A. Direito à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5.^o da CF inserido pela EC n. 45/2004. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa *et al* (coord.). **Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 31-40.

MENDONÇA LIMA, A. de. O princípio da probidade no Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 16, p. 15-47, out.-dez. 1979.

_____. Abuso do direito de demandar. **Revista de Processo**, v. 19, p. 57-66, jul.-set. 1980.

MONACCIANI, L. Il problema del processo simulato. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, v. II, p. 826-847, 1956.

MOTA DE SOUZA, C. A. Poderes éticos do juiz (a igualdade das partes no processo e a repressão ao abuso processua). **Revista Forense**, v. 296, p. 161-168, out.-dez. 1986.

NADER, P. **Curso de direito civil: parte geral**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NATOLI, Ugo. Note preliminare ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno XII, 1958, p. 18-37.

NERY JR., N. **Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, V. de S. Expressões do devido processo legal. **Revista de Processo**, v. 106, p. 297-306, abr.-jun. 2002.

OLIVEIRA GARCIA, F. C. A defesa como garantia constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 291, 24 abr. 2004. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5034>>. Acesso em: 22 dez. 2005.

OTEIZA, E. Abusos de los derechos procesales en América Latina. **Revista de Processo**, v. 95, p.152-170, jul.-set. 1999.

PADILLA, L. R. N. Litigância de má-fé no CPC reformado. **Revista de Processo**, v. 78, p. 101-107, abr.-jun. 1995.

PAMPLONA, D. A. **Devido processo legal: aspecto material**. Curitiba: Juruá, 2004.

PATTI, S. Abuso del diritto. **Digesto Italiano**, 4.^a ed., p. 1-9, Torino, UTET, 1987.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil**. V. I, 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Instituições de direito civil**. V. I, 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PINHEIRO, R. F. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIRES DOS SANTOS, U. Ligeiros traços sobre o dano processual no novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, v. 246, p. 316-319, abr.-jun. 1974.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

PORTANOVA, R. **Princípios do processo civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RESCIGNO, P. L'abuso del diritto. **Rivista di diritto civile**, ano XI, parte I, p. 205-290, Padova, Cedam, 1965.

ROSAS, R. Abuso de direito e dano processual. **Revista de Processo**, v. 32, p. 28-38, out.-dez. 1983.

_____. **Direito processual constitucional**: princípios constitucionais do processo civil. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROTHENBURG, W. C. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: SAFE, 1999.

SANTOS FILHO, O. V. **A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo**. São Paulo: Lumen Juris, 2005.

SATTA, S. **Commentario al Codice di Procedura Civile**. V. I. Milano: Francesco Vallardi, 1959.

SESSAREGO, C. F. **Abuso del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1999.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOARES LEVADA, C. A. Anotações sobre o abuso de direito. **Revista dos Tribunais**, v. 667, p. 44-50, mai. 1991.

SOUZA, L. S. F. de. **Abuso de direito processual**: uma teoria pragmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARUFFO, M. L'abuso del processo: profili comparatistici. **Revista de processo**, v. 96, p. 150-169, out.-dez. 1999.

THEODORO JR., H. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Forense**, v. 344, p. 43-65, out.-dez. 1998.

_____. **Curso de direito processual civil**. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VENOSA, S. S. **Direito civil**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VIGORITI, V. Costo e durata del processo civile: spunti per una riflessione. **Rivista di Diritto Civile**, ano XXXII, parte I, p. 319-325, Padova, Cedam, 1986.

WAMBIER, L. R. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. **Revista de Processo**, v. 63, p. 54-63, jul.-set. 1991.

ZANI, Gino. **La mala fede nel processo civile**. Roma: Foro Italiano, 1931.