

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

O ABUSO DO PROCESSO

Michael Aparecido Lima Campos

Presidente Prudente/SP

2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

O ABUSO DO PROCESSO

Michael Aparecido Lima Campos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Sandro Marcos Godoy

Presidente Prudente/SP

2012

O ABUSO DO PROCESSO

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito

Sandro Marcos Godoy

Ana Laura Teixeira Martelli

Jefferson Fernandes Negri

Presidente Prudente/SP 06 de junho de 2012

Bem se compreende a necessidade de tentar impedir que a falta consciente à verdade, o uso de armas desleais, as manobras ardilosas tendentes a perturbar a formação de um reto convencimento do órgão judicial ou a procrastinar o andamento do feito, embaracem a administração da justiça e desviem do rumo justo a atividade jurisdicional.

José Carlos Barbosa Moreira

Dedico o presente trabalho: a minha mãe, pois é a vitalidade de meu esforço; a minha noiva e meu filho que entendem meu propósito de vida e, cada vez mais, me inspiram a coragem de realizar meu sonho, o sonho de ser um profissional do Direito.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a **Deus**, por ter me conferido o dom da vida. Sou grato a minha **noiva** que sempre acredita e me apoiou, enfatizando todos os dias de que fui, sou e serei capaz de alcançar com meus estudos e esforços. Ao meu falecido **pai** que sempre me ajudou a enxergar as oportunidades sobrevividas no dia a dia, e que por minha crença, sempre está ao meu lado quando lhe é permitido.

Agradeço ao meu grande amigo **Sergio Henrique Lourenço** por me ajudar a enxergar que o bom da vida é sempre estar em progresso físico, moral, intelectual e especialmente espiritual.

Agradeço também a minha **irmã** e ao meu amigo **Luciano Marques**, que sempre me instigaram ao estudo desafiando minha própria capacidade intelectual. Agradeço ao meu orientador o **Professor Sandro Marcos Godoy** pela paciência e perseverança com que compartilhou seus conhecimentos e, principalmente, pelo exemplo de professor e profissional atuante que é, sempre preocupado com a preservação da Ciência, fomentando em mim o desejo de pensar o Direito além das fronteiras legalistas.

Não poderia deixar de agradecer o **Advogado Marcélio de Paulo Melchor**, não só pela disponibilização de seu escritório para fins de aprendizado na prática jurídica, mas pela ajuda moral e o incentivo na perseverança de alcançar o conhecimento da ciência jurídica.

Finalmente e com grande satisfação incluo nos agradecimento a minha querida **mãezinha** que está sempre ao meu lado me instigando a luta diária que a vida me proporciona, e ainda, mostrando com suas próprias forças que tudo na vida de bom vale a pena, inexistindo o acaso, e que a honestidade e a caridade é o verdadeiro caminho da vitória.

RESUMO

O presente trabalho foi desenvolvido no intuito de reunir as bases teóricas do abuso do processo, bem as aparentes projeções e manifestações no processo civil. Examinou-se, portanto, em quais situações são aplicadas as regras do abuso de direito, próprio do civil, ao processo; quais são os elementos estruturais do abuso processual; e quais manifestações dos sujeitos processuais englobam os atos abusivos no processo civil. Para tanto o presente trabalho foi dividido em quatro partes. A primeira delas tratou de reunir as bases teóricas do abuso do processo. A segunda dedicou-se em analisar os elementos estruturais do abuso processual. A terceira, por sua vez, tratou das garantias constitucionais da liberdade, legalidade, contraditório e ampla defesa. Por fim, a quarta e última parte expos quais os mecanismos, mormente utilizados para a identificação do abuso do processo propriamente dito. Segundo a doutrina especializada em tema de abuso do processo, as maiores incidências da prática de atos abusivos ocorrem por meio de atuação das partes e os intervenientes, porém verifica-se a possibilidade – menos frequente – de atuação abusiva por parte dos advogados, dos membros do Ministério Público e inclusive dos Juízes. Assim, se demonstrará que os sujeitos processuais na qualidade de partes são titulares de situações subjetivas, consistentes em faculdades, poderes, deveres e ônus, cujo exercício irregular pode configurar o abuso do processo. Assim, o principal objetivo do presente trabalho é apenas reunir as bases teóricas do abuso do processo e demonstrar a sua possível projeção e manifestação no processo civil.

Palavras-chave: Abuso de direito. Direito subjetivo e situações subjetivas. Liberdade, legalidade e lealdade. Desvio de finalidade. Abuso do processo. Litigância de má-fé.

ABSTRACT

This study was developed in order to collect the theoretical basis of process' abuse, besides the apparent projections and events in civil proceedings. It was examined, therefore, in what situations the rules of process' abuse are applied, specially civil proceedings; what are the structural elements of process' abuse; furthermore; what are the hypotheses of acts that are abusive manifestation of process' subjects. This study was divided into four parts. The first sought to involve the theoretical basis of process' abuse. The second part analyzed the structural elements of procedural abuse. The third part developed the constitutional guarantees of freedom, legality, contradictory and full defense. Finally, the fourth and final part exhibited mechanisms used for identification the process abuse. According to the specialists and doctrine the highest incidence of the practice abusive acts is the own subjects of process, but there is a possibility - less frequently - of acting improperly by the lawyers, public legal persecutors, including the judges. Thus, this study will demonstrate that the subjects of process are holders of subjective situations consistent in faculties, powers, duties and burdens, whose irregular exercise can set the process abuse. So, the main objective of this study is to gather only the theoretical basis of process' abuse, besides demonstrate projection of this and manifestation in the civil case.

Keywords: Rights Abuse, Subjective rights and subjective situation. Freedom, legality and loyalty. Finality's wrong. Process' Abuse. Bad faith litigation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. NOÇÕES TEÓRICAS DO ABUSO DO PROCESSO	11
1.1. Generalidades	12
1.1.1. Noções de abuso de direito e de direito subjetivo	14
1.1.2. Terminologia “abuso” e “direito”	14
1.1.3. Mecanismo e sistematização para verificação de exercício abusivo do direito	16
1.1.4. Teorias subjetivistas ou psicológicas	17
1.1.4.1. Teorias objetivistas ou finalistas	18
1.1.4.2. Teorias mistas ou ecléticas	19
1.1.5. O abuso do direito no ordenamento jurídico brasileiro	20
2. O ABUSO DO PROCESSO E SEUS ELEMENTOS ESTRUTURAIS	23
2.1. Sujeitos da relação jurídica processual	23
2.2. Situações subjetivas processuais	26
2.2.1. Direito subjetivo e situações subjetivas processuais como objeto do abuso...	29
2.2.2. Relatividade dos direitos subjetivos	34
3. DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE, LEGALIDADE, CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	35
3.1. Da legalidade e da liberdade no processo	35
3.2. Do contraditório e da ampla defesa	37
4. MECANISMOS PARA IDENTIFICAR O ABUSO DO PROCESSO	41
4.1. Do desvio de finalidade e outros	41
4.2. Ato abusivo e ato ilícito	45
4.3. Da responsabilidade processual	47
4.4. Do dever de lealdade	48
4.5. Do dever de veracidade	50
4.6. A litigância de má-fé como modalidade de abuso do processo	53
4.7. Do recurso manifestadamente protelatório	56
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

INTRODUÇÃO

Dada à importância instrumental que hoje se tem ao processo civil, em especial a sua real efetividade, o presente trabalho busca sistematizar a teoria do abuso do processo, pautado nas bases teóricas do abuso do direito.

Como se sabe, o processo alcançou sua autonomia e é instrumento a serviços do direito material tendo por objetivo a efetivação da justiça. Assim, não há razão em ver seu estudo de forma unitária, pois o processo civil deve ser visto em toda sua instrumentalidade, sendo necessária a harmonia com os demais ramos do direito.

Desta forma, os atos praticados pelos sujeitos devem estar em consonância não só com as normas impostas pelo Código de Processo Civil, mas também com as de direito material. Assim, o desrespeito a qualquer norma que regula a vida social, implica em responsabilidade do agente pela sua prática.

Ao longo de todo trabalho verificar-se-á que as regras que disciplinam a vida social – em especial as que responsabilizam o abuso do direito – são tranquilamente aplicadas ao processo civil, ressalvadas algumas peculiaridades que serão demonstradas.

Alguns autores tratam o ato abusivo dentro do processo como ato ilícito, porém se demonstrará que ambos não se confundem, aja vista a distinção que sobressai entre os institutos. Em breve esclarecimento, adianta-se que o ato ilícito é todo aquele que afronta a lei. Já o ato abusivo não, pois pressupõe a existência de um direito subjetivo do qual o agente é titular, porém no gozo, ou melhor, no exercício desse direito subjetivo, age de maneira incorreta desviando da finalidade para qual àquela situação a norma prevê um comportamento.

O abuso do processo é habitualmente tratado com outras denominações, tais como, litigância de má-fé, fraude processual, manifesto propósito protelatório, dentre outras. Isto ocorre, devido a não previsão expressa no Código de Processo Civil. Talvez, a única previsão que se pode encontrar no ordenamento jurídico brasileiro é o artigo 273, II do CPC. Aqui se faz menção ao abuso de direito de defesa, porém não significa que seja o único instituto em tema de abuso de direito ou abuso do processo.

Desta forma cumpre informar que o presente trabalho é deveras árduo, de difícil bibliografia (talvez pela pouca importância dada ao tema), mas que se inclinará finalisticamente em reunir as bases teóricas do abuso do processo, como dito, pautado nas bases teóricas do abuso de direito, a fim de sistematizar quais os elementos caracterizadores do abuso processual.

1. NOÇÕES TEÓRICAS DO ABUSO DO PROCESSO

O abuso do processo assenta suas bases teóricas na teoria do abuso do direito, próprio do direito privado.

A doutrina especializada – em se tratando do abuso processual – pautada na evolução histórica que mereceu respeito “a teoria do abuso do processo”, provinda da falta de sensibilidade para a questão, preocupou-se quanto ao modo de enfrentar os comportamentos dos sujeitos processuais no uso das situações subjetivas de que são titulares (Michele Taruffo apud Helena Najjar Abdo, 2007, p. 52).

Para cada ação há uma reação. Desta forma, cada ato na esfera jurídica se sujeitará as normas oriundas do direito civil, penal e os demais direitos que regulam a vida social. Assim, aplica-se essa mesma linha de raciocínio aos atos dos sujeitos processuais, pois estão submetidos aos limites da própria norma processual.

Aplica-se, portanto, a matéria do abuso do direito à relação jurídica processual, e é claro, ao exercício do direito dos sujeitos processuais em juízo. Esse exercício de direito aplicado de forma anormal, ou irregular, ou aparentemente legal é a base da ilegalidade processual, manifestada como abuso dentro do processo, pois caracteriza-se o desvio de finalidade para o qual o processo foi instituído, qual seja, a solução de conflitos e pacificação social.

Para tanto, se analisará a teoria do abuso do direito nos itens a seguir e se verificará que é a principal fonte para a formação da teoria do abuso do processo propriamente dito.

1.1. Generalidades

Superada a fase autonomista do processo civil, hoje o centro das atenções volta-se para a instrumentalidade e sua efetividade. Como se sabe o processo não se exaure em si mesmo, pois trata-se de instrumento para aplicação do direito material, tendo seus objetivos voltados sempre à realização de direitos sociais.

Dada a importância dos resultados processuais, seria incorreta a ideia de tratar o processo apenas sob o ponto de vista instrumental, aja vista a necessidade de harmonizar-se com outros ramos do direito. O direito é unitário e se torna um gênero para ser estudado e realizado. Neste contexto, é real a ideia de que os atos processuais sejam regulados por normas processuais. Porém, apenas estas normas seriam insuficientes, pois há necessidade de subordiná-las àquelas que regulam a vida social. Ou seja, o sujeito que pratica ato processual de forma a lesionar, ou melhor, prejudicar a parte contrária restará responsável por seus atos.

A autonomia do direito processual não se faz pura e simplesmente a deixar livres os sujeitos processuais para agirem de forma que quiserem, não é uma falsa ideia de isolamento.

Ensina Francesco Cordopatri apud ABDO (2007, p.18), que:

Os preceitos que regulam a vida civil, inclusive aqueles que definem e sancionam o *Abuso do direito*, são plenamente aplicáveis ao processo civil, guardadas as peculiaridades deste último.

O abuso do processo é regulado por dispositivo legal, ora tratado nominalmente por ato ilícito, ora tratado como ato abusivo, e incumbe esclarecer que tais institutos se distinguem fundamentalmente, pois o ato ilícito é aquele que viola frontalmente a lei e inexistente a pressuposição de direito do agente.

O ato abusivo pressupõe a existência de um direito subjetivo do agente, porém o mesmo age de maneira anormal, desviando-se de sua finalidade.

Portanto o ato ilícito difere-se do ato abusivo, pois como se demonstrará no item 2.1.2, o ato abusivo se reveste da chamada aparência de legalidade, o que resta ausente no primeiro.

Não obstante, cabe dizer tão somente que estes dois institutos não são as únicas terminologias empregadas ao tratar-se de abuso do processo. Dispositivos esparsos revestidos por outros nomes (manifesto propósito protelatório, fraude processual, litigância de má-fé, dano processual, etc), embora não regulados expressamente à figura do abuso, serão figuras aqui a serem analisadas ou simplesmente acenadas sob o fenômeno do abuso processual, pouco importando a sua denominação.

Nosso diploma processual expressamente traz referência ao abuso de defesa no artigo 273, II, do Código de Processo Civil. Isso não significa dizer que tal dispositivo é tema exclusivo a respeito do abuso de direito ou abuso do processo. O Código de Processo Civil de 1939 trazia expressamente em seus artigos 3º e 65 vedações ao abuso.

Nas lições de TARUFFO apud ABDO (2007, p. 20) “[...] em tema de abuso as denominações não podem ser mais importantes do que as próprias coisas denominadas”.

Embora o tema seja de difícil sistematização, utilizar-se-á o presente trabalho para reunir os elementos necessários à caracterização do abuso processual e demonstrar a possibilidade de sua aplicabilidade.

Para tanto, é de se indagar o que realmente dá causa ao referido instituto?

É notável na prática que não raras vezes, um dos principais motivos causadores do abuso processual pauta-se na atuação das partes. O mau uso dos meios processuais, ou, o uso de maneira excessiva extirpando a razoável duração do processo, dentre outras.

Assim, pautado nas bases teóricas do abuso do direito, mostrar-se-á a seguir um breve histórico em matéria de abuso de direito, proveniente do direito privado, para posteriormente aprofundar o estudo no abuso do processo propriamente dito.

1.1.1. Noções de abuso de direito e de direito subjetivo

Atualmente a figura do abuso do direito pauta-se na relativização dos direitos subjetivos, que será objeto de concisa análise nos subitens a seguir. Em breve síntese, pode-se afirmar que a relativização do abuso do direito, pauta-se em seu exercício conforme os fins acenados pelo ordenamento jurídico.

1.1.1.1. Terminologia “abuso” e “direito”

Faz-se necessária uma análise terminológica ao vocábulo abuso. De acordo como dicionário Silveira Bueno (2000, p. 475), *abuso* significa “[...] uso errado, excessivo ou injusto, mau uso, desregramento; excesso”.

Não obstante, o Dicionário eletrônico Priberam, ensina que *abusar* significa “[...] agir de forma a servir seus próprios interesses, mesmo se prejudicando outrem”.

O verbete direito possui inúmeros significados, e, em consonância com o objeto de estudo é: “[...] o que pode ser exigido em conformidade com as leis ou a justiça”, “faculdade, prerrogativa, poder legítimo”, “complexo de leis sociais”.

ABDO (2007, p. 31) assim define *abuso* de direito: “[...] mau uso ou uso irregular, excessivo, de uma determinada prerrogativa ou faculdade conferida por lei”. Para a autora, o termo técnico que resumiria o abuso de direito seria o equivalente ao poder ou faculdade de exceder os limites que o direito subjetivo atribui ao indivíduo.

É de se observar que os termos empregados para definição de abuso de direito guarda íntima ligação em relação àqueles de uso na definição de direito subjetivo, como se verá no subitem a seguir. Ainda que de forma intuitiva mostra-se que de certa forma falar em abuso de direito, imprescindivelmente se passa pela via de direitos subjetivos, pois a palavra direito, na locução abuso do direito, equipara-se a direitos subjetivos.

ABDO (2007, p.32), afirma que a locução “direito” empregada, não poderia se tratar de direito objetivo, haja vista que por se tratar de definição, não se admitem limitações à letra da lei, próprias dos direitos objetivos.

A locução abuso e direito é bastante criticada na doutrina. A justificativa para tanto é que, as locuções conflitam-se entre si, pois dão extensa margem para interpretações. Assim, afirmam que o termo abuso é impreciso tecnicamente em face da amplitude do termo direito. Porém, deve-se atentar de que o direito que se abusa é visivelmente direito subjetivo. Abusa-se facultativamente da norma conferida ao sujeito de direito. Aí se demonstra o animus subjetivo do sujeito.

Não obstante as críticas, atacando não somente a locução imprecisa, a terminologia, mas também a própria teoria do abuso, Marcel Planiol apud ABDO (2007, p.32) afirma que:

[...] a expressão em si carrega uma *logomaquia*, ou seja, um discurso vazio, uma verdadeira antítese lógica, pois segundo o mencionado jurista, ou o ato é lícito (de acordo com a norma), ou ilícito (fora das previsões normativas), *não podendo ser ao mesmo tempo conforme o direito e a ele contrario.*

Louis Josserand apud ABDO (2007, p.33), a respeito do tema abuso do direito, explica que sobre a palavra direito há dois significados, quais sejam, o agrupamento normativo regulamentador das condutas humanas (juridicidade, direito) e determinados privilégios (direito subjetivos). Destarte, um mesmo ato pode ser simultaneamente conforme determinado direito subjetivo e contrário ao direito como um todo.

O referido autor chegou a sugerir o uso da expressão desvio de direito no lugar de abuso de direito sob o argumento de que, a causa principal de toda essa polêmica era proveniente da pobreza da terminologia jurídica, pois o vocábulo Direito possui significação demasiadamente elástica.

Pedro Baptista Martins (1997, p. 43) afirma que esta discussão é irrelevante, pois não passa de um jogo de palavras, haja vista estar largamente consagrada à expressão abuso do direito pela própria teoria que a representa, qual seja, a limitação dos direitos subjetivos quando exercidos irregularmente.

Afirma ainda, dizendo que esta não seria a única expressão imprópria, pois há outras batizadas que ninguém se opõe, tais como o abuso de poder, abuso de autoridade, dentre outros.

Vale transcrever a lição de Camara Leal apud ABDO (2007, p.34), onde afirma que:

[...] de tudo pode abusar, bastando para isso fazer um uso inadequado, e, portanto, também do direito se poderá abusar, da mesma maneira por que há os *abusos de poder*, expressão oficialmente consagrada pelas legislações, e que jamais alguém se lembrou de censurar. Ao nosso vêr, pois, não ha uma ‘falsidade de fórmula’ na loucução – abuso do direito, - mas Ella traduz bem a idéa dos introductores de sua theoria, significando a illiceidade que se commette, por occasião do exercicio de um direito, quando delle se faz um uso indevido. O abuso, pois – repetimos – *não está no direito, mas no seu mau uso*, desapparecendo assim qualquer collisão de conceitos, entre os dois termos abuso e direito na loucução – abuso do direito.

Assim, negar, ou melhor, rebater ou destruir a teoria do abuso do direito por mera aparência contraditória de sua terminologia sem ao menos examinar suas particularidades, seria o mesmo que dizer de um médico que nega socorro ao paciente por não conhecer cientificamente a terminologia dos sintomas de sua doença.

Por fim, em matéria das críticas terminológicas, conclui-se a respeito do abuso do processo e o nome empregado é menos importante que o próprio significado.

1.1.2. Mecanismo e sistematização para verificação de exercício abusivo do direito

A partir de agora se examinará os elementos constitutivos do abuso do direito, não se esquecendo de reportar-se quando o direito deixa de ser legítimo para tornar-se abusivo.

As teorias objeto de estudo são as que parecem de melhor coerência por se destacarem em seu conteúdo. São elas as Teorias subjetivistas ou psicológicas, Teorias objetivistas ou finalistas e as Teorias mistas ou ecléticas. Como se verá, destaca-se o principal conflito entre elas o elemento subjetivo para a configuração do ato abusivo.

1.1.2.1. Teorias subjetivistas ou psicológicas

Essa é a teoria mais antiga e tem por importância os seus estudos pautados no elemento subjetivo (dolo ou culpa), cujo se divide em três correntes.

Como observa ABDO (2007, p. 38) a primeira corrente subjetivista diz que:

[...] a presença do *elemento intencional* é imprescindível para a configuração do ato abusivo. O ato praticado com abuso do direito seria aquele em que o sujeito exerce um direito subjetivo com a exclusiva *intenção de prejudicar* outrem.

Segundo ABDO (2007, p.38), esta primeira corrente foi bastante estudada pelos franceses no final do século XIX e início do século XX, quando grandes juristas de renomes foram adeptos, tais quais, Bonnecasse, Demogue e Lalou.

Para segunda corrente apenas o elemento subjetivo seria inócuo para se caracterizar o abuso, e entendiam da seguinte forma:

[...] além do elemento subjetivo, destaca o eventual *proveito* ou *utilidade* do ato para o agente. Essa concepção não reconhece a abusividade do ato quando o agente, embora imbuído da intenção de lesar, também pretende obter para si certo *proveito* ou *utilidade*.

Por fim, menciona a terceira corrente subjetivista:

[...] haveria identidade de pressupostos entre o *ato abusivo* e o *ato ilícito*. Para os adeptos desta última concepção, o titular de um direito subjetivo responderia pelos danos ocasionados a terceiros pelo exercício doloso ou culposo de seu direito. Dessa forma, o abuso do direito não diferiria do ato ilícito, devendo, pois, ser enquadrado dentro das hipóteses de responsabilidade civil extracontratual.

As três correntes subjetivistas foram fortes alvos de críticas, pois os requisitos ali previstos eram praticamente impossíveis de se provar na prática.

Epifanio J. L. Condorelli apud ABDO (2007, p. 38), afirma que o abuso do direito estaria mais próximo do ato emulativo, onde a marca principal é a intenção de prejudicar. Afirma que se adotados os parâmetros propostos pelos subjetivistas

“[...] o âmbito de aplicação da doutrina do abuso do direito restará sobremaneira reduzido pela necessidade de perquirir o chamado *animus nocendi*”. É a questão da presença do elemento subjetivo para a configuração do ato abusivo.

1.1.2.2. Teorias objetivistas ou finalistas

A denominação objetivista ou finalista se perfaz pelo fato de que os adeptos dessa teoria, não obstante a adotarem critérios variáveis, os quais se verificam a seguir, unem-se aos meios comuns da proibição do desvio de finalidade no exercício do direito. E, ainda, separam elemento subjetivo da caracterização do ato abusivo.

ABDO (2007, p. 39), mostra que os critérios diversos propostos pelos finalistas para apreciação do ato abusivo são independentes da vontade do agente: “[...] (a) desatendimento à destinação econômica ou social do direito; (b) ausência de motivos sérios ou legítimos para a prática do ato; (c) falta de utilidade ou interesse para o agente com a prática do ato; (d) exercício anormal ou irregular do direito etc”.

É de se notar o liame entre os critérios propostos, apesar de sua variedade, a proibição do desvio de finalidade no exercício do direito subjetivo.

O jurista Raymond Saleilles apud ABDDO (2007, p. 39-40), não só adepto aos critérios supra mencionado, como também, complementando de forma mais complexa a teoria objetivo-finalistas, desenvolveu o critério partindo da ligação dos elementos: “[...] (i) ausência de *interesse legítimo* ou *utilidade* para o titular do direito e (ii) uso *anormal* do direito. Esse uso anormal seria caracterizado pelo (iii) exercício contrário à *destinação econômico-social* da norma”.

Clóvis Beviláqua (1951, p. 457), afirma que de certa maneira o nosso Código Civil de 1916, em seu artigo 160, inciso I, teria sido influenciado pela orientação de Saleilles. E como se verá no subitem 3.1.4 infra, até hoje o atual Código Civil adota a teoria objetivo-finalista.

1.1.2.3. Teorias mistas ou ecléticas

A respeito das teorias mistas ou ecléticas, merece ênfase os ensinamentos de Louis Josserand, jurista francês que enfatizou grande estudo a respeito da teoria do abuso do direito.

JOSSERAND apud ABDO (2007, p. 40-41), vislumbra a conjuntura de critérios subjetivos e objetivos, e:

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

O autor bem explica o que vem a ser o chamado espírito de direito, pois para a sua identificação utiliza-se quatro critérios, reservados à análise do exercício abusivo dos direitos:

“[...] quatro critérios diversos, destinados à apreciação do exercício abusivo dos direitos: (i) intenção de prejudicar (critério intencional); (ii) culpa na execução (critério técnico); (iii) defeito de interesse legítimo (critério econômico); e (iv) desvio do direito da sua função social (critério social ou finalista). Entende que os três primeiros servem para iluminar algumas faces da teoria do abuso do direito, porém o quarto critério seria aquele que estaria em condições de revelar a teoria na sua forma mais harmoniosa e unitária”.

Assim, analisando a conduta do agente é possível chegar à conclusão de que tanto os meios empregados quanto as razões que o levaram à prática do ato é o próprio motivo legítimo (direito subjetivo), caracterizador do abuso.

Porém como a realidade prática é muito mais complexa em face ao ônus probandi, pois, por se tratar de direito subjetivo e ser de difícil possibilidade probatória, JOSSERAND apud ABDO (2007, p. 41), “[...] prefere a fórmula segundo a qual cabe ao interessado provar a existência (fato positivo) de um *motivo ilegítimo*, capaz de tornar o ato abusivo. Entre os motivos ilegítimos, destaca o conluio, a fraude, o dolo, a intenção de prejudicar e a má-fé”.

A respeito do critério objetivo, afirma o jurista que se fundaria apenas na interpretação uniforme da norma de acordo com os fins sociais e teleológicos,

proveniente da consciência coletiva. Contudo, afirma que “[...] como a lei não pode ser aplicada sem que se leve em conta seu espírito, ou assim como um rio não pode modificar o curso natural de suas águas, *os direitos não devem realizar-se contra a sua missão social e a despeito dela*”.

Conclui-se, portanto, que para o referido autor, na teoria do abuso do direito deve atentar-se ao espírito fomentado de diferentes direitos subjetivos, os quais se exercidos fora da sua missão social e dos seus objetivos visados caracterizar-se-á abuso.

1.1.3. O abuso do direito no ordenamento jurídico brasileiro

A vedação expressa ao abuso do direito só se materializou com a promulgação do novo Código Civil em 2003. Até então era visível o fato de que o legislador brasileiro não havia adotado a teoria do abuso do direito explicitamente.

A previsão sobre o abuso do direito no Código Civil de 1916 encontrava-se sob invólucro do Artigo 160, inciso I, a saber, “não constituem atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito reconhecido”. Invocava-se tal dispositivo a contrario sensu como regra geral para reprimir condutas atentatórias ao ordenamento jurídico brasileiro na época.

A teoria do abuso do direito encontrava-se respaldada interpretando o referido dispositivo contrariamente, a dizer, constituem atos ilícitos os atos praticados no exercício irregular de um direito reconhecido. Já dizia Jorge Americano (1923, p. 22) que os atos praticados, independentemente de causar dano a outrem, desde que previstos legalmente pela lei, não obriga a responsabilidade dos danos causados. Porém, todo ato praticado acobertado sem direito, ou que exceda os limites desse direito, causando dano a outrem, obrigar-se-á a sua reparação.

O artigo 100 do Código Civil de 1916 também era interpretado a contrario sensu apoiando a represália ao abuso do direito. “Artigo 100: Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor

reverencial.” Assim, a contrario sensu, interpretava-o: é considerada coação a ameaça do exercício anormal de um direito.

Clóvis Beviláqua, (1951, p. 457), afirmava que o referido artigo 160, I, correspondia à teoria elaborada por Saleilles, cuja afirmação era que, o exercício anormal do direito é abusivo. Exercício irregular e exercício anormal, quase que são sinônimas. Assim, para o jurista o exercício do direito quando praticado de forma desregrada e fora aos fins sociais e econômicos, era além de claramente reprovável pela consciência pública, abuso do exercício do direito.

Vale dizer, porém, que estes não foram os únicos dispositivos que fizeram menção tão somente a teoria do abuso. O artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro dispõe vestígios à teoria do abuso. Descreve o referido dispositivo: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, assim interpretando-o, pode-se dizer que o sujeito que pratica um ato sob amparo de um direito reconhecido, mas desviando das exigências do bem comum e dos fins sociais, este sujeito estará apto a sofrer intervenção do Poder Judiciário para realinhar seus atos. Destarte, aí está o abuso do direito.

Não obstante ao artigo supra mencionados, os artigos 1.530 e 1531 do Código Civil de 1916, condenavam de forma geral o abuso do direito, para comportamento anti-sociais.

Art. 1.530. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

Art. 1.531. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação.

O atual Código de Civil, Lei 10.406, de 11 de janeiro de 2002, ora em vigor, trouxe expressamente redação disciplinando o abuso do direito em seu artigo 187, a saber: “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”.

ABDO (2007, p. 46), em análise ao referido dispositivo, mostra a possibilidade de se extrair os critérios caracterizadores dos atos abusivos, quais sejam:

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

O referido dispositivo encontra-se inserido no Livro III (Dos Fatos Jurídicos), Título III (Dos Atos Ilícitos), o que mostra que o legislador dispensou a presença do dolo e da culpa para restar configurado o abuso.

Fernando Augusto Cunha de Sá (1973, p. 76), afirma que o legislador brasileiro adotou por base o dispositivo disciplinador do abuso português, o qual dispõe no Código Civil Português, no artigo 334, “Abuso do direito. É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

Porém, o legislador brasileiro não foi o único a tomar por base a legislação estrangeira, a que tudo indica na doutrina, o legislador português também tomou por base o dispositivo sobre o abuso do direito no Código Civil grego, a saber: “Art. 281. Todos são obrigados no exercício de seus direitos e no cumprimento de suas obrigações a respeitar as regras da boa-fé. O abuso do direito de um direito que cause prejuízo a terceiros não é protegido pela lei”.

Assim, é possível concluir-se que em matéria de abuso do direito, vários são os países que tentam regulamentar legalmente, apontando teorias e critérios caracterizadores dos atos abusivos. E, em comum, todos de forma geral impõem limites para o exercício do direito, objetivando atender o fim social e econômico normativo.

2. O ABUSO DO PROCESSO E SEUS ELEMENTOS ESTRUTURAIS

O abuso do processo ocorre dentro da relação jurídica processual. Esta relação jurídica é composta pelas partes, Estado na pessoa do Juiz e os intervenientes, os quais são os sujeitos dela.

Como se demonstrará a seguir, a relação jurídica é caracterizada por situações ou posições jurídicas tituladas pelos sujeitos processuais, consistentes em faculdades, ônus, poderes e deveres, todas sujeitas ao juiz.

2.1. Sujeitos da relação jurídica processual

O conceito dos sujeitos processuais se faz necessário, ainda que de forma sucinta. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2011, p. 318-321), apresentam os sujeitos da relação jurídica processual como “partes” o autor e réu, ou seja, os sujeitos parciais do processo, e o juiz sujeito imparcial no processo.

Das partes se dizem parcial no processo porque possuem interesse no resultado da causa, ao passo que o juiz é sujeito desinteressado, portanto imparcial. O juiz aqui não se refere ao juiz pessoa física, mas sim ao órgão jurisdicional pertencente ao Estado, pois, o juiz pessoa física é mero agente do Estado.

Os terceiros são, portanto, todos aqueles que não fazem parte da relação jurídica, ainda que legitimados para tanto.

O terceiro, sujeito estranho a relação processual, pode intervir no processo, em determinadas situações previstas em lei, e recebem a denominação de intervenientes. Desta forma, CINTRA; GRINOVER; e DINAMARCO (2011, p. 321), afirmam que no processo civil a intervenção se dá em quatro hipóteses, quais sejam:

“[...] a) pela *assistência*, que é o ingresso voluntário do terceiro com o objetivo de ajudar uma das partes; b) pela *oposição*, caracterizada com o ingresso voluntário visando a obter o bem que está sendo controvertido entre as partes originárias; c) pela *denúnciação da lide* ou pelo *chamamento*

ao processo, que são meios pelos quais uma das partes traz o terceiro ao processo com vista a obter uma sentença que o responsabilize; ou d) pela nomeação à autoria – ato com o qual o réu, dizendo-se parte ilegítima ad causam, indica ao autor a parte legítima”.

Assim, os sujeitos do abuso do processo são logicamente os sujeitos da relação jurídica processual.

TARUFFO apud ABDO (2007, p. 49), afirma que “todos os sujeitos que fazem parte da relação processual podem praticar atos excessivos ou fazerem mau uso de sua *liberdade e poder*. Assim, estes sujeitos são titulares do abuso processual”.

O órgão do Ministério Público e o Juiz representante do Estado na relação processual também podem agir de forma abusiva. O juiz dispõe de situações subjetivas processuais, que exerce conforme sua liberdade, ou melhor, discricionariedade, consistente em seu poder-dever.

Humberto Theodoro Júnior (2000, p. 127) afirma que “[...] o juiz pode cometer abusos processuais, dentre os quais os mais frequentes são a omissão e o retardamento de decidir”. Aqui o jurista cita o artigo 133 do Código Civil, à responsabilidade civil do magistrado.

No entanto, ressalva o jurista, que “[...] o sendo crônico o excesso de serviços do judiciário, diante da insuficiência numérica e organizacional, poucos são os juízes considerados individualmente culpados pela morosidade dos processos”.

Destarte, o juiz abusa do processo ao exercer situação subjetiva com o referido desvio de finalidade, por meio de ação ou omissão.

Outro dispositivo no Código de Processo Civil é o artigo 125 que em seu inciso IV, disciplina a competência do juiz na tentativa de conciliação das partes na lide. Desta feita, o juiz que tenta forçar os litigantes a celebração de um acordo, pressionando-os, finalisticamente a transacionar a lide, ainda que desfavoravelmente a uma das partes, comete abuso processual.

Oreste Netor de Souza Lapro apud ABDO (2007, p. 186), afirma que ainda há abuso por parte do magistrado, “[...] quando este formar convicção previamente e, a partir daí, desvirtuar o processo, especialmente no que diz respeito à instrução probatória e à aplicação do direito, simplesmente para refletir nos autos aquele resultado que preconcebeu”.

THEODORO JÚNIOR (2000, p. 99), completa mostrando que no artigo 198 do Código de Processo Civil, permite que qualquer das partes e o órgão do Ministério Público, possam “[...] representar ao Presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei”.

Afirma o jurista, contemplando a preocupação do legislador, que em sua longa experiência profissional, “[...] a norma moralizadora não tem passado de *letra morta*”.

ABDO (2007, p. 187), lembra e justifica que a escassez de jurisprudência em torno do abuso por parte do magistrado seja talvez a justificativa para tamanha opacidade. Porém, destaca a autora a existência de um acórdão onde o magistrado comete expressamente abuso processual:

[...] decisão proferida em recurso especial oriundo de mandado de segurança no qual o impetrante pretendia validar auto de infração lavrado em razão de supostas diferenças devidas em seu imposto de renda. O juiz monocrático, embora tenha consignado a existência de todos os pressupostos legais para a concessão da liminar, *deixou de analisá-los* e condicionou a própria *apreciação* de medida liminar ao prévio depósito da quantia discutida. No entender do STJ, essa conduta configurou *abuso* por parte do magistrado, praticado mediante ato *arbitrário*, com *desvio de finalidade*.

A ementa do referido acórdão tem o seguinte teor: “Tributário. Processo civil. Mandado de segurança. Pedido liminar para suspensão de crédito tributário. Exigência de depósito para apreciação do pedido. Ilegalidade. 1. Em princípio, o juiz não pode condicionar a concessão da liminar em mandado de segurança à prestação da quantia discutida. *Tal exigência se traduz em abuso e ilegalidade*. O impetrante tem sempre direito de ver apreciado seu pedido de liminar, independente de caução (LMS, art. 7º, II, c.c. o art. 15, VI, do CNT). Precedentes. 2. Recurso especial conhecido, mas improvido” (STJ, 2ª T., REsp 87.928-CE, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 17.03.1998, v.u., DJ 13.04.1998 – destacou-se).

Dentre essas e outras especialidades, a teoria do abuso do processo é aplicável não somente as partes, como também, ao órgão jurisdicional e ao órgão do Ministério Público. Porém, os maiores responsáveis do abuso processual são as partes. ABDO (2007, p. 50), afirma que a maioria dos estudiosos em face ao abuso do processo reconhece esse fato.

Explica a autora que a razão para esse fato se dá porque as partes no processo são verdadeiros “duelistas”, onde substituem as espadas pela polêmica dos argumentos. E completa o raciocínio (Op. cit., p. 51) afirmando que “trata-se, antes de tudo, de uma luta serrada que não é feita apenas de boas razões, mas principalmente de habilidades técnica para fazê-las valer”.

Para DINAMARCO (2009, p. 23), dizer que o processo é um duelo não há exagero algum, pois ao destacar primordialmente a atividade das partes, a elas cabe o uso das armas que o processo oferece para defesa de seus direitos e interesses. Destaca-se que em tempos de abuso processual, é justamente o uso dessas armas que pode caracterizar o abuso. Daí a prioridade do presente estudo ao abuso do processo pelas partes.

Por fim, para atuação abusiva dos advogados, deve-se seguir a mesma linha ao que foi dito em relação às partes, uma vez que os mesmos são seus procuradores, portanto, representantes.

2.2. Situações subjetivas processuais

Os sujeitos do processo são, portanto, os que ocupam as posições ou situações subjetivas, em face da própria condição de sujeitos processuais. Incidem em faculdades, ônus, poderes e deveres, todos dentro da relação processual.

O abuso do direito está sempre ligado ao exercício de um direito subjetivo, sendo, portanto a mesma lógica aplicada ao abuso do processo, lembrando que a teoria do abuso de direito é base para a teoria do abuso do processo, estando esta última, marcada pelo exercício de um direito subjetivo com desvio de finalidade.

ABDO (2007, p.52-58), demonstrando o surgimento das posições e situações jurídicas, cita a doutrina de James Goldschmidt, Francesco Carnelutti e Elio Fazzalari. Afirma a autora que o nascimento das posições e situações jurídicas subjetivas ocorreu quando a doutrina voltou os olhos dentro do processo, especificamente para os atos intrinsecamente praticados e para as relações existentes entre os sujeitos processuais, ao investigarem a natureza do processo.

CINTRA; DINAMARCO; e GRINOVER (2011, p. 304) afirmam que Oscar Von Bulow propôs a sistematização à idéia do processo como relação jurídica processual, em sua obra Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias em 1868. Como esclarece a doutrina:

[...] a idéia do processo como *relação jurídica* não pode ser atribuída a Bulow, pois ela já era intuída desde o direito romano, quando se afirmara que *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei* (Bulgaro). O mérito de Bulow foi, na verdade, a sistematização da matéria, a partir da afirmação definitiva da existência de *dois planos distintos* de relações: as de direito material que se discute no processo; e a de direito processual, que é o continente em que se coloca a discussão sobre aquela.

A partir da premissa negatória a essa teoria, Goldschmidt contribuindo valiosamente para o desenvolvimento da ciência processual, construiu a doutrina do processo como situação jurídica.

GOLDSCHMIDT apud ABDO (2007, p. 53-54), criticou fortemente a teoria de Bulow, pois para ele o conceito de relação jurídica por propor a existência de direito e obrigações, não seria aí matéria puramente processual e, portanto, seria inadequado à natureza do processo.

Para o doutrinador o processo deve ser visto como situação jurídica, pois o direito por meio do processo assume uma qualidade dinâmica, de maneira que as classes de direito privado não mais lhe seriam aplicáveis. Assim, onde havia direito há agora meras expectativas (expressão que o doutrinador utilizava para sintetizar todas as situações jurídicas “possibilidades, expectativas, perspectivas e ônus”) das partes em relação ao resultado final.

Assim, GOLDSCHMIDT apud CINTRA; DINAMARCO; e GRINOVER (2011, p. 304), afirmava que:

[...] Aquilo que, numa visão estática, era um direito subjetivo, agora se avilta em meras *possibilidades* (de praticar atos para que o direito seja reconhecido), *expectativas* (de obter esse reconhecimento), *perspectivas* (de uma sentença desfavorável) e *ônus* (encargos ou imperativos do próprio interesse, relativos a pratica de atos para evitar uma sentença desfavorável).

A teoria do processo como situação jurídica processual, sofreu muitas críticas, motivos pelos quais não se firmou. Dentre as principais críticas se expõe as citadas por ABDO (2007, p. 54), – e que mais se endereçam ao presente trabalho – são:

“(i) essa teoria ignora a posição e a função do órgão jurisdicional, uma vez que o juiz não é sujeito de qualquer situação jurídica (todas elas referem-se às partes); (ii) a situação jurídica, não é o processo, mas sim o seu objeto; (iii) o processo, ou as relações jurídicas que o compõem, não consistem em apenas *uma* situação jurídica, e sim em um *complexo* de situações jurídicas interligadas”.

Afirma a autora e em consonância com o que diz CINTRA; DINAMARCO; e GRINOVER (2011, p. 306), que embora todas as críticas recebidas por Goldschmidt, ficaram em sua doutrina uma grande relevância, especialmente no que diz respeito às noções de situação jurídica e ônus processual, onde para o doutrinador o juiz “pessoa física” não tinha qualquer tipo de obrigação com as partes.

No mesmo período Francesco Carnelutti trabalhava sob perspectiva diversa à teoria de Goldschmidt. O processualista italiano iniciava seus trabalhos acerca da natureza jurídica do processo. Tomou por base o conceito único de relação jurídica, afirmando que o direito em si é uma relação jurídica, sendo, portanto os mesmos dizeres ao processo.

CARNELUTTI apud ABDO (2007, p. 55), centrou sua tese no conceito de lide que para ele “[...] corresponde ao *conflito de interesses* qualificado pela pretensão de um dos interesses e pela resistência do outro. E afirma que a função do processo é precisamente a *justa composição da lide*”.

O processualista italiano constrói sua teoria dentro do sistema do conflito de interesses e da superioridade de um desses interesses em relação ao outro:

Os dois pólos da relação jurídica do direito privado (direito-dever ou direito-obrigação) traduzir-se-iam em dois tipos de situação: a *situação jurídica passiva*, consistente na *subordinação* de um interesse mediante um vínculo imposto à vontade do seu titular e a *situação jurídica ativa*, consistente na *prevalência* de um interesse mediante um *poder* atribuído à vontade do sujeito.

Assim, CARNELUTI via indistintamente as diversas classes de situações subjetivas processuais. Dentre os quais, direitos subjetivos, faculdades, poderes, deveres, ônus e sujeição. E conclui afirmando que a teoria da relação jurídica é inaplicável ao processo, até mesmo pela complexidade da relação jurídica processual tornando-se inadequado a sua unificação.

Por último, aparece a teoria do mais recente processualista italiano, Elio Fazzalari, conhecida como a teoria normativa do direito, onde visa o processo sob ponto de vista do procedimento.

A teoria normativa do direito trata-se do exame processual a partir de dois recursos, quais sejam o procedimento e o contraditório. Percebe o processo como complexo ou uma série única de atos prolongados no tempo.

Assim, FAZZALARI apud ABDO (2007, p. 58), afirma que o procedimento ordenaria a sequência lógica de diversas situações ou posições subjetivas unidas pelo laço de causa-consequência, pois ambas seriam primeiramente consequência e posteriormente pressuposto ao mesmo tempo, umas das outras, até chegar-se ao provimento final. Ademais a continuidade das situações subjetivas processuais seria adequadamente a circunstância que marcaria o desenvolvimento do procedimento.

Embora pelo que consta ser a teoria normativa do direito a de maior preferência entre os italianos, no Brasil a que mais se tem adesão é pela teoria da relação jurídica processual.

Salienta ABDO (2007, p. 58), que nenhuma das três teorias analisadas dispensa as noções de situação ou posição jurídica subjetiva. Assim, a conduta dos sujeitos processuais podem sempre ser vistas a luz de uma ou mais posições subjetivas, dentre faculdade, poderes, deveres e ônus, todos submissas ao órgão jurisdicional, independentemente da teoria adotada.

2.2.1. Direito subjetivo e situações subjetivas processuais como objeto do abuso

Pautado nas afirmações elencadas nos itens anteriores, pode-se afirmar que o abuso se caracteriza pelo exercício irregular de um direito subjetivo, ou seja, quando o direito é exercido de forma excedente aos limites legais.

O Direito positivo é um sistema organizacional de preceitos ou disposições destinados aos membros em convívio social, o qual visa à realização de suas finalidades comuns fundamentais. Assim, a sociedade é composta por pessoas que sempre se sujeitaram as regras jurídicas a elas impostas. Mas o que importa esclarecer é em que consiste a possibilidade dessas pessoas físicas e jurídicas de pretender ou de agir em face às regras jurídicas de um determinado Estado.

Miguel Reale (2009, p. 250), a respeito de direito subjetivo apresenta uma distinção entre *facultas agendi* e *norma agendi*, onde afirma que há delimitação objetivamente no campo social pelas regras jurídicas, dentro do qual para o sujeito da relação jurídica é *facultado* pretender ou fazer aquilo que lhe é atribuído pela norma.

Afirma o jurista que o mérito de *facultas agendi* e *norma agendi* se faz por apresentar o direito subjetivo e o objetivo como complemento um do outro. E explica que faculdade não é sinônimo de direito subjetivo, mas indica as modalidades de seu exercício. Nos dizeres do jurista “[...] Faculdade, em sentido estrito, é, pois, uma forma de exercício do direito subjetivo.”

Várias teorias surgiram a respeito do direito subjetivo, dentre as quais merecem destaque a dos juristas Windscheid, Ihering e Jellinek.

WINDSCHEID apud REALE (2009, p. 251), utilizando da noção de *facultas agendi* afirmava que o direito subjetivo exprime uma vontade do agente, sendo empiricamente uma faculdade psicológica do mesmo. Assim dizia “[...] o homem sabe, quer e age. Enquanto o homem quer e age, ele se situa variavelmente no âmbito de regras de direito. Direito subjetivo, portanto, é um *poder ou domínio de vontade conferido pelo direito objetivo.*”

REALE (2009, p.252), contrapondo a idéia do jurista Windscheid, explica que vontade é mera aplicação do próprio direito subjetivo, pois, para ele o direito existe e continua existindo apesar da vontade do titular ou contra essa mesma vontade. Exemplifica o jurista na idéia do credor de um título que deste se disponha a cobrá-lo por razões quaisquer, embora esteja amparado pelo Direito positivo em ação para efetivar o seu direito. Aqui, portanto, na carência de vontade do credor não implica a extinção do direito subjetivo, pois o mesmo continua sendo o titular de um direito subjetivo.

Assim, observa REALE que o próprio Windscheid reconhecendo as várias críticas relacionadas ao parágrafo anterior, esclareceu que na sua acepção jurídica a palavra vontade não representaria estritamente o sentido psíquico, mas apenas em sentido lógico, como poder jurídico de requer, ou seja, como vontade normativa.

Posteriormente surgiu a teoria de Ihering, onde defendia a idéia de direito subjetivo no campo do interesse lato sensu, abrangendo tanto as coisas materiais quanto as intelectuais.

IHERING apud REALE (2009, p. 253), afirmava que:

[...] em toda relação jurídica existe uma forma protetora, uma casca de revestimento e um núcleo protegido. A capa, que reveste o núcleo, é representada pela norma jurídica, ou melhor, pela proteção à ação, o que quer dizer, por aqueles remédios jurídicos que o Estado confere a todos para a defesa do que lhes é próprio. O núcleo é representado por algo que interessa ao indivíduo.

Assim, Ihering definia direito subjetivo como “[...] o *interesse juridicamente protegido*”.

Porém, para teoria de Ihering também surgiu várias críticas. REALE (2009, p. 254), em um primeiro plano comenta sobre a amplitude e generalidade da palavra “interesse”, e em segundo plano afirma que, nem tudo que interessa pode ser considerado um direito subjetivo. Assim o diz:

[...] Interessa, sem dúvida, a paisagem, como uma expressão de beleza, tanto assim que até mesmo as Constituições protegem certos panoramas, estabelecendo regras de polícia para preservá-los. Eis um interesse protegido, um interesse estético. Onde está, porém, o direito subjetivo? Há mil manifestações de interesse que o Estado ampara e garante, sem que com isto se atribua a quem quer que seja um direito subjetivo, ou uma pretensão. Por outro lado, há casos em que não há, por parte do titular de um direito, nenhum interesse em ver seu interesse protegido, o que nos levaria ao paradoxo de um direito subjetivo como expressão do “desinteresse”.

Dentre a contraposição dessas duas correntes surgiu uma terceira corrente, com a finalidade de conciliar esses dois grupos. É a teoria eclética de Georg Jellinek.

JELLINEK apud REALE (2009, p. 255), achava que havia mera rivalidade entre a teoria do interesse e o da vontade, porém, para ele uma abarcava a outra, sendo tanto a vontade quanto o interesse, analisadas individualmente, insuficiente para definir o que vem a ser direito subjetivo. Para ele o conceito de direito subjetivo envolveria os dois institutos, motivo pelo qual dizia: “[...] direito subjetivo é o interesse protegido que dá a alguém a possibilidade de agir. *É, portanto, um interesse protegido mediante o reconhecimento da vontade individual*”.

REALE (2009, p. 255), afirma que a teoria eclética foi a que mais se popularizou devido sua engenhosidade e cunho pragmático, típico do gosto dos juristas práticos.

ABDO (2007, p. 35), combinando o conceito dos três juristas mencionados anteriormente, definiu direito subjetivo como “[...] a faculdade ou poder conferido ao indivíduo pela norma de direito positivo, a qual reconhece a prevalência de um interesse juridicamente protegido”.

Assim, é de se concluir que o direito subjetivo é o verdadeiro escopo do abuso do direito.

A relação jurídica processual é marcada por sua complexidade. CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER (2011, p. 306), afirmam que a relação jurídica é complexa porque apresenta não apenas uma situação jurídica, mas sim um complexo de posições e situações no processo.

Assim, LIEBMAN apud ABDO (2007, p. 59), diz que “[...] a complexidade e a grande particularidade da relação jurídica processual residem no fato de que ela é composta dessas diversas posições ou situações jurídicas subjetivas”.

Os elementos configuradores da situação jurídica subjetiva são o sujeito e a sua conduta. Destarte, o eixo central da situação subjetiva é o sujeito, pois a sua atuação é a que importa no processo.

Franco Cordero apud ABDO (2007, p. 61), afirma ser natural a referência à conduta, ao comportamento, ou, ao ato do sujeito, pois para ele “[...] a situação subjetiva diz respeito a uma determinada *conduta* abstrata, ou, a um *comportamento* hipotético previsto em lei e atribuído a um sujeito”.

Portanto, conclui-se que a situação subjetiva não é o direito subjetivo ou o direito objetivo, e sim a posição do sujeito em face dessas duas. E essa posição é o que marca a principal diferença entre situação subjetiva e o direito subjetivo.

REALE (2009, p. 260-263), afirma que situação subjetiva é a qualidade de ser, pretender ou fazer algo, nos limites concebidos pelas regras de direito. Assim, o direito subjetivo só passa a existir a partir do momento que a situação subjetiva representar uma pretensão, ligada à exigência de uma prestação ou de um ato de outrem.

Assim, é importante a amplitude do conceito de direito subjetivo frente à situação subjetiva, pois, a situação subjetiva por vezes amolda-se ao direito subjetivo.

Não menos importante é a situação subjetiva frente à configuração da legitimidade dos sujeitos do processo, haja vista a possibilidade de ser ela ativa ou passiva ou até mesmo a legitimidade para praticar os diversos atos do processo.

CARNELUTTI apud ABDO (2007, p. 63), “[...] sustenta que a legitimação consiste na coincidência entre o sujeito da relação jurídica (titular de uma situação jurídica) e o sujeito que pratica o ato”.

Exemplifica o doutrinador:

Somente o sujeito *passivo* e somente ele será titular do *poder* de propor demanda reconvençional(CPC,art.315). Em outras palavras, apenas o sujeito passivo da demanda é *legitimado* a reconvir, pois é o único que reúne as condições necessárias para tanto, vale dizer, encontra-se em uma *situação subjetiva* que lhe permite praticar aquele *ato* específico.

Destarte, apenas o sujeito legitimamente titular de uma posição subjetiva é quem pode abusar. Assim, como só é admissível o abuso do direito ao titular de um direito subjetivo, o abuso do processo só é admissível quando o sujeito é titular de uma situação processual (poder, dever, faculdade ou ônus). Caso contrário, não se estaria diante do abuso processual, e sim do ato ilícito.

Nesse mesmo sentido TARUFFO apud ABDO (2007, p. 64), primeiramente exemplifica na possibilidade de um terceiro estranho a relação processual praticar algum ato processual, cujo é ilegítimo, estaria, portanto diante de um ato ilícito e não abusivo.

Para o doutrinador outro exemplo seria o da sentença proferida por quem não é juiz. Tal ato, não representaria um abuso cometido pelo terceiro, mas sim algo inócuo, inexistente para o mundo jurídico.

De todo o exposto é possível concluir que: (i) a situação subjetiva processual é o verdadeiro objeto do abuso; (ii) a manifestação dessa situação subjetiva se faz por meio da conduta, ou melhor dos atos dos sujeitos processuais; (iii) o exercício irregular do direito ou da situação subjetiva, com aparência de legalidade é o que caracteriza o abuso do processo.

2.2.2. Relatividade dos direitos subjetivos

Relativizar os direitos subjetivos significa dizer que não se pode exercê-los de maneira absoluta. É dever dos sujeitos da relação processual exercê-los conforme os fins perseguidos pelo ordenamento jurídico e os limites legais por ele impostos. Limites estes, pautados em princípios e normas jurídicas, os quais apontam um estado ideal de coisas a ser perseguido e alcançado, mas sem descrever uma conduta para alcançá-los.

Como ensina Lúcio Flávio de Vasconcelos Naves (1999, p. 23), “[...] a Teoria do Abuso deve se fundar na Relatividade de todos os direitos”.

A explicação para tanto se dá na medida em que o absolutismo torna o direito imutável, impossibilitando sua justa aplicação. Consoante aos ensinamentos de Pontes de Miranda (1997, p. 353):

Os exercícios dos direitos topam uns nos outros. Cruzam-se. Modestam-se. Têm crises de lutas e de hostilidades. Exercendo o meu direito, posso lesar a outro, ainda se não saio do meu direito, isto é, da linha imaginária que é o meu direito. A regra *nemo iniuria facit qui iure suo utitur* traduziu bem o que pensam os que vêem nos direitos um absoluto. Há limites aos direitos e há abusos sem transpassar limites.

No mesmo sentido, Rui Stoco (2002, p. 58) defende que a teoria do abuso do direito traz a idéia da relatividade e limitação, apoiada no princípio da convivência, onde se torna conciliar a utilização do direito, respeitando, contudo a esfera jurídica alheia, impondo-lhe um limite. Afirma que, por conseqüência se constrói um silogismo com premissas presumidas, concluindo que o direito é uma faculdade e está contido no direito subjetivo.

Desta forma, o ato abusivo se camufla na chamada aparência de legalidade, pois seu exercício irregular revela-se a partir do momento em que o agente desvia da finalidade prevista pelo ordenamento jurídico. Ou seja, há aqui uma conduta excessiva por parte do agente com o fim de prejudicar a outrem ou se valer de interesse próprio.

3. DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE, LEGALIDADE, CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O direito processual constitucional é a metodologia de se examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição. Assim, analisar-se-ão a seguir as garantias processuais constitucionais da liberdade (art. 5º, caput, da CF), legalidade (art. 5º, II), contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV).

3.1. Da legalidade e da liberdade no processo

O nosso sistema constitucional não contempla norma eminentemente específica sobre a liberdade das partes no processo, todavia esta é a projeção da própria garantia geral de liberdade, esculpida no art. 5º, caput, da CF. Aliás, o pleno exercício das garantias do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa, é senão a própria liberdade que as partes têm de atuar conforme suas próprias estratégias e escolhas, respeitados os limites disciplinados pela lei e a própria constituição. Não se ovildando que toda esta liberdade se relaciona com o devido processo legal (art. 5º, LIV) e a legalidade (art. 5º, II).

Assim sendo, o teor dessa liberdade, como ensina Dinamarco (2004, p.226), “[...] é representado pelo conjunto de *faculdades* de que as partes dispõem ao longo do processo, qualquer que seja a espécie deste ou o tipo de procedimento”. Ora, a liberdade das partes no processo é desfrutar das disposições alcançadas por elas na forma que a lei as dispõe. O credor que detém de prova escrita, por exemplo, que não tenha a mesma eficácia de título de crédito, tem a liberdade de escolher em demandar pela via ordinária (processo de conhecimento) ou pela via especial (monitória). A competência para julgamento das causas cujo valor não exceder quarenta salários mínimos é tanto dos Juizados Especiais quanto dos juízos comuns. É, portanto, a faculdade que a parte tem de demandar como bem entender e lhe for conveniente.

Contudo, como não deveria deixar de ser, todo ônus da liberdade que as partes detêm, vêm acompanhados dos deveres legais, que são imperativos de conduta, exigidos ao longo do processo, quais seja dever de lealdade (art. 14, II do CPC), dever de dar cumprimentos às ordens de uma sentença em fazer ou não fazer (art. 461), dever de comparecer ao juiz quando solicitado, dentre outros.

Como se pode constatar a liberdade dos sujeitos processuais não é absoluta, mas sim relativa, pois os mesmos estarão sujeitos às consequências desfavoráveis precedentes das escolhas que fizerem.

Dinamarco (2004, p.229) é claro em seus ensinamentos:

[...] A racionalidade e funcionalidade do princípio liberal no processo expressa-se no equilíbrio entre normas que concedem faculdades e outras que as restringem, relativizando o conceito de liberdade processual. Faculdade é a *liberdade de conduta e de exercício dos direitos segundo escolhas próprias e o interesse de cada um*. Mas no próprio regime político da democracia, do qual o sistema processual é uma reprodução a menor, é natural que a liberdade encontre limites ditados pelo interesse público e existência de outras liberdades a preservar.

Com excelência o doutrinador explica as diferentes construções inerentes ao sistema, findas a promover o equilíbrio da liberdade entre os litigantes, bem como a compatibilidade dos mesmos com o interesse público de se exercer a jurisdição corretamente, com segurança para todos.

Assim, nas situações jurídicas, quando se verifica que os litigantes fazem mau uso no exercício dessa liberdade relativa, estar-se-ia diante do tão mencionado desvio de finalidade, elemento caracterizador da conduta abusiva.

Nota-se que o emprego das garantias da liberdade e da legalidade, comina ao ato processual a famosa aparência de licitude ou legalidade, atributos inerentes ao abuso. O sujeito processual acolhido pela legalidade, ou melhor, a aparência de legalidade, tem a possibilidade de utilizar livremente (de forma não vinculada) das diversas situações subjetivas processuais que o ordenamento jurídico lhe dispõe.

Então, pode-se dizer que a possibilidade de praticar ou não determinado ato, como, por exemplo, não arrolar testemunhas ao processo, geraria apenas uma situação de desvantagem, diante o ônus probandi do autor, afinal este pode muito bem deixar utilizar de meios de prova de que não achar essencial aos fatos constitutivos de seu direito. Nessa hipótese, não há de se falar em abuso (que

nunca existiu), mas poderá o magistrado julgar improcedente a demanda se as provas acostadas aos autos não forem suficientes para seu convencimento de que realmente detinha direito o autor.

Portanto, a parte que deixa de cumprir livremente os atos processuais inerentes a lide, ficará sujeita às consequências advindas da sua omissão, não podendo se falar aqui em ilícito ou ato abusivo no processo.

Ainda no que tange à liberdade de escolha dos sujeitos no processo, haverá abuso sempre que os atos das partes estiverem ligados às finalidades estranhas, e ocorrer o referido desvio de finalidade. Pode-se dizer que se caracterizará o abuso quando o sujeito optar em utilizar os meios ou instrumentos processuais para alcançar outros fins, que não àqueles que são normalmente utilizados. É o caso da interposição de recursos finalisticamente protelatórios.

Nas palavras de TARUFFO apud ABDO (2007, p.81):

“[...] as possibilidades de *exercício irregular* ou *exercício abusivo* dos mecanismos processuais aumentam quando o sujeito dispõe de maior e mais ampla liberdade, isto é, quando pode optar por diversos caminhos em vez de ter de escolher entre praticar ou não o ato (exemplos: provar determinado fato utilizando tal ou qual meio de prova, promover a execução por tal ou qual meio, etc.)”.

Diante de tais possibilidades é que o ordenamento jurídico limita e regular tamanha liberdade. É o caso, por exemplo, em que a lei veda a prova exclusivamente testemunhal nos contratos (art. 227, CC), e ainda quando determina que a execução tenha de ser efetuada de maneira menos gravosa ao devedor (art. 620, CPC).

Assim, é legítimo dizer que o abuso dos meios processuais está intimamente ligado à conduta subjetiva (exercício irregular) dos litigantes na escolha dos fins que se pretende alcançar do que a modalidade propriamente dita com as quais o acompanhará.

3.2. Do contraditório e da ampla defesa

A garantia constitucional do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV da CF), expressão comumente encontrada na doutrina como “*audiatur et altera pars*”, traduzida em “ouça-se também a outra parte”, foi imposta pela Constituição para todo e qualquer processo judicial ou não. Isso significa que a lei deve estabelecer os meios imprescindíveis aos litigantes para participação no processo.

Vicente Greco Filho (1996, p.90), de forma dinâmica resumiu bem o princípio do contraditório:

O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável.

Pode-se verificar que o princípio do contraditório é o verdadeiro norte da função jurisdicional, conforme ensina Baptista da Silva (2000, p. 70). Tanto é que a Constituição claramente expressou o seu texto normativo além dos limites do âmbito processual civil. Destarte, o princípio alcança não somente a esfera judicial como também as vias administrativas.

Nesse sentido, entra o Princípio da Ampla Defesa, revelando à liberdade essencial das partes (no âmbito do Estado Democrático) em defender seus interesses, e para isto, dispor de todos os meios processuais legais, para alegar fatos e propor provas. Assim, fica clara e evidente a relação entre a Ampla Defesa e o Contraditório, e por isso o legislador com excelência os incorporou em um único dispositivo (art. 5º, LV da CF). A Ampla Defesa permite que os litigantes exerçam, sem qualquer restrição, seu direito de defesa. É claro que esse “sem restrição” se esbarra nos limites do exercício regular do direito.

E é justamente neste sentido que se destina o presente tópico, em mostrar os limites à aplicação da teoria do abuso face ao contraditório e a ampla defesa.

Alguns limites se estabelecem na aplicação da teoria do abuso no processo, pois como ensina TARUFFO apud ABDO (2007, p. 168), “[...] o exercício

das situações jurídicas não é mera atividade neutra e técnica, mas encontra-se protegido por garantias constitucionais como as do acesso a justiça, da ampla defesa e do contraditório”.

Assim, é importante diferenciar as hipóteses em que a parte está se valendo das garantias acima delineadas, ou se está empregando no processo ou instrumento utilizado determinada forma distorcida com desvio de finalidade.

Dinamarco (2004, p. 266), diz que “essas garantias constitucionais, não podem ser arguidas como motivo à má-fé e à deslealdade”. Afirma o doutrinador que impor certos limites a essas garantias, não seria, portanto, o mesmo que contradizê-las. Tanto é que a própria Constituição e o sistema processual trazem limitações naturais, visando adequar o processo à realidade e ao contexto social no qual faz parte.

Assim, Abdo (2007, p. 168), cita como exemplo “[...] os prazos prescricionais, as condições da ação, as regras sobre competências e os pressupostos processuais”, como “*limites legítimos*” que coadunam o ótimo funcionamento do sistema, sem, portanto, conflitarem com as garantias constitucionais do acesso a justiça, contraditório e da ampla defesa.

Afirma a autora que “nesse mesmo contexto é que se pode conviver com a teoria do abuso, as garantias constitucionais e inclusive com outros direitos fundamentais sem se falar em incompatibilidade”.

Ora, o processo civil visa garantir não só o pleno acesso à justiça como também a razoável duração do processo (pela inafastabilidade do controle jurisdicional), assim resta claro que o abuso no exercício das situações subjetivas (poder, dever, faculdade e ônus) contempladas por ambos os princípios é que são repudiados pela ordem jurídica.

Porém, Dinamarco (2004, vl.2, p. 266), alerta sobre a existência do perigo em se prestigiar a teoria do abuso do processo e leva-la ao extremo, a ponto de danificar privilégios asseguradas constitucionalmente. Segundo o doutrinador “[...] um sistema radical de sanções acabaria produzindo efeito inverso ao desejado, pois inibiria o litigante bem intencionado e o exporia aos expedientes abusivos do malicioso”.

Por estes motivos e casos alhures é que TARUFFO apud ABDO (2007, p. 170), diz que “[...] quando o conflito for *direito*, ou seja, o julgador tiver de

escolher, inexoravelmente, por aplicar um garantia constitucional ou considerar a conduta abusiva, deve-se privilegiar sempre a primeira opção”. Para o Taruffo, as garantias constitucionais se sobrepõem a repressão ao abuso.

Assim, o julgador deve atentar-se no caso concreto na conduta subjetiva do agente, de forma a respeitar as garantias constitucionais aduzidas ao mesmo, senão estaria diante de autoritarismo onde se aplica penas de forma maquinal, sem qualquer sensatez.

4. MECANISMOS PARA IDENTIFICAR O ABUSO DO PROCESSO

O uso irregular e incorreto das situações subjetivas (poderes, deveres, faculdades e ônus) são os principais pontos configuradores do abuso do processo quando exercidos pelos sujeitos processuais. A garantia constitucional da liberdade pode corroborar para o abuso do processo quando exercida fora dos limites legais imposta a própria conduta do agente. Assim, se instala o grande obstáculo a perfeita efetivação da instrumentalidade e dos propósitos do processo.

Agora se demonstrará em que incide a irregularidade que infamam o ato processual e o torna abusivo.

4.1. Do desvio de finalidade e outros

Pouco se houve falar até hoje em abuso do processo. A doutrina muitas vezes é omissa ao tema, porém como se observa no presente trabalho, poucos doutrinadores que se arriscam a falar sobre, sempre se encaminham relacionando o abuso do processo às situações subjetivas, ou seja, o agente no exercício de seu direito (faculdades, poderes, deveres e ônus), age lícitamente, porém no gozo dessa prerrogativa, age de forma anormal, operando-se o desvio de finalidade.

O desvio de finalidade ora mencionado é o principal critério para se caracterizar o abuso processual. Assim, é extremamente importante separar o ato propriamente abusivo da simples violação de uma regra processual. Ora, a simples violação de uma regra processual não pode ser caracterizada abuso, pois se justifica na possibilidade da parte ter incorrido em erro que se sujeitará à penalização, ou melhor, às consequências próprias pela desídia daquele ato.

É importante observar qual o momento que o ato deixa sua normalidade e passa a ser anômalo em decorrência do comportamento da parte, podendo ser considerado degenerativo. ABDO (2007, p. 88), mostra a título meramente exemplificativo na possibilidade do “[...] representante do Ministério

Público que ajuíza ação civil pública fora das hipóteses para as quais a lei o legitima, apenas com o intuito de promoção pessoal”.

Pelo que se percebe, para que se possa falar em abuso do processo é inerente à existência do desvio de finalidade, e para isso o processo deve conter algo a mais.

A doutrina expressa grande variação à denominação desvio de finalidade. Porém, cabe mencionar que essa variação é menos importante ao fim destinado deste trabalho. Assim, se faz necessária demonstrá-las para verificar que se trata de meras espécies terminológicas. ABDO (2007, p. 89), mostra que o referido desvio de finalidade na concepção de alguns doutrinadores seria o mesmo que:

[...] (i) utilização do processo para *fins* muito além da *causa petendi* (Paolo Boer); (ii) desvio do processo de sua *destinação normal* (José Olimpio Castro Filho); (iii) agir ou resistir em juízo com fundamento em *finalidades impróprias* ou (iv) utilização da *máquina judiciária* para *fins estranhos* à finalidade do processo (Angelo Dondi); (v) *divergências* entre *meios* utilizados e *fins* a estes intrínsecos (Giuseppe De Stefano); e (vi) direitos exercidos de modo *disfuncional* e (iii) *distorção* no emprego do processo e dos instrumentos processuais (Eduardo Oteiza).

O desvio de finalidade como critério para o ato processual abusivo, vai contra o escopo institucional processual, qual seja, a atuação do direito e manutenção da paz.

O processualista alemão Adolf Schonke apud ABDO (2007, p. 90), também aderente ao desvio de finalidade como característica do abuso, afirma que o “[...] o escopo perseguido com a prática do ato processual deve ser igualmente suscetível de tutela e, para tanto, deve coincidir com o escopo institucional do processo”.

Para o processualista, cada ato do processo merece a tutela jurídica. Desta forma, o ato que enalça um escopo estranho ao processo, caracterizar-se-ia, nesse caso, em abuso de instituição.

O processo abusivo pauta-se justamente na utilização do processo com fins diversos daqueles para o qual é preordenado, ou de forma a atingir escopos anormais. Assim, o anteriormente dito algo a mais se reflete na situação subjetiva processual, como, por exemplo, o credor que não tem recebido seu crédito por motivos alhures, utiliza-se o pedido de falência como meio de cobrança, por via

executiva, finalisticamente para saldar seu crédito. Aqui há caracterizado o abuso do processo.

A desigualdade que existe entre meios (situação subjetiva) utilizados pelo sujeito e os fins (escopo processual) por ele realmente desejados é o que habita a anormalidade tão mencionada pela doutrina. Nas palavras de ABDO (2007, p. 91), “[...] o desvio existe em relação aos *fins previstos* pelo sistema para determinados meios e os *fins efetivamente pretendidos* pelo agente com a prática do ato, no *livre exercício das situações subjetivas* de que é titular”.

É importante dizer, portanto, que se abusa do processo pelo desvio dos meios ou instrumentos processuais que se escolhe, embora a nomenclatura se denomine desvio à finalidade.

Além do exercício de uma situação subjetiva com desvio de finalidade e a aparência de legalidade, é de se questionar se esses dois são os únicos requisitos ou critérios classificadores do abuso processual. Desta forma se demonstrará que ambos não são os únicos elementos característicos do abuso processual. Ademais, é de se notar que o desvio de finalidade é um tanto complexo e rigoroso caracterizador do ato processual abusivo.

Os critérios complementares do abuso processual propostos por Abdo (2007, p. 94), são: “[...] *a falta de seriedade do ato, a ilicitude e ilegitimidade do escopo visado pelo agente e a lesividade causada à administração da Justiça*”.

Para a autora a falta de seriedade está intimamente ligada a outros elementos, sendo, portanto, necessária à análise do fato concreto pelo magistrado em identificar se há na demanda “[...] evidente erro quanto ao direito, impossibilidade do pedido, irrelevância da controvérsia em relação às consequências almejadas e a inverossimilhança dos fatos em às máximas de experiências e notoriedade” (2007, p. 95).

Não menos importante, são a ilicitude e ilegitimidade também como à identificação do abuso processual. Importante saber que não se trata aqui de ato ilícito, mas sim de ilicitude ou ilegitimidade da intenção que se visa a alcançar com o ato. Ora, o abuso do processo comporta o desvio de finalidade como elemento principal, e, o fim perseguido pelo demandante é senão, na sua maioria, sempre ilícito. Essa ilicitude, portanto, deve ser entendida em uma visão nuclear, pois o fim que o agente almeja é fora dos ditames predispostos pela legislação, ou melhor, nas

palavras de ABDO (2007, p. 96), “[...] tal fim é incompatível com os interesses que a lei pretende tutelar”.

Além desses dois elementos, lembra a doutrina à conexão entre o abuso do processo e o mau funcionamento da administração da justiça.

Para Francesco Cordopatri apud ABDO (2007, p. 97), o abuso do processo não pode se construído sob o aspecto de cunho moral, ético ou religioso. Sendo assim, o processualista prevê dois critérios para individualização do ato abusivo, quais sejam “[...] o desvio de finalidade e o encontro com a *exigência de efetividade da administração da justiça*”. Explica o processualista que um ato meramente protelatório pode ser considerado abusivo sob dois aspectos: “[...] (i) porque tende a vulnerar a eficiência da administração da justiça e (ii) porque contém em si um desvio de escopo”.

Outros autores também fazem menção a lesividade causada à administração da justiça pelo abuso do processo. TARUFFO apud ABDO (2007, p. 98), afirma que “[...] os casos de abuso do processo contribuem sensivelmente ao mau funcionamento da administração da justiça”. Por sua vez, o escopo do sistema processual civil se abala com a prática abusiva comprometendo, portanto, à dignidade da justiça.

Como se observa, os três últimos critérios acima propostos são na verdade úteis para a individualização do abuso processual. Porém, o maior e essencial critério à identificação do abuso do processo é sem dúvida o desvio de finalidade.

Importante é a combinação do desvio de finalidade com os demais critérios propostos, não se olvidando de que o ato abusivo é possível de se identificar caso a caso mediante análise da situação do caso concreto.

4.2. Ato abusivo e ato ilícito

O ato ilícito é o ato que é praticado *contra legem*, ou seja, é o ato que viola frontalmente a lei. Para JOSSERAND apud ABDO (2007, p. 104), o ato ilícito “[...] *não pressupõe* a existência de qualquer direito do agente”.

Contrariamente, o ato abusivo alude à existência de um direito subjetivo e/ou situação subjetiva, porém exercidos de maneira anômala, com desvio de finalidade.

É de se constatar que o ato ilícito e o ato abusivo não se subsistem em mesma espécie, pois a irregularidade existente no ato abusivo persiste no exercício do direito ou situação subjetiva, enquanto que no ato ilícito o ato por si só é contrário ao que prescreve a lei. O ato abusivo sempre está acompanhado da mencionada aparência de legalidade, o que não ocorre com o ato ilícito.

Conforme os ensinamentos de Theodoro Jr. (2000, 111):

O ato que ofende frontalmente a lei não tem sequer a aparência de legalidade. É incapaz de produzir efeitos porque atrita frontalmente com a vontade legal. O agente, de forma alguma, teria legitimidade para praticá-lo. Já o ato abusivo se prende a uma faculdade legal que, em princípio, o agente detinha. O vício reside na forma com que o titular da faculdade a utilizou, desviando-a de sua normal objetividade.

Embora o ato ilícito e o ato abusivo se diferenciam para ambos subsiste a responsabilidade civil processual. Nas lições de Baptista Martins (1997, p. 241), “[...] o fato de o abuso ocorrer durante o *exercício* de um direito ou de uma situação subjetiva não o torna imune a sanções, inclusive pecuniárias”.

A importância na diferenciação de ato ilícito e ato abusivo recaem na questão de ordem prática. Com bem assinala JOSSERAND apud ABDO (2007, p. 105):

[...] a teoria do ilícito é uma teoria pré-constituída e estanque, na medida em que os limites objetivos de um determinado direito são precisos e a sua violação acarreta *diretamente* a responsabilidade. Não há, portanto, a necessidade de maiores investigações para além do elemento subjetivo e do nexo de causalidade. Trata-se, logo, de ato *intrinsecamente* incorreto.

O autor imprime à luz da teoria do ilícito a responsabilidade do agente quando simplesmente desrespeitar ou violar os limites objetivos impostos pela lei. Assim, a distinção ora mencionada, para JOSSERAND apud ABDO (2007, p. 106), acarreta outras distinções de ordem prática:

[...] quando se tratar de mero *ato ilícito* o ônus da prova recai apenas sobre o dano e sobre o nexo de causalidade. Muitas vezes dispensa-se até mesmo a prova da culpa ou do dolo, como nos casos de responsabilidade objetiva.

Já na presença de um *ato abusivo* o ônus da prova recai sobre outros elementos, diversos da mera transposição dos limites do direito ou da situação subjetiva abusados. Assim, incumbe à vítima de abuso provar, no mínimo, o *desvio de finalidade* com que foi realizado o ato, além de possíveis outros fatores reveláveis apenas à luz do caso concreto.

Como dito a diferenciação de ato abusivo e ato ilícito é questão meramente de ordem prática e não teórica. Um exemplo clássico proposto pela doutrina é o caso do proprietário que não ultrapassa os limites do seu terreno, mas planta árvores altíssimas com intuito de obstar a bela vista panorâmica que seu vizinho goza. Neste caso é evidente o abuso de direito e não ato ilícito, e caberia ao vizinho provar que o simples fato de plantar árvores altas, ocorrera com desvio de finalidade, o dano efetivamente causado, quiçá em alguns casos a intenção do agente.

Nesse mesmo sentido Theodoro Jr. (2000, p. 111), afirma que “[...] o abuso de direito, embora seja por seu fim um ilícito, não se confunde com o ato simplesmente violador da lei”.

Pelo exposto, conclui-se que tanto no processo quanto na teoria geral do direito, o ato ilícito e o ato abusivo se diferenciam fundamentalmente, aja vista que o ato ilícito, como dito, contraria frontalmente a lei, enquanto que o ato abusivo sempre vem acompanhado da aparência da legalidade, do desvio de finalidade e da preexistência de uma situação subjetiva processual de titularidade do agente.

4.3. Da responsabilidade processual

O Código de Processo Civil adotou a teoria do abuso de direito e cuidou da responsabilidade processual no capítulo II, seção II. Assim, dispõe o artigo 16: “Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente”.

O texto de lei disposto no artigo 16 deve ser analisado sob o aspecto de quem se inseriu ou se insira na relação jurídica, ou suscite outra, no mesmo processo, ou acessoriamente, ou incidentemente.

Consoante aos ensinamentos de Pontes de Miranda (1997, p. 366):

No art. 16 só se refere ao autor, ao réu, ou ao interveniente. Então tem-se, após autor e réu, o assistente, porque esse também pode agir de má-fé, principalmente se equiparado a litisconsorte (art. 54). Quanto aos intervenientes, temos de pensar na má-fé de quem nomeou à autoria (artigos 62-69), de quem litisdenunciou (arts. 70-76), de quem chamou alguém ao processo (arts. 77-80) e de quem oferece oposição (arts. 56-61), mas, aqui, o oponente é o autor de ação e como tal responde por perdas e danos, se pleiteou de má-fé. O art. 17 é sempre invocável.

A litigância de má-fé é espécie do abuso processual (v. item 5.6), que por sua vez, consistiria na violação do dever de lealdade, probidade, etc. Essa violação, nas lições de CORDOPATRI apud ABDO (2007, p. 113), seria “[...] o fundamento *subjetivo* para a condenação nas despesas processuais, verdadeiras sanções do abuso”.

Não se pretende aqui se aprofundar o estudo na responsabilidade processual civil, até porque se trata de questão amplamente discutida na doutrina. Alguns doutrinadores defendem a autonomia da responsabilidade processual subjetiva como modalidade de ato ilícito e não abuso do processo (Fernando Luso Soares apud ABDO, 2007, p.114). Outros defendem a responsabilidade puramente processual, afirmando que o abuso do processo em si já é o elemento subjetivo da responsabilidade processual (CORDOPATRI apud ABDO, 2007, p. 113).

Reitera-se apenas que o exame superficial dos pensamentos dos autores acima mencionados admite-se concluir que, apesar da referência à responsabilidade processual ou ao ato ilícito, tais autores concordam que nas “condutas incorretas” das partes no processo se apresenta o desvio de finalidade, a

aparência de legalidade, não obstante ao exercício anormal de um direito. Aqui manifesta-se a responsabilidade processual propriamente dita, seja por ato ilícito, seja por abuso processual.

4.4. Do dever de lealdade

Lealdade, por seu étimo significa legalidade. Assim, quando o art. 14, II, do CPC emprega a palavra lealdade, quer imprimir a sinceridade, a fidelidade enfim, o dever de não omitir.

Com propriedade MIRANDA (1997, p. 345), esclarece que “[...] no art. 14, II, há o dever de proceder, por atos, inclusive gestos, ou palavras, com sinceridade, mesmo se não se trata de veracidade do que se diz ou se aponta”. Afirma o renomado jurista que no século do descobrimento do Brasil, os estrangeiros que passavam pela alfândega tinha de declarar os pertences e demais bens que traziam consigo. Estava esses bens sujeitos a tributação ou não, dependendo da espécie. Então, naquele momento se lealdava, e o lealdamento revelava que não estava contrabandeando.

Conforme determina o art. 14, II, do CPC, é dever das partes e de todos que participar do processo procederem com lealdade e boa-fé. Giuseppe CHIOVENDA apud ANGELIS (2000, p. 33), afirma que antes mesmo do Código de Processo Civil entrar em vigor, a doutrina sustentava que as partes deveriam se comportar perante o magistrado e a parte contrária, com lealdade e conformidade. Isto, ainda na ausência de previsão legislativa expressa.

Esclarece José Frederico Marques (1985, p. 384), que:

[...] o Código de Processo Civil, na esteira do que o aconteceu, e impregnado de alto sentido ético, procura impor aos litigantes uma conduta condigna para que as atividades processuais se desenvolvam imunes de abusos. E nisto consiste o *Princípio da Lealdade Processual*.

Nesse mesmo sentido LEÃO (1986, p. 12), afirma que no Princípio da Lealdade Processual é o grande aliado da teoria do abuso de direito aplicada ao processo, pois este último tem suas raízes fincadas na moral.

Assim, pautado nos princípios ou garantias constitucionais da legalidade e liberdade (CF, art. 5º, caput e II), relacionados à conduta processual das partes, a atuação dos litigantes é originariamente livre, estando, portanto, limitadas por questões de forma e conteúdo por imposição da própria lei.

Desta forma ABDO (2007, p. 128) afirma que:

[...] a lealdade processual é um dos *limites legais* que constituem exceção à plena liberdade de atuação das partes. Considerando que, em tema de lealdade processual, é ainda mais recorrente a comparação do processo a um jogo, os referidos limites podem ser tidos como as *regras do jogo*. Pois, se é certo que o processo é um jogo entre as partes, então é igualmente certo que, como em qualquer jogo, a atuação dos contendores deve estar disciplinada por regras de lealdade e honestidade, as quais constituem o verdadeiro *fair play* e legitimam o resultado final.

É no dever de lealdade processual, portanto, que se está inserido umas das principais limitadoras impostas à conduta das partes. Esse dever de lealdade processual se manifesta na atuação das partes por meio de suas condutas e atos processuais, mormente no exercício das situações subjetivas processuais.

Assim, o dever de lealdade processual sintetiza-se pelo conjunto de deveres éticos (de lealdade, probidade e boa-fé), apoiando o processo e regulamentando-o a fim de adequar a conduta das partes à dignidade do instrumento, pois dele se utilizam para obtenção da administração da justiça.

Nesse sentido ABDO (2007, p. 131) para quem o processo “[...] não se presta apenas à resolução dos conflitos existentes em cada caso concreto, mas tem pó escopo magno eliminar conflitos sociais de acordo com critérios justos”.

Constata-se, a bem da verdade que o dever de lealdade processual é um conjunto de regras que delineiam limites socialmente aceitáveis de comportamento, que os envolvidos no processo devem observar na condução do processo.

O legislador brasileiro, diferentemente de outros países, na construção do Código de Processo Civil, aquiesceu à técnica casuística, que impõe a todos que participam do processo não só o dever de verdade (art. 14, I), mas também outros deveres, como o de proceder com lealdade e boa-fé (art. 14, II), o de não formular pretensões nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento (art. 14, III), o de não produzir provas nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito (art. 14, IV) e, finalmente, o dever de cumprir com

exatidão os provimentos mandamentais emanados de autoridades judiciais e de não criar embaraços à efetivação de quaisquer provimentos judiciais, antecipatórios ou finais (art. 14, V), mais recentemente implantados pela Lei 10.358/2001.

Não obstante a instituição de todos esses deveres delineados no art. 14, para que não se tornasse letra morta de lei ou mera norma de caráter programático, o legislador foi além, e regulou a responsabilidade por dano processual conforme se vê nos artigos 16 e 18 do CPC.

Não menos importante é o dever de veracidade. ABDO (2007, p. 134), faz menção a doutrinadores que pela especialidade da veracidade, se preocupam em diferenciá-la de lealdade e probidade no processo civil. Destarte, dada importância que a doutrina especializada trata o tema, é o próximo subitem a ser abordado.

4.5. Do dever de veracidade

O dever de dizer a verdade – lida na esfera jurídica como veracidade – é importantíssimo dentro do processo, pois trata-se de dever implantado dentro da esfera da lealdade e boa-fé. Trata-se de dever conexos aos demais deveres das partes e seus procuradores.

As partes e seus representantes e presentantes ou advogados têm o dever de fazer as suas comunicações de fato e enunciados de fato com inteireza e veracidade (= sem omissão, que lhes altere a verdade). Quem omite, de jeito a não ser veraz, falta ao dever de veracidade. Quem expõe os fatos como não foram, ou não são, ou diferentemente do que foram, ou são, ainda que só ou nada lhes acrescente, não procede verazmente (MIRANDA, 1997, p.338).

A verdade é proclamada desde o início da civilização. Fora louvada por filósofos, pensados e religiosos, tais como São Tomás de Aquino, Bacon, Santo Agostinho, dentre outros (BUZAID apud ABDO, 2007, p.135).

O dever de veracidade ainda é objeto de estudo de vários doutrinadores, podendo ser definido atualmente como o dever das partes de condizer suas alegações à realidade.

Em estudo dos deveres das partes na relação jurídica processual, Carnelutti distinguiu o lado lógico e o lado prático da questão. Em sua visão perante a atual concepção do processo civil, o lado lógico é que as partes devem dizer a verdade para cumprimento da finalidade processual, qual seja a realização do processo no interesse público. Desta forma, a parte serve o processo e não o contrário. Já na visão do lado prático reconhece uma complexidade, pois as partes são instrumentos do processo, sendo assim, atuam com iniciativa própria apoiada à liberdade processual de que detém. Assim a imposição de limites na atividade comprometeria o rendimento. Nesse quadro o jurista sugere que se resolva o problema por meio de equilíbrio entre o dever de veracidade e liberdade entre os litigantes (CARNELUTTI apud ABDO, 2007, p. 135).

No século passado – segundo estudos realizados por ABDO – alguns doutrinadores alemães, sendo um deles Kaethe Grossmann, defendia a teoria a respeito da natureza das alegações das partes em juízo. Uma delas levava em conta às alegações das partes a manifestação de vontade. Assim, por se tratar de manifestação de vontade das partes, a alegação não comportaria os conceitos de verdade e mentira (GROSSMANN apud ABDO, 2007, p.136).

Essa teoria se encontra superada, pois hoje as alegações e afirmações das partes referem-se ao conhecimento de fatos ou direitos, não se falando, portanto em declarações ou manifestação de vontade. Como excelência esclarece GOLDSCHMIDT apud ABDO (2007, p.137), dizendo que:

As afirmações das partes devem ser feitas a respeito de *fatos* de conhecimento próprio e não alheio, mas que podem, em algumas circunstâncias, ter por conteúdo *direitos*, desde que estes constituam o fundamento da pretensão, como a afirmação da propriedade de um bem imóvel.

Há doutrinadores que afirmam ser taxativo o dever de veracidade disciplinado no Código de Processo Civil brasileiro, pois para eles o mencionado dever só se aplica aos fatos e não sobre as questões de direito. Assim, para os defensores desse posicionamento o dever de veracidade é, senão, o dever a uma verdade subjetiva, e não à verdade objetiva. Desta forma, o postulante tem que acreditar que sua afirmação é autêntica, ou seja, a sua declaração, segundo seu melhor saber e consciência, é verdadeiro. (LEÃO, 1986, p. 13) e (MOTA DE SOUZA, 1987, p. 50).

Outra questão importante é saber uma simples omissão da parte geraria infração ao dever de veracidade.

Desta parte, o doutrinador italiano Gino Zani apud ABDO (2007, p. 137) afirma que “[...] a violação do dever de veracidade deixa de ser apenas *imoral* e torna-se *ilícita* somente quando as declarações ou alegações mentirosas vêm acompanhadas de *meios probatórios* fraudulentos”.

A lei brasileira não veda a omissão. Com o advento da alteração do art. 17, I do CPC, pela lei 6.771/80, a omissão não mais objeto de discussão doutrinária. Anteriormente a esta alteração, já era posicionamento majoritário de que a parte não era obrigada a mencionar absolutamente todos os fatos circunstanciais envolvidos ao processo. Necessário seria que os fatos narrados pela parte fosse uma versão veraz dos fatos principais. Assim, poderia deixar, por exemplo, de mencionar certos fatos desde que não comprometesse a narração como um todo (ABDO, 2007, p.139).

Pontes de Miranda já esclarecia que omissão só se caracterizaria infração ao dever de veracidade se o fato fosse extremamente relevante. Então se a omissão do fosse de tal importância a solucionar a questão, caracterizada estaria à infração do dever de veracidade (1997, p. 340).

Realmente, não se pode exigir ao litigante que se exponha as armas a seu favor. Ora, seria irracional exigir que o litigante levasse a parte contrária ou até mesmo ao magistrado os elementos que iriam contra os seus interesses. Se assim o exigisse se mostraria uma aplicação cega e indistinta do dever de veracidade.

Nesse sentido LIEBMAN apud ABDO (2007, p. 139), afirma que:

Se no processo civil, cada litigante pode contar, para vencer, apenas com a própria capacidade de explorar os elementos e os argumentos a si favoráveis, não se pode pretender que ele forneça ao adversário também aqueles que lhe são desfavoráveis.

Conclui-se, portanto, que a liberdade de omissão, ou melhor, o direito de permanecer em silêncio conferidos aos litigantes é senão o verdadeiro limitador do dever de veracidade. Anota-se, contudo, que a omissão é permitida desde que não sobrevenha em inveracidade.

Não menos importante é a existência do sigilo profissional disciplinado pelo art. 347, II do CPC, que acaba sendo também uma legítima limitação ao dever de veracidade.

4.6. A litigância de má-fé como modalidade de abuso do processo

Pautado no princípio da lealdade processual, o legislador de 1973 se distanciou dos vícios do ato processual e pormenorizou as hipóteses de condutas incorretas dos litigantes, classificando-as como casos de litigância de má-fé.

Assim, de forma sucinta e clara conceituar-se-á a litigância de má-fé, para que se possa classificá-la como modalidade de abuso processual.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (1997, p. 288), assim define o litigante de má-fé:

É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbus litigator*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito.

No mesmo nas lições de Rui Stoco (2002, p. 88), o litigante de má-fé seria “[...] a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária”.

Pelo exposto, verifica-se que o legislador de 1973 definiu o litigante de má-fé enumerando sete hipóteses compostas por incisos no artigo 17 do Código de Processo Civil. São elas:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidentes manifestamente infundados;
- VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Em análise a cada inciso do art. 17 do CPC, tentar-se-á demonstrar que para cada previsão existe o liame com o abuso processual.

O inciso I (deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso) tem por objetivo coibir os abusos cometidos pelos litigantes

relativos à tutela jurisdicional de forma geral. Não se pode esquecer que se buscou também impedir o uso irregular sãs situações subjetivas processuais ligadas à pretensão e à defesa. Nesse sentido esclarece ABDO (2007, p. 158) que:

A aparência de legalidade é garantia pela própria previsão legal (ou ausência de vedação) do uso de tais situações subjetivas. Ou seja, se o ordenamento prevê a possibilidade de oferecer impugnação na execução de título judicial (CPC, at. 475-J, § 1.º), então o ato consistente na oposição desses embargos é aparentemente legal. Como se disse, a aplicação das garantias da liberdade e da legalidade permite que o sujeito processual use livremente (de forma não vinculada) as diversas situações subjetivas processuais que o ordenamento põe à sua disposição, outorgando ao ato essa aparência exterior de legalidade.

Quando de verificar, todavia, que os embargos anteriormente mencionados foram opostos fora dos limites estabelecidos pelos diversos incisos do art. 475-L, está-se, então, diante de uma pretensão deduzida contra texto expreso de lei.

Se no exemplo proposto pela autora ficar demonstrado que o ato fora realizado com desvio de finalidade, como, por exemplo, retardar o processo, estar-se-ia diante da litigância de má-fé e, portando, do abuso do processo.

O inciso II (alterar a verdade dos fatos), fora objeto de tratamento especial disciplinado no item 5.5 supra.

O inciso III (usar do processo para conseguir objetivo ilegal), é o inciso que mais retrata a litigância de má-fé como modalidade de abuso processual. Isso porque além de consagrar o critério do desvio de finalidade proposto pela teoria do abuso processual, implica na aparência de legalidade e do uso livre de situações subjetivas processuais. Pode exemplificar numa situação em que o litigante pretende expor a parte contrária ao ridículo ou exercer pressão psicológica, como o fim de obter vantagens indevidas ou favores (BABOSA MOREIRA apud ABDO, 2007, p.160).

Na sequência o inciso IV (opuser resistência injustificada ao andamento do processo), também é espécie da figura do abuso do processo. Verifica-se que o mandamento legal constante neste inciso visa coibir que as partes, mais especificamente o réu, tomem providências injustificadas a fim de retardar a prestação jurisdicional. Consoante aos ensinamentos de BABOSA MOREIRA apud ABDO (2007, p. 161), a resistência injustificada caracteriza-se quanto:

[...] por atitudes tendentes a dificultar, a embaraçar, a procrastinar a marcha do feito, podendo o comportamento do litigante ser *comissivo* (como o da

parte que se ausenta do domicílio para evitar intimação, provocando o adiamento da perícia), como *comissivo* (como o da parte que propositalmente não comparece à audiência, dando causa ao adiamento).

Nesse ínterim resta presente os elementos caracterizadores do abuso do processo, quando as partes agem em situações subjetivas de que são titulares, comissiva ou omissivamente, e ainda com desvio de finalidade com o retardamento da prestação jurisdicional.

Por sua vez o inciso V (proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo), condena todo àquele que proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato processual.

A temeridade é manifesta quando o litigante é ousado, malicioso, debochador, presta informações erradas ou incompletas (LEÃO, 1986, p. 36). Aqui fica evidente o desvio de finalidade com que o ato temerário é praticado.

A reprimenda à provocação de incidentes manifestamente infundados é disposta nos inciso VI do art. 17. A norma impõe às partes a lealdade do processo. Desta forma as possíveis dúvidas sobre a validade de documentos, arguição de suspeição, impedimentos, incompetência de foro, enfim, a provocação de incidentes a fim de retardar o andamento do processo revela o desvio de finalidade.

Nas lições do insigne jurista BARBOSA MOREIRA apud ABDO (2007, p. 163), “[...] aquele que provoca o incidente tem, na realidade, um *outro* propósito, como retardar o andamento do feito ou exasperar o juiz para provocar-lhe uma reação excessiva, na esperança de preparar eventual arguição de suspeição”. No exemplo experimentado pelo autor também se verifica o desvio de finalidade.

Devido a maior complexidade do inciso VII (interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório) do art. 17 do CPC, será objeto de análise em especial no subitem 5.7 abaixo.

4.7. Do recurso manifestadamente protelatório

Antes da alteração do Código de Processo Civil que trouxe a introdução do inciso VII no artigo 17 pela Lei 9.668/98, o recurso com intuito manifesto protelatório era combatido com o inciso IV do mesmo artigo, na forma de resistência injustificada ao andamento do processo.

O recurso manifestadamente protelatório “[...] é aquele interposto com base em alegações não condizentes com a realidade fática ou completamente desprovida de amparo jurídico (BEDARQUE, 2004, p. 93)”.

O recurso com desonesto propósito de alongar ao máximo a duração do processo possui fundamento na vedação dos atos processuais infundados, inúteis e supérfluos. Assim, a parte não se valer de recursos infundados em razão desta atitude se reportar em lesão aos deveres de lealdade processual, bem como a boa-fé.

Segundo as lições de Paulo Henrique do Santo Lucon apud ABDO (2007, p. 202), são dois fatores que contribuem para o uso de recursos indiscriminados como forma de procrastinar o andamento do processo: “[...] (i) a existência de *efeito suspensivo* concernente à grande maioria dos recursos; e (ii) a desvalorização das decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição”.

O referido autor analisa a forma de valorização por parte do legislador brasileiro, das decisões dos juízes de segundo grau, ainda que este não tenha contato direto com as partes e provas do processo.

O legislador se esforçou para tentar coibir os abusos do poder de recorrer. Assim, o art. 557 do CPC, alterado pela Lei 9.756/98, trouxe a possibilidade do relator em segundo grau negar provimento a recursos manifestadamente inadmissível, improcedente, ou ainda que contrariar súmula do STF ou do Tribunal Superior. Ademais, o § 1º do art. 518 do CPC, introduzido pela Lei 11.276/2006, traz expressa vedação ao conhecimento de recurso que contrarie súmula do STJ ou do STF.

As mudanças trazidas pelo legislador brasileiro visam coibir e solucionar a problemática interposição de recursos meramente abusivos que atentam contra o escopo recursal. Contudo, apenas a lei é insuficientemente, pois

não satisfaz o que se pode entender por recurso abusivo. Desta forma, deve se valer os Tribunais em sede recursal dos elementos expostos ao longo do presente trabalho para melhor aplicação e complementação da lei, quais seja: o desvio de finalidade, a ilicitude ou a ilegalidade e a vulneração à eficiência da administração da justiça.

CONCLUSÃO

Conclui-se que o presente trabalho teve por escopo expor a teoria do abuso do processo e seus elementos caracterizadores. Tratou-se de demonstrar as posições doutrinárias na intenção de consolidar uma sistematização sobre o tema.

Buscou-se demonstrar que os comportamentos considerados incorretos, são na verdade abusivos na esfera processual civil.

Demonstrou-se que a fonte principal da teoria do abuso do processo, pauta-se nas bases teóricas do abuso do direito, que por sua vez, repousa sobre o direito material. Analisou-se, portanto, de forma superficial as essências da teoria, seu escopo, e as correntes distintas que em torno dela se formaram.

Logo após, consagrou-se um capítulo especificamente à estruturação dos elementos do abuso do processo com base na relação jurídica processual. Aqui, demonstrou-se que os sujeitos do abuso processual são legítimos de situações jurídicas subjetivas (faculdades, ônus, poderes e deveres), sempre sujeitas ao magistrado. Estas, por sua vez, originam o correto objeto do abuso.

Sob a perspectiva das garantias constitucionais da liberdade e da legalidade (elementos estruturais do abuso), analisaram-se os reflexos na inspiração à criação de ocasiões para a prática de abusos, proveniente do livre exercício das situações jurídicas processuais.

Verificou-se que o principal elemento caracterizador do abuso do processo é o tantas vezes dito desvio de finalidade, ora acompanhado em alguns momentos de outros elementos, mormente reveláveis a luz do caso concreto.

Mereceu apreço a diferenciação entre ato abusivo e ato ilícito, provenientes da teoria do abuso do processo e da responsabilidade civil e processual. Identificou-se entre eles um liame concernente à responsabilidade processual civil, ou seja, embora ambos não subsistem em mesma espécie normativa, ambos trazem consigo o dever de reparar eventual dano causado.

Por fim, cuidou-se em tratar das considerações de projeções do abuso do processo em torno de aspectos de ordem prática (dever de lealdade, veracidade litigância de má-fé), encerrando, em especial, a exposição do recurso manifestamente protelatório.

Daí a conclusão de que o processo, ainda que manejado em suas diversas formas, compõe um feito único, no sentido de que reúne em si diversos comportamentos concebidos como ilegítimos ou ilícitos. Ainda que o enquadramento desses comportamentos esteja correto sob a concepção jurídica, se presente ao ato subjetivamente o liame com o desvio de finalidade, restará presente uma situação abusiva, e conseqüentemente os meios de prevenção e coerção.

Desta feita, por todo o exposto, pode-se afirmar que o presente trabalho tem por escopo o compromisso com a instrumentalidade do processo civil, no sentido de reprimir o seu uso de forma abusiva, e se goze dele como instrumento de justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de Processo Civil**. 5.^a ed. vl. 1. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. **O Código Civil dos Estados Unidos do Brazil commentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1951.v.1.

BUENO, Francisco da Silveira. **Silveira Bueno, Dicionário da língua portuguesa**. Ed. rev. e atual. 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. Malheiros 27^a ed., 2011.

CRESCI SOBRINHO, Elicio de. **Dever de veracidade das partes no processo civil**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DICIONÁRIO Eletrônico Priberam. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=abusar>> Acesso em: 30 Ago. 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8.ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed. vl.1 e 2. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERREIRA JORDÃO, Eduardo. **Abuso de Direito**. Repensando a Teoria do Abuso de Direito. Salvador: JusPODIVM, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 11.^a ed. vl. 2. São Paulo: Saraiva, 1996.

LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do direito**. São Paulo: Atlas, 2007.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 3 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. atual. São Paulo. Saraiva, 1985.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3.ed. Rio de Janeiro. Forense, 1997.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I: arts. 1º a 45. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. **Poderes Éticos do Juiz; a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcelos. **Abuso no exercício do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 8 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. ajustada ao novo Código civil, São Paulo: Saraiva, 2009.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do direito**. Lisboa: Centro de Estudos do Ministério das Financias, 1973.

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

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro. Forense, 2000.