

A FORMA DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CELERIDADE MEDIANTE A COIBIÇÃO DO ABUSO PROCESSUAL

Renata Malta Vilas-Bôas¹

Sumário: 1. Introdução. 2. O Princípio da Celeridade ou Princípio da Brevidade Processual ou Princípio da Razoável Duração do Processo. 3. Abuso de Direito. 4. Abuso Processual. 5. Reconhecimento do Abuso de Direito e seus efeitos processuais. 6. Conclusão. 7. Anexo do voto do Desembargador Mariano Alonso Ribeiro Travassos – Tribunal de Justiça do Mato Grosso.

Resumo: No momento em que o princípio da celeridade tornou-se um princípio constitucional e sendo atribuído a característica de direito fundamental, então nos deparamos com toda uma sistemática infraconstitucional, devendo se adequar a essa nova realidade. A busca de um processo célere e justo sempre foi um dos anseios de todos aqueles que se preocupam em concretizar o direito justo. Ocorre que no momento atual o qual encontramos essa necessidade tornou-se tão premente que verificamos os nossos tribunais aplicando as punições referidas diante do abuso processual. Nascendo, assim, o direito de ser indenizado quem teve o seu processo desvirtuado pela prática do abuso processual.

Palavras-Chave: Princípio da Celeridade. Art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal. Abuso de Direito. Abuso Processual. Ofensa ao Princípio da Lealdade e da Boa-Fé.

1. Introdução

O processo é o instrumento da jurisdição que, pela Teoria da Instrumentalidade positiva, apresenta três escopos: o escopo jurídico, que é solucionar a lide existente entre as partes; o escopo social onde se busca a pacificação geral da sociedade, a paz social, e ainda, o escopo político no qual se dispõe de mecanismos para controlar as atividades políticas do Estado.

Em razão desses escopos, o processo deve ser visto como um meio para se alcançar a justiça. Dessa forma, é preciso que o processo seja respeitado, devendo todos aqueles que vierem a atuar nele, atuarem atendendo os princípios da probidade e da lealdade processual e da boa-fé.

¹ Advogada. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professora atuando na Graduação e na Pós-Graduação nas disciplinas de Direito Processual, Introdução ao Estudo do Direito, dentre outras. Autora de diversas obras na área jurídica. Articulista da Revista Prática Jurídica.

Apesar de ser o que se almeja, nem todos aqueles que utilizam o processo buscam a justiça, assim, nas palavras de Eduardo Oteiza

A falta de consideração com a justiça é uma consequência cultural que evidencia a baixa estima por esse valor dentro das democracias mais jovens. (...) permite que cada um se sinta com o direito de abusar dos instrumentos, em um processo em que a própria forma de expressão, consistente na palavra escrita, despersonaliza as ações, dissimulando atitudes retardatárias ou desleais, que se escondem atrás do anonimato.²

Assim, é imprescindível utilizar-se de um conjunto de princípios para que possamos atingir um resultado que é coibir o abuso na utilização dos instrumentos processuais existentes. E, dentre os princípios existentes, o que ganhou destaque constitucional recentemente é o Princípio da Celeridade ou Princípio da Brevidade Processual ou Garantia das Dilações Indevidas ou Princípio da Razoável Duração do Processo.

2. O Princípio da Celeridade ou Princípio da Brevidade Processual ou Princípio da Razoável Duração do Processo.

O princípio da celeridade é a busca pela prestação jurisdicional ou administrativa rápida, levando em consideração a segurança, para se chegar o mais breve possível à solução dos conflitos existentes.

Nenhuma lide merece se perpetuar no tempo. *Uma justiça tardia já não é mais justiça.* Assim, devem-se buscar solucionar os conflitos intersubjetivos qualificados por uma pretensão resistida de forma mais breve possível, evitando, assim, as dilações indevidas, os recursos meramente procrastinatórios, ou seja, evitando usar mecanismos para dificultar chegar ao resultado final.

Com o advento da Emenda Constitucional 45, de dezembro de 2004, o nosso ordenamento jurídico constitucional ganhou mais um princípio constitucional consubstanciado no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, vejamos:

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

² OTEIZA, Eduardo. *Abuso de los derechos proesales em América Latina in Abuso dos Direitos Processuais*, coord. José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 23 APUD BEBBER, Júlio César. *Abuso do Direito de Recorrer.* Disponível em WWW.trt24.jus.br:8080/www/+jursiprudenciaPublicacaoTexto.jsp?cod_loc=1&seq_pub=30&esquema=jurisprudencia Acesso em 24/09/2008.

O referido inciso refere-se ao princípio da celeridade ou princípio da brevidade processual que já era amplamente defendido pelos juristas pátrios. Assim, podemos encontrá-lo em diversas normas jurídicas. Um dos aspectos marcantes da lei dos Juizados Especiais refere-se à idéia de simplificação dos atos processuais e a celeridade na tramitação do processo. Assim, o princípio da celeridade é a base tanto da lei 9.099/95 quanto na lei 10.259/01.

Quando fazemos uma retrospectiva no tempo, poderemos encontrar esse princípio positivado em diversas normas jurídicas. Assim, conseguimos visualizar essa busca pela celeridade já com a norma criada no reinado de D. José, rei de Portugal, sob os auspícios do Marquês de Pombal. Em 18 de agosto de 1769, foi publicada uma norma que veio a ser conhecida como a Lei da Boa Razão e essa lei previa, de forma expressa, uma punição para o advogado que viesse a dificultar o processo apresentando as mais tortuosas interpretações.

Assim, o parágrafo 7 prevê a penalização dos advogados que viessem a se valer de interpretações enganosas maldosas e recursos meramente protelatórios:

por quanto a experiência tem mostrado que as sobreditas interpretações dos Advogados consistem ordinariamente em raciocínios frívolos e ordenados mais a implicar com sofismas as verdadeiras disposições das leis, do que a demonstrar por elas a justiça das partes: mando, que todos os advogados que cometerem os referidos atentados, e forem convencidos de dolo, sejam nos autos, a que se juntarem os Assentos, multados, pela primeira vez em \$ 50000 reis (...).³

O objetivo dessa norma era acabar com os recursos protelatórios que visavam atrapalhar a justiça. Apesar disso, fez-se necessário editar outras normas, buscando evitar os atrasos desnecessários ao processo, como, por exemplo, a análise feita por Lopes da Costa:

Em 1341, para combater a chicana dos procuradores, que protelavam quanto podiam o andamento dos feitos, a lei de 23 de agosto proibiu-lhes receber honorários antes da causa finda, expediente que já em 1603, as Ordenações Filipinas ainda irão empregar (...). Para abreviar a marcha do processo, a lei de 15 de setembro de 1532 aplicou o depois chamado 'princípio da eventualidade' (no mesmo dia em que fosse citado, o réu deveria oferecer todas as exceções dilatórias) e não deu recurso das interlocutórias. Os longos prazos, a prorrogação deles, a necessidade de suavizar a rigorosa separação das fases processuais iriam, entretanto, impedir a celeridade do movimento dos feitos, determinando, muitas vezes, não um processo, mas um retrocesso na marcha regular das causas.⁴

³ Celeridade Processual e Segurança Jurídica. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/ArtigosJuridicos/GMLCP/CELERIDADEPROCESSUAL.pdf> acesso em 24-09-2008.

⁴ LOPES DA COSTA, *in* **Direito Processual Civil – Código de 1939** – Ed. Revista dos Tribunais, vol. 1 p. 16. *APUD* Celeridade Processual e Segurança Jurídica. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/ArtigosJuridicos/GMLCP/CELERIDADEPROCESSUAL.pdf>.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1939, esse tema foi tratado de forma específica no artigo 3º, onde constava que

Art. 3º Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro.

Parágrafo único. O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo.

Nesse momento histórico, os doutrinadores pátrios, interpretando esse artigo do Código de Processo Civil, entendiam que o abuso de direito se caracterizava com o dolo, a temeridade, a fraude, a simulação, a emulação, o mero capricho, o erro grosseiro, a violência, a protelação do processo, a falta do dever de dizer a verdade, o anormal uso do poder de disposição do processo.⁵

O atual Código de Processo Civil, que data de 1973, tratou o assunto de maneira que cabe ao magistrado buscar a rápida solução do litígio, conforme o art. 125, II do CPC. Celso Agrícola Barbi, ao analisar o referido inciso, preleciona que

(...) refere-se ao poder-dever do juiz de velar para a rápida solução do litígio. Os estudiosos do direito processual e o legislador vivem em permanente preocupação pelos reclamos freqüentes contra a morosidade do andamento das causas. (...) deve, também, o juiz reprimir atividades protelatórias ou inúteis, provocadas pelos advogados.⁶

Posição essa também apresentada por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery quando nos traz que

O juiz não pode ensejar nem deixar provocar o retardamento injustificado da prestação jurisdicional. Dar solução rápida ao litígio não significa solução apressada, precipitada. O magistrado deve determinar a prática de todos os atos necessários ao julgamento da demanda. Deve buscar o ponto de equilíbrio entre rápida solução e segurança na decisão judicial, nem sempre fácil de ser encontrado.⁷

Ao realizar uma interpretação sistemática no Código Processual Civil, observamos que, além desse dispositivo, podemos ainda verificar outros dessa forma, quando trata que as partes devem agir com lealdade processo e preservar a boa-fé, obrigação que se estende a todos

⁵ THEODORO Jr. Humberto. **Abuso do direito processual no ordenamento jurídico brasileiro in Abuso dos Direitos Processuais**, coord. José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 23 *APUD* BEBBER, Júlio César. *Abuso do Direito de Recorrer*. Disponível em WWW.trt24.jus.br:8080/www/+jursiprudenciaPublicacaoTexto.jsp?cod_loc=1&seq_pub=30&esquema=jurisprudencia Acesso em 24/09/2008.

⁶ BARBI, Celso Agrícola. *Comentário ao Código de Processo Civil – Vol. 1*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 395-396.

⁷ NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. Rio de Janeiro: editora Revista dos Tribunais, p. 384.

os envolvidos no processo (arts. 14 e 340 do Código de Processo Civil), bem como podemos verificar que o art. 273, ao tratar da antecipação de tutela, coloca como um dos requisitos para a concessão, quando se configura o abuso do direito de defesa do réu.

Essa preocupação com a morosidade da justiça, que ocasiona uma prestação jurisdicional lenta e difícil é uma preocupação que se alastra por diversos países, assim a autora portuguesa Conceição Gomes afirma que:

A crise da justiça não é um problema específico de Portugal. Atravessa fronteiras e está presente em países cultural, social e economicamente distintos. Trata-se de um fenômeno global, naturalmente com causas, matizes e sintonias muito específicos ou, ainda que semelhantes, com diferentes intensidades. Apesar das especificidades, em muitos países o acesso à justiça está para ser fortemente afetado pela longa duração dos processos. A lentidão da justiça é, consensualmente, reconhecida como um dos problemas mais graves dos atuais sistemas judiciais, com custos sociais, políticos e econômicos muito elevados. Pode, por exemplo, potenciar a criminalidade oculta, a proliferação de formas alternativas ilegítimas de resolução de conflitos, como é o caso da cobrança de dívidas ou do recurso a justiceiros (milícias populares) ou afastar investimentos econômicos.⁸

Já analisando em termos internacionais, podemos visualizar que essa preocupação já era objeto de análise na década de 50 onde conforme a Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 estava previsto que *“qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada eqüitativa e publicamente, num prazo razoável por tribunal independente e imparcial (...) tem direito de ser julgada num prazo razoável”*

Dentre diversos outros documentos e movimentos internacionais, temos que em 1978 ocorreu a assinatura do Pacto de San José da Costa Rica, adquirindo eficácia no plano internacional em 18 de julho daquele mesmo ano. Por meio do Decreto 27 de maio de 1992, nosso Congresso Nacional aprovou o seu texto e em 25 de setembro do referido ano. O Governo Federal depositou a Carta de Adesão ao Pacto de San José da Costa Rica. Com a publicação do Decreto 678 de novembro de 1992, o Pacto de San José da Costa Rica foi promulgado e assim incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. Dentre os diversos aspectos abortados no referido Pacto, no seu art. 8º, I prevê que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na

⁸ GOMES, Conceição. **O tempo nos tribunais: um estudo sobre a morosidade da justiça**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003 p. 12. in OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *O direito à razoável duração do processo após a emenda constitucional n. 45/2004 in Constituição e Processo Civil*. Coordenação: Vallisney de Souza Oliveira, São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 4-5.

apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

E, finalmente em 2004, com a Emenda Constitucional 45, passamos a ter esse princípio ambientado em sede constitucional. A sua inserção em âmbito constitucional, na forma como ocorreu, elevou esse princípio da esfera processual para o âmbito constitucional e ainda tornou-se um direito fundamental previsto na Constituição Federal, com *status* de cláusula pétrea. Dessa forma, o princípio da celeridade processual, apesar de já existir a um certo tempo, somente agora possui essa amplitude.

Para Uadi Lammêgo Bulos apesar da autoaplicabilidade do art. 5º, LXXVIII, é necessário a elaboração de diversas normas jurídicas para a implementação do dispositivo em análise⁹. Diante dessa necessidade, foram publicadas diversas outras normas jurídicas que foram criadas e entraram em vigor tendo como objetivo otimizar o tempo e permitir cumprir essa determinação constitucional. De forma exemplificativa, podemos visualizar as seguintes normas:

- Lei 11.287/2005 – A Nova Lei do Agravo: tem como objetivo reduzir o número de recursos de agravo existente, convertendo o agravo de instrumento em agravo retido;
- Lei 11.232/2005 – Processo de Execução: prevê o processo sincrético, onde a execução irá acontecer como uma fase após a sentença;
- Lei 11.276/2006 – Cria a súmula que vinda do STF ou STJ impede a propositura do recurso de apelação;
- Lei 11.277/2006 – Sentença Liminar ou Julgamento *prima facie*. Possibilita que o juiz venha a decidir em processos repetitivos, em que verse somente sobre questão de direito, sem a necessidade de citar o réu;
- Lei 419/2006 – Processo Eletrônico, dentre outras normas.

Buscando equipar o Poder Judiciário com essa nova sistemática, acredita-se que com essas normas – e outros projetos que continuam tramitando no Congresso Nacional – a prestação jurisdicional seja realizada de forma célere, porém, sem ofender a segurança jurídica.

⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 548.

Isso significa dizer que a tutela jurisdicional somente ocorrerá de forma adequada à medida em que puder concretizar o direito material, mas dentro de um prazo razoável.

3. Abuso de Direito

Para Planiol, não devemos usar a expressão abuso do direito, já que se estamos abusando é por que não existe direito. Assim, ele entende que

É uma logomaquia, porque se eu uso de meu direito, o meu ato é lícito e quando ele é ilícito, é que eu ultrapasso o meu direito e ajo sem direito. (...) É preciso não ser logrado pelas palavras: o direito cessa onde o abuso começa, e não pode haver “uso abusivo” de um direito, qualquer que seja, pela razão irrefutável de que um só e único ato não pode ser ao mesmo tempo conforme o direito e contrário ao direito.¹⁰

Apesar da imprecisão técnica, conforme a argumentação apresentada, a nossa jurisprudência e os doutrinadores utilizam forma corriqueira a expressão “abuso de direito”. No entender de Sílvio de Salvo Venosa a terminologia “abuso” está sempre relacionada ao excesso, assim é aproveitar-se de uma situação em detrimento de uma pessoa ou coisa, de forma geral.¹¹

Buscando situar a origem da teoria do abuso de direito, os doutrinadores também divergem quanto a esse questionamento, já que parte da doutrina entende que teria surgido com a jurisprudência francesa, enquanto que outros doutrinadores defendem que a origem remonta à época do Direito Romano, quando da *aemulatio*, conforme Renan Lotufo¹², enquanto que San Tiago Santos defende que a origem estaria também nos conceitos de *aequitas* e no *ius honorarium*.¹³ Enquanto que outros defendem que se refere a Teoria dos Atos Emulativos desenvolvida na Idade Média.

3.1 Conceito

¹⁰ In BEBBER, Júlio César. *Abuso do Direito de Recorrer*. Disponível em WWW.trt24.jus.br:8080/www/+jursiprudenciaPublicacaoTexto.jsp?cod_loc=1&seq_pub=30&esquema=jurisprudencia Acesso em 24/09/2008.

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 514.

¹² LOTUFO, Renan. *Comentários ao Código Civil. 1ª Edição*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 499 APUD DELGADO, José Augusto e GOMES JR., Luiz Manoel. *Comentário ao Código Civil Brasileiro, Vol. II*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 856

¹³ DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, vol. 1, p 368-369. Aulas que foram ministradas na Faculdade Nacional de Direito, nos anos de 1941 a 1945. APUD DELGADO, José Augusto e GOMES JR., Luiz Manoel. *Comentário ao Código Civil Brasileiro, Vol. II*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 856.

A legislação brasileira apresenta o conceito jurídico¹⁴ de abuso de direito no Código Civil Brasileiro de 2002 no art. 187 que nos traz que¹⁵:

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

Nesse aspecto, o nosso Código Civil inspirou-se, dentre outras fontes, no art. 334 do Código Civil de Portugal:

Art. 334º. – 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.¹⁶

Já o Código Civil Português, por sua vez, inspirou-se no Código Civil da Grécia que foi buscar fundamentação na doutrina alemã após a criação do BGB.

Podemos encontrar o abuso de direito inserido em outras legislações e, dentre elas, podemos apontar a definição de abuso de direito no Código Civil holandês que em seu art. 313 apresenta as hipóteses de abuso de direito:

São casos de abuso de direito: 1) o exercício de um direito apenas com intenção de causar prejuízo a outrem; 2) com objetivo diferente daquele que foi concedido; ou 3) exercício de um direito quando o titular não poderia razoavelmente decidir exercer, dada a desproporção entre o interesse em exercer o direito e o prejuízo por ele causado.¹⁷

E buscando compreender o significado desse artigo em nossa legislação e o da teoria do abuso do direito bem como suas conseqüências, diversos juristas têm-se debruçado sobre esse tema ao longo dos anos e, dentre eles, buscamos alguns conceitos e definições, conforme veremos a seguir.

¹⁴ O conceito jurídico é tratado nesse artigo, porém o nosso ordenamento apresenta em diversos outros momentos a coibição do abuso do direito como por exemplo no art. 5º da LICC que dispõem que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências sociais do bem comum”.

¹⁵ Cumpre ressaltar que no Código Civil de 1916, esse instituto já aparecida, de forma tímida no art. 160, I, vejamos: Art. 160: Não constituem atos ilícitos: I os praticados em legítima defesa ou **no exercício regular de um direito reconhecido**. Assim se não caracterizasse um exercício regular estaríamos diante de um exercício irregular que era considerado um ato ilícito. (grifo nosso).

¹⁶ PORTUGAL: **Código Civil Português**. Disponível em http://pt.wikisource.org/wiki/C%C3%B3digo_Civil_Portugu%C3%AAs#T.C3.8DTULO_II_-_DAS_RELA.C3.87.C3.95ES_JUR.C3.8DDICAS. Acesso em 27 de setembro de 2008.

¹⁷ LEITE, Gisele e HEUSELER, Denise. *O abuso de direito no uso da propriedade*. In Revista Jus Vigilantibus. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/35678>. Acesso em 27 de setembro de 2008.

Mesmo os nossos doutrinadores clássicos já se preocupavam com isso, assim Clóvis Beviláqua se posicionava afirmando que o “exercício anormal do direito é abusivo. A consciência pública reprova o exercício do direito do indivíduo, quando contrário ao destino econômico e social do direito, em geral”¹⁸.

Francisco Amaral preleciona que

O abuso de direito consiste no uso imoderado do direito subjetivo, de modo a causar dano a outrem. Em princípio, aquele que age dentro do seu direito a ninguém prejudica (*neminem laedit qui iure suo utitur*). No entanto, o titular do direito subjetivo, no uso desse direito, pode prejudicar terceiros, configurando ato ilícito e sendo obrigado a reparar o dano.¹⁹

Caio Mário da Silva Pereira nos traz que

Não se pode, na atualidade, admitir que o indivíduo conduza a utilização de seu direito até o ponto de transformá-lo em causa de prejuízo alheio. Não é que o exercício do direito, feito com toda regularidade, não seja razão de um mal a outrem. Às vezes é, e mesmo com frequência. Não será inócua a ação de cobrança de uma dívida, o protesto de um título cambial, (...). Em todos esses casos, o exercício do direito, regular, normal, é gerador de um dano, mas nem por isso deixa de ser lícito o comportamento do titular, além de moralmente defensável. Não pode, portanto caracterizar o abuso de direito no fato de seu exercício causar eventualmente um dano ou motivá-lo normalmente, porque o dano pode ser o resultado inevitável do exercício, a tal ponto que este se esvaziaria de conteúdo se a sua utilização tivesse de fazer-se dentro do critério da inocuidade.

É por isso que todas as teorias que tentam explicar e fundamentar a teoria do abuso de direito têm necessidade de desenhar um outro fator, que com qualquer nome que se apresente estará no propósito de causar o dano, sem qualquer outra vantagem. Abusa, pois, de seu direito o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem.²⁰

Dessa forma, o que se visualiza é o exercício então de um direito que seria normal se não fosse causar um dano ao outrem. Discordamos da explicação de Caio Mário da Silva Pereira no sentido de que quando ele nos fala que quem está exercendo o abuso de direito não tem, necessariamente, proveito. Por isso, entendemos que ele acaba se beneficiando, mesmo que seja de forma indireta, mesmo que seja em razão da procrastinação, na qual ele está “ganhando” tempo.

Analisando o tema, Sílvio Rodrigues pronuncia-se da seguinte forma:

¹⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1916, v.1 p. 473. APUD VENOSA, Sílvio de Salvo. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 519-520.

¹⁹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 538.

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol. 1*. 21ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 673-674.

Acredito que a teoria atingiu seu pleno desenvolvimento com a concepção de Josserand, segundo a qual há abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois, como diz esse jurista, os direitos são conferidos aos homens para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição.²¹

A Maria Helena Diniz, ao se expressar sobre o tema, explica que

O uso de um direito, poder ou coisa, além do permitido ou extrapolando as limitações jurídicas, lesando alguém, traz como efeito o dever de indenizar. Realmente, sob a aparência de um ato legal ou lícito, esconde-se a ilicitude no resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes ou por desvio de finalidade socio-econômica para a qual o direito foi estabelecido.²²

Buscando uma forma de orientação entre os doutrinadores brasileiros, na I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, foi formulado o Enunciado 37, manifestando-se da seguinte forma acerca do art. 187 do Código Civil entende que *a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico*.

3.2 Natureza Jurídica do Abuso de Direito

Analisar a natureza jurídica desse instituto é difícil já que a doutrina ainda não apresenta um posicionamento uniforme, assim apresentando a sua posição, Flávio Tartuce formula o seu entendimento afirmando que “o abuso de direito seria um ato ilícito pelo conteúdo, ilícito pelas conseqüências, tendo natureza jurídica mista – entre o ato jurídico e o ato ilícito – situando-se no mundo dos fatos jurídicos em sentido amplo”²³

Já Paulo Nader afirma que

é equivocado pretender-se situar o abuso de direito entre o ato lícito e o ilícito. Ou o ato é permitido no *ius positum* e nos pactos, quando é ato lícito ou a sua prática é vedada, quando então se reveste de ilicitude. Na dinâmica do abuso de direito, tem-se, no ponto inercial, aquele que imediatamente antecede a conduta e até quando esta não se complete, a esfera do direito, mas à medida em que a ação se desenrola, no iter, a conduta desdobra-se no âmbito da licitude para transformar-se em ato ilícito.²⁴

Analizando o artigo que se refere ao abuso de direito, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que o abuso de direito se trata de uma categoria autônoma, de

²¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Parte Geral*. Vol. 1, 33ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 321.

²² DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: editora Saraiva, 2004, p. 85.

²³ TARTUCE, Flávio. *Considerações sobre o abuso de direito ou ato emulativo civil*. In *Questões controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 92. Coordenada por Jonas Figueiredo e Mário Luiz Delgado.

²⁴ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil – Vol. 1*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 553.

concepção objetiva e finalística, e não apenas dentro do âmbito estreito do ato emulativo (ato ilícito). Assim o abuso de direito não precisa comprovar se houve culpa ou dolo.²⁵

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “o legislador qualificou o abuso de direito como ato ilícito e, concordemos ou não, é assim que doravante devemos tratá-lo. Mas de maneira alguma a referida qualificação retida do abuso do direito a sua completa autonomia com relação ao ato ilícito subjetivo, ancorado na culpa”.²⁶

Para Heloísa Carpena, o ato abusivo está situado no plano da ilicitude, porém não pode ser considerado como um ato ilícito, devendo ser classificada como uma forma autônoma de antijuridicidade.²⁷

Analisando a natureza jurídica do abuso do direito, Sílvio de Salvo Venosa entende que o abuso do direito não deve se situar em textos de direito positivo, já que a noção de abuso de direito é supra legal. Assim deve ser compreendida já que decorre da própria natureza das coisas e da condição humana. Ou seja, extrapolar os limites de um direito em prejuízo do outro deve ser uma atitude reprimida já que significa que acarretou violação aos princípios da finalidade da lei e da equidade.²⁸

3.3 Requisitos

Apesar de ser um tema bastante polêmico, para que possamos verificar se o ato praticado caracteriza-se como sendo Abuso de Direito ou não, faz-se necessário verificar se preenche os requisitos abaixo apresentados que foram delineados por Paulo Nader²⁹:

1º Requisito: Titularidade do Direito: Para que se possa enquadrar em abuso de direito, faz-se necessário que aquele que estiver investido na titularidade de um direito subjetivo é que irá exercitá-lo, seja para ele mesmo ou visando os seus subordinados;

²⁵ NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante anotados*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 350.

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 6ª. edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 513.

²⁷ CARPENNA, Heloísa. *O abuso de direito no Código Civil de 2002*. in TEPEDINO, Gustavo (Coord.) **A parte geral do novo código civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: editora Renovar, 2002, p. 371.

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. 7ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 514.

²⁹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil – Vol. 1*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 554-556.

2º Requisito: Exercício Irregular do Direito: O exercício irregular do direito ocorre quando o titular do direito subjetivo extrapola, ultrapassa, indo além do delimitado pelo direito, em razão de seu espírito de emulação³⁰.

3º Requisito: Rompimento dos limites impostos: É preciso que o titular do direito subjetivo ultrapasse os limites impostos, limites esses ditados ora pelos fins econômicos ora pelos fins sociais.

4º Requisito: Violação do direito alheio: Quando o titular do direito subjetivo agir rompendo os limites impostos, faz-se necessário, também, que haja uma violação ao direito alheio, que pode ser a prestação da tutela jurisdicional em tempo hábil, célere.

5º Requisito: Elemento subjetivo da conduta: Dentre os elementos do ato ilícito, encontramos a culpa como sendo um requisito da conduta, porém, no caso específico do ato ilícito abuso de direito, o legislador não colocou de forma expressa a idéia de culpa que poderia estar subentendida. Ocorre que o legislador deixou de forma expressa que o que apóia são os elementos objetivos, dispensando, assim, a culpa como requisito necessário para caracterizar o abuso de direito.

6º Requisito: Nexo de Causalidade: É preciso demonstrar que o ato praticado pelo titular do direito subjetivo é que acarretou a lesão do direito do outrem.

Cumpramos ressaltar que esses requisitos ora apresentados não são consenso entre os doutrinadores, assim também trazemos à luz os ensinamentos de Josserand, que na sua concepção, os requisitos para que haja o abuso de direito são: Titularidade de um direito subjetivo; utilização nos limites objetivos que lhe são traçados em lei, com respeito à letra da norma; e a confrontação do elemento pessoal (subjetivo) com a função do fim do direito em causa (elemento social ou objetivo).³¹

3.4 Modalidades Específicas dos Atos Abusivos

³⁰ Emulação é o exercício de um direito com o fim de prejudicar outra pessoa. Assim, ao invés de buscar um benefício para si, o autor do ato tem como objetivo causar prejuízo, dano a outrem, em razão do exercício de forma abusiva de um direito.

³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 6ª. edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 505.

O abuso de direito pode ocorrer por quatro modalidades específicas. vejamos:

3.4.1 *Venire contra Factum Proprium*

Essa primeira modalidade trata da proibição de comportamento contraditório. Tal modalidade do abuso do direito decorre da ofensa ao princípio da confiança. Apesar de não vir de forma expressa em nosso ordenamento jurídico, entende-se que é possível ser aplicado no direito brasileiro. Na lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, temos de

A teoria dos atos próprios, ou a proibição de venire contra factum proprium protege uma parte contra aquela que pretenda exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte. Aquele que vende um estabelecimento comercial e auxilia, por alguns dias, o novo comerciante, inclusive preenchendo pedidos e novas encomendas, fornecendo o seu próprio número de inscrição fiscal, não pode depois cancelar tais pedidos, sob alegação de uso indevido de sua inscrição. O credor que concordou, durante a execução do contrato de prestações periódicas, com o pagamento em lugar ou tempo diverso do convencionado não pode surpreender o devedor com a exigência literal do contrato. Para o reconhecimento da proibição, é preciso que haja univocidade de comportamento do credor e real consciência do devedor quanto à conduta esperada.³²

Renan Lotufo, analisando a **teoria do venire**, entende que aquele que adere a uma determinada forma de proceder, de agir, não poderá opor-se às conseqüências que irão acontecer em razão daquela opção, em razão das expectativas que irão surgir na outra parte que, de boa-fé, acredita que irão surtir os efeitos esperados.³³

O que temos é a vedação a um comportamento contraditório já que produziu em outra pessoa determinada expectativa e, de repente, “mudou de idéia”. Assim é a proibição da

³² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1991. APUD PISSURNO, Marco Antônio Ribas. **O "venire contra factum proprium" na negativa de indenização de seguro de vida ante a morte do segurado em atraso permitido. O abuso de direito e a exegese tópica do art. 763 do novo Código Civil**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 252, 16 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4859>>. Acesso em: 28 set. 2008.

³³ Pelo escólio de RENAN LOTUFO, "o princípio do venire contra factum proprium tem fundamento na confiança despertada na outra parte que crê na veracidade da primeira manifestação, confiança que não pode ser desfeita por um comportamento contraditório. Pode-se dizer que a inadmissibilidade do venire contra factum proprium evidencia a boa-fé presente na confiança, que já de ser preservada. Daí o dizer de Franz Wieacker (El principio general de la buena fé, p. 62): "...el principio Del venire es una aplicación del principio de la 'confianza em el tráfico jurídico' y no um específica prohibición de la mala fé y de la mentira" in *Código Civil Comentado*. P. 501/502. APUD PISSURNO, Marco Antônio Ribas. O "venire contra factum proprium" na negativa de indenização de seguro de vida ante a morte do segurado em atraso permitido. O abuso de direito e a exegese tópica do art. 763 do novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 252, 16 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4859>>. Acesso em: 28 set. 2008.

inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiro. Ou seja, ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa.³⁴

Essa modalidade de ato abusivo pode decorrer tanto de um comportamento comissivo quanto de um comportamento omissivo. Na visão de Marcelo Colombelli Mezzomo, temos que o *venire contra factum proprium* decorre do comportamento anterior que gera expectativa na outra parte a qual é frustrada em razão de um comportamento que é contrário ao que se tinha até então.

O comportamento anterior gera expectativa na outra parte a qual é frustrada pela ação do contratante que antagoniza seu anterior posicionamento. A proibição relaciona-se á confiança recíproca, o que nos é lembrado por *Judith Martins Costa, in verbis*:

*"A proibição de toda e qualquer conduta contraditória seria, mais do que uma abstração, um castigo. Estar-se-ia a enrijecer todas as potencialidades da surpresa, do inesperado e do imprevisto na vida humana. Portanto, o princípio que o proíbe como contrário ao interesse digno da tutela jurídica é o comportamento contraditório que mine a relação de confiança recíproca minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfego negocial"*³⁵

O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se acerca desse tema e concluiu que se tratava da aplicação do *venire contra factum proprium* e assim determinou que não poderia se beneficiar da modificação de sua posição no julgamento do REsp 95539, pelo Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar, que bem antes do advento do novo Código Civil já previa essa situação. Vejamos:

Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Atos Posteriores. " venire contra factum proprium ". boa-fé. Preparo. Férias.

1. Tendo a parte protocolado seu recurso e, depois disso, recolhido A importância relativa ao preparo, tudo no período de férias Forenses não se pode dizer que descumpriu o disposto no artigo 511 do CPC. Votos vencidos.

2. A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra E venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, Expressamente admite a existência e validade do contrato, Fundamento para a denúncia de outra lide, e nada impugna contra A execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os Promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o Imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de Escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios. Art. 132 do cc.

3. Recurso conhecido e provido.

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 6ª. edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 518.

³⁵ MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **A boa-fé objetiva e seus institutos** . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1212, 26 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9087>>. Acesso em: 28 set. 2008.

(STJ - REsp 95539, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 14/10/96. 4ª. Turma.)

Assim para essa forma de abuso de direito, o que está sendo abalada é a confiança que foi depositada já que “mudança de idéia” de forma abrupta acaba gerando prejuízos no outrem, já que depositou confiança, acreditou que aquela forma prevista é que iria se concretizar.

3.4.2 *Supressio e Surrectio*

Essas duas expressões são derivadas do sistema alemão que trata da *supressio ou Verwirkung e da surrectio ou Erwirkung*.

a) Supressio: Apesar de nossa legislação não tratar de forma positiva esse assunto, podemos encontrar no Código Civil, art. 330, um exemplo da *supressio* e ainda guarda similitude com a prescrição e com a decadência.

Na *supressio*, as expectativas são projetadas apenas pela injustificada inércia do titular por considerável decurso de tempo, que poderá variar conforme o caso específico, somando ainda a existência de indícios objetivos de que o direito não seria mais exercício. Assim para Aguiar Júnior, “na *supressio*, temos um direito que não foi exercido durante um determinado lapso de tempo e em razão disso não mais poderá ser exercido em razão de contrariar a boa-fé”.³⁶

Para Menezes Cordeiro, jurista português, “Diz-se *supressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé.”³⁷ E continua afirmando que:

A *supressio* tem origem jurisprudencial. As suas manifestações mais antigas deram-se no domínio da venda de ofício comercial, a favor do comprador, ficando consignadas em decisões do então *Reichsoberhandelsgericht*. A questão esquematiza-se desta forma: os §§ 346 ss. HGB, na versão em vigor na altura, permitiam ao vendedor na compra e venda comercial, havendo mora do comprador no levantamento da coisa, a sua venda de ofício, atribuindo-lhe, ainda, uma pretensão pela diferença do preço. A lei não fixava, porém, um prazo para o exercício destas faculdades. Podia, pois, acontecer que o vendedor, dando a impressão de se ter desinteressado do contrato viesse, mais tarde, inesperadamente, a actuar as suas pretensões, de modo ruinoso para o

³⁶ AGUIAR JÚNIOR, 1991 *apud* SEGALLA, 2000. SEGALLA, Alessandro Schirrmester. **Da possibilidade de utilização da ação de despejo pelo fiador do contrato de locação**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=605>>. Acesso em: 27 de setembro de 2008.

³⁷ MENEZES CORDEIRO. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 797 e ss. *apud* SEGALLA, 2000. SEGALLA, Alessandro Schirrmester. **Da possibilidade de utilização da ação de despejo pelo fiador do contrato de locação**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=605>>. Acesso em: 27 de setembro de 2008.

comprador. *Entendeu-se, bem, haver aí, em certas circunstâncias, uma demora desleal no exercício do direito, contrária à boa fé.*³⁸

A jurisprudência pátria tem se manifestado acerca desse assunto, assim em diversos julgados já podemos visualizar a presença desse tema, bem como os conceitos apresentados pelos doutrinadores, como, por exemplo:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONTRATO DE MÚTUO FIRMADO PELO USUÁRIO E A CONCESSIONÁRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CLÁUSULA CONTRATUAL. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. LIMITAÇÃO DO EXERCÍCIO DO DIREITO SUBJETIVO. “SUPRESSIO”. 1. A “supressio” constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão do princípio da boa-fé objetiva. Para sua configuração, exige-se (i) decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (ii) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor. Lição de Menezes cordeiro. (...) (Apelação Cível n 70001911684, segunda câmara cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relatora Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza:, julgado em 04-12-2000)

O Superior Tribunal de Justiça, conforme o voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no Julgamento do Recurso Especial no. 207.509-SP, da relatoria do Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, reconheceu a teoria da *supressio*. Assim, vejamos:

O MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR:

(...)

3. Tenho como admissível a teoria da *supressio*, segundo a qual o comportamento da parte, que se estende por longo período de tempo ou se repete inúmeras vezes, porque, incompatível com o exercício do direito, pode levar a que se reconheça a extinção desse direito, com base na boa-fé objetiva.

No caso dos autos, a egrégia Câmara examinou os fatos da causa e concluiu que o documento de fl. 28 representava o acerto final das contas entre empregadora e empregado, tendo o decurso de tempo consolidado essa conclusão. Daí a improcedência da reconvenção.

Para modificar esse julgamento, seria necessário rever os fatos e lhes dar nova qualificação jurídica, considerando-os insuficientes para a conclusão a que, com base neles, chegou à Câmara.

Posto isso, com respeitosa vênha, não conheço do recurso.

É o voto.

(STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 207.509 - SP (19990021894-9), Relator MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Recorrente Kubota Brasil Ltda e Recorrido Paulo Akira Kurosaki, 4ª. Turma, Acórdão Publicado em 18-08-2003).

Outra importante decisão referente à *supressio* refere-se à seguinte situação:

³⁸ MENEZES CORDEIRO. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 798 e ss. *apud* SEGALLA, 2000. SEGALLA, Alessandro Schirrmester. *Da possibilidade de utilização da ação de despejo pelo fiador do contrato de locação*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=605>>. Acesso em: 27 de setembro de 2008.

Processual Civil. Civil. Recurso Especial. Prequestionamento. Condomínio. Área comum. Utilização. Exclusividade. Circunstâncias concretas. Uso prolongado. Autorização dos condôminos. Condições físicas de acesso. Expectativa dos proprietários. Princípio da boa-fé objetiva.

- O Recurso Especial carece de prequestionamento quando a questão federal suscitada não foi debatida no acórdão recorrido.

- Diante das circunstâncias concretas dos autos, nos quais os proprietários de duas unidades condominiais fazem uso exclusivo de área de propriedade comum, que há mais de 30 anos só eram utilizadas pelos moradores das referidas unidades, pois eram os únicos com acesso ao local, e estavam autorizados por Assembléia condominial. Tal situação deve ser mantida, por aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

(STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 356.821 - RJ (2001/0132110-4), Relatora Ministra Nancy Andrighi – 3ª. Turma. Data do Julgamento 23/04/2002)

b) *Surrectio*: Nesse caso, estamos diante de um exercício continuado de uma situação jurídica ao arrepio do que foi convencionado ou do ordenamento jurídico que implica nova fonte de direito subjetivo, estabilizando-se tal situação para o futuro.³⁹

Também no caso da *surrectio*, os nossos tribunais já têm manifestado acerca do referido instituto. Vejamos:

DIREITO CIVIL — LOCAÇÃO RESIDENCIAL — Situação jurídica continuada ao arrepio do contrato. Aluguel. Cláusula de preço. Fenômeno da *surrectio* a garantir que seja mantido o ajuste tacitamente convencionado. A situação criada ao arrepio de cláusula contratual livremente convencionada pela qual a locadora aceita, por certo lapso de tempo, aluguel a preço inferior aquele expressamente ajustado, cria, à luz do Direito Civil moderno, novo direito subjetivo, a estabilizar a situação de fato já consolidada, em prestígio ao Princípio da Boa-Fé contratual (TJMG - 16ª Câm. Cível; ACi nº 1.0024.03.163299-5/001-Belo Horizonte-MG; Rel. Des. Mauro Soares de Freitas; j. 7/3/2007; v.u.).

Analisando o conceito de *surrectio* e procurando diferenciar bem da *supressio*, Marcelo Colombelli Mezzomo apresenta-nos a seguinte explicação:

A *surrectio*, ao contrário da *supressio*, representa uma ampliação do conteúdo obrigacional. Aqui, a atitude de uma das partes gera na outra a expectativa de direito ou faculdade não pactuada. Ordinariamente, a doutrina tem apontado para a necessidade da presença de três requisitos, conforme lembram Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro:

"Exige-se um certo lapso de tempo, por excelência variável, durante o qual se atua uma situação jurídica em tudo semelhante ao direito subjetivo que vai surgir; requer-se uma conjunção

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 6ª. edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 522.

*objectiva de factores que concitem, em nome do Direito, a constituição do novo direito; impõe-se a ausência de previsões negativas que impeçam a surrectio*⁴⁰

Conclui-se, portanto, que a *surrectio* é o instituto jurídico que faz surgir um direito que anteriormente não existia, seja em razão de contrato, ou seja, em razão do ordenamento jurídico. Destarte, diante da inércia, da não manifestação, então, mesmo sendo contrária à norma jurídica, deparamo-nos com o nascimento de um direito arripio da norma em razão da inércia. Essa idéia já se encontra assente na expressão jurídica, *o direito não socorre a quem dorme*.

3.4.3 *Tu quoque*

Essa expressão é atribuída a Júlio César quando sendo apunhalado por Brutus questionou “*Tu quoque, Brutus, tu quoque, fili mili?* “ Ou seja “*até tu, filho meu*”. É uma expressão que traduz a idéia de surpresa, de espanto, quando da atuação de determinada pessoa foge ao esperado.⁴¹

Essa situação ocorre quando uma das partes viola uma norma jurídica e, mesmo assim, tenta se beneficiar dessa conduta. Trata-se do brocardo jurídico, que ninguém pode se valer da própria torpeza (*turpitudinem suam allegans non auditur*).

Em razão da Primeira Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho Superior da Justiça Federal, foi editado o Enunciado 24, que assim se manifesta:

Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

Independe de culpa a violação dos deveres decorrentes da cláusula geral da boa-fé objetiva. Assim, conforme Menezes de Cordeiro

a pessoa que, mesmo fora do caso nuclearmente exemplar do sinalagma, desequilibre, num momento prévio, a regulação material instituída, expressa, mas só em parte, no seu direito

⁴⁰ MEZZOMO, Marcelo Colombelli. A boa-fé objetiva e seus institutos . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1212, 26 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9087>>. Acesso em: 28 set. 2008.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 6ª. edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 523.

subjetivo, não pode pois pretender, como se nada houvesse ocorrido, exercer a posição que a ordem jurídica lhe conferiu. Distorcido o equilíbrio da base, sofre-lhe a consequência.⁴²

A não observância do princípio da boa-fé objetiva acarreta uma conduta jurídica que não é válida.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - TITULAR DE SERVENTIA JUDICIAL SUSPENSO PREVENTIVAMENTE - LEGALIDADE - AUTO-TUTELA DA MORALIDADE E LEGALIDADE — APLICAÇÃO DA TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS (**TU QUOQUE**) - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. No caso dos autos, alega o recorrente violação de seu direito líquido e certo, em face do afastamento de suas funções — oficial de registro de imóveis —, pelo Juiz de Direito, com a finalidade de apurar denúncias de diversos crimes que o recorrente supostamente teria cometido contra a Administração Pública, em razão da sua função.

2. Observância do devido processo legal para o afastamento do indiciado. Indícios veementes de perpetração de vários crimes contra a Administração Pública e atos de improbidade pelo oficial de registro.

3. Alegar o recorrente que o afastamento de suas funções, bem como a devida apuração dos fatos em face a fortes indícios de cometimento de crimes contra a administração, inclusive já com a quebra do sigilo bancária decretada, fere direito líquido e certo, é contrariar a lógica jurídica e a razoabilidade. A bem da verdade, essa postura do recorrente equivale ao comportamento contraditório — expressão particular da teoria dos atos próprios —, sintetizado no anexam **tu quoque**, reconhecido nesta Corte nas relações privadas, mas incidente, também, nos vínculos processuais, seja no âmbito do processo administrativo ou judicial.

4. Ausência do direito líquido e certo. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que nada obsta o afastamento preventivo do titular de serviço notarial e de registro, por prazo indeterminado, a teor do disposto nos artigos 35 e 36 da Lei n. 8.935/94. A suspensão preventiva não tem caráter punitivo, mas, sim, cautelar. Precedentes.

Recurso ordinário improvido.

(STJ – 2ª. Turma. Ministro Relator Humberto Martins. RMS 14908/BA. Data do Julgamento 06 de março de 2007.)

Analisando de forma detalhada o *tu quoque*, transcrevemos a seguir parte do Voto do Ministro Relator Humberto Martins :

Alegar o recorrente que o afastamento de suas funções, bem como a devida apuração dos fatos em face de fortes indícios de cometimento de crimes contra a administração, fere direito líquido e certo, é contrariar a lógica jurídica e a razoabilidade.

A bem da verdade, essa postura do recorrente equivale ao comportamento contraditório, expressão particular da teoria dos atos próprios, sintetizado no anexam *tu quoque*, reconhecido nesta Corte nas relações privadas, mas incidente, também, nos vínculos processuais, seja no âmbito do processo administrativo ou judicial.

⁴² MENEZES CORDEIRO. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 797 e ss. *apud* SEGALLA, 2000. SEGALLA, Alessandro Schirrmester. *Da possibilidade de utilização da ação de despejo pelo fiador do contrato de locação*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=605>>. Acesso em: 27 de setembro de 2008.

Assim, com acerto, o acórdão recorrido ao impor o afastamento do recorrente das funções e do cargo, pontuando ainda que "*incomprovada, como visto, a certeza e liquidez de direito de que trata a Lei 1533/51, voto no sentido da extinção do processo, em fiel observância aos Arts. 1º, 5º, III, da lei retrocitada e bem considerada a convergência da multireferida disposição processual.*" (fls. 227)

Dessa forma, o comportamento de buscar se valer da própria torpeza, ou se beneficiar de situação em que afrontou a norma jurídica, não é passível de ser entendida como correta em nosso ordenamento jurídico, sendo, assim, configura uma das espécies de abuso do direito.

3.5 Espécies

Quando tratamos do abuso do direito, estamos imaginando a idéia de abuso, em um primeiro momento, dentro do âmbito do direito civil, porém, o abuso pode ocorrer em todas as searas do direito, não estando estritamente ligada ao direito civil. Assim para Rui Stoco

Seria até escusado dizer que o abuso do direito poderá manifestar-se em qualquer área do Direito, posto que truísmo. Poderá ocorrer no campo econômico e financeiro (abuso de direito econômico ou financeiro, tanto que a Lei 8.884, de 11.06.1994, tem por objetivo a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, coibindo as práticas comerciais e empresariais nocivas que visem à formação de cartéis ou a denominação do mercado (...). Apresenta-se, também, no Direito Tributário, Direito do Trabalho, Direito Penal, Direito Processual Penal e Civil, Direito Comercial (fraude ou abuso através da personalidade jurídica – teoria do *disregard doctrine*), Direito Administrativo e Direito Civil.⁴³

Porém, dentre das diversas espécies de abuso do direito, iremos nos ater, no presente trabalho, somente ao abuso do direito processual ou simplesmente abuso processual, que ocorre quando aquele que tem uma faculdade de agir no processo, mas que dele se utiliza, não para os seus fins normais, mas, sim, com o objetivo de protelar a solução do litígio ou para desviá-la da forma correta de apreciação judicial, objetivando, assim, embaraçar, dificultar o resultado justo da prestação jurisdicional.⁴⁴

3.6 Reconhecimento e efeitos do Abuso de Direito

⁴³ STOCO, Rui. *O abuso de direito e a má-fé processual*. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 62-63.

⁴⁴ **Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro in Abuso dos Direitos Processuais**, coord. José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 23 *APUD* BEBBER, Júlio César. *Abuso do Direito de Recorrer*. Disponível em WWW.trt24.jus.br:8080/www/+jursiprudenciaPublicacaoTexto.jsp?cod_loc=1&seq_pub=30&esquema=jurisprudencia Acesso em 24/09/2008.

Como o assunto, trata-se de matéria de ordem pública, afinal, não atinge só os envolvidos, acaba atingindo a sociedade como um todo, o ato abusivo poderá ser suscitado como uma forma de defesa de mérito pela parte interessada, pelo Ministério Público ou até mesmo ser declarada *ex officio* pelo juiz a qualquer tempo ou grau de jurisdição.⁴⁵

No momento em que o magistrado reconhecer que ocorreu o abuso do direito, cabe a ele determinar qual a sanção a ser aplicada ao ofensor. Assim, como as conseqüências não são rígidas, podemos nos deparar com situações em que o magistrado entenda que ocorreu o abuso do direito e o que surge é o dever de indenizar. Porém, pode ocorrer, que no caso *in concreto*, o juiz entenda que o que é cabível seja a mera decretação de nulidade do ato praticado, ou ainda, pode ocorrer do juiz entender que se trata de uma cláusula abusiva e determina que seja retirada do contrato ou revista. Como não há a previsão de qual a sanção a ser aplicada, vai depender da análise que o juiz fizer, devendo utilizar, para tanto, o princípio da livre convicção e, ainda, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

4. Abuso Processual

Para Piero Callamandrei, o processo judicial pode ser comparado a um jogo

A uma competição, em que a habilidade é permitida, mas não a trapaça. O processo não é apenas a ciência do direito processual, nem somente a técnica de sua aplicação prática, mas, também, leal observância das regras desse jogo, isto é, fidelidade aos cânones não escritos da correção profissional, que assinalam os limites entre a habilidade e a trapaça.⁴⁶

Esse jogo deve ser jogado conforme as normas processuais, as normas infraconstitucionais, como, por exemplo, da Lei de Introdução ao Código Civil e, ainda, sem jamais deixar de ater ao previsto na Constituição Federal. Quem deverá conduzir esse jogo, determinando as etapas a serem percorridas, conforme o Princípio do Impulso Oficial é o magistrado competente para atuar no referido processo. Assim, analisando o Código de Processo Civil, percebemos que o magistrado tem o dever de fiscalizar o andamento do processo, devendo, assim, velar pela rápida solução do litígio e prevenir e/ou reprimir qualquer ato contrário à

⁴⁵ NERY Jr., Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante anotados*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 351.

⁴⁶ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: editora Forense, vol. 1, p. 99.

dignidade da Justiça⁴⁷. Dessa forma, ele deverá analisar inclusive se estão ocorrendo algumas das hipóteses de abuso de direito possíveis. Dessa forma, nas palavras de Heloísa Carpena,

O juiz é então chamado a exercer um papel ativo e criativo, muito pouco dependente do texto legal. Sempre que a jurisprudência transcende os quadros traçados pela lei apelar-se-á inevitavelmente aos princípios, retirados do próprio sistema. Nessa moldura, o doutrinado abuso do direito se ajusta perfeitamente, oferecendo ao julgador a possibilidade de identificar outras hipóteses, além daquelas previstas de forma expressa na lei, que igualmente possam ser qualificadas como condutas antijurídicas, violadoras de princípios mutáveis, sensíveis e mais sintonizados com a realidade social.⁴⁸

Porém, essa visão do abuso processual é extremamente recente e, no passado, podemos verificar que não existia uma preocupação muito grande, de forma efetiva e eficaz para combater o abuso processual.

Com a garantia do princípio da celeridade, o juiz, ao analisar o processo, deverá, entre outras coisas, verificar se não está ocorrendo uma dilação desnecessária, se não há a ocorrência de atos buscando procrastinar, dificultar o andamento do processo.

4.1 Requisitos para identificação do Abuso do Processo

Caracterizar o abuso processo também não é fácil, assim buscando facilitar e melhor compreender essa caracterização, a ilustre doutora Helena Najjar Abdo⁴⁹ apresenta-nos os requisitos que precisamos preencher para podermos identificar a ocorrência do Abuso Processual.

1º Requisito: Uso anormal ou Incorreto: O primeiro requisito para podermos caracterizar o abuso processual refere-se ao uso incorreto ou anormal das situações jurídicas, sejam elas faculdades, poderes, deveres ou ônus conferidos ao sujeito processual;

2º Requisito: Liberdade e Legalidade: O sujeito processual tem liberdade para exercer as situações jurídicas dentro do que for previsto pelas normas jurídicas;

⁴⁷ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela rápida solução do litígio;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

⁴⁸ CARPENA, Heloísa. *O abuso de direito no Código Civil de 2002*. in TEPEDINO, Gustavo (Coord.) A parte geral do novo código civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: editora Renovar, 2002, p. 374.

⁴⁹ ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 86-87.

3º Requisito: Exercício da Liberdade: A liberdade prevista pode criar oportunidades para a prática de abuso processual;

4º Requisito: Escopo da Jurisdição: O abuso do processo irá configurar um obstáculo para a realização da teoria da instrumentalidade do processo, ou seja, os escopos jurídicos, políticos e sociais do processo.

O que temos então é a prática de determinado ato processual, conforme a norma jurídica, porém, com um desvio de finalidade da referida norma. O abuso ocorre quando desvirtuamos o uso da norma prevista. Assim, busca-se utilizar o processo para outros fins além fins naturais do processo.

4.1 Espécies de Abuso Processual

Analisando as diversas espécies de abuso processo, podemos classificá-las – dividi-las em duas grandes categorias: o **abuso processual macroscópico**, quando nos deparamos com esse abuso ocorrendo em razão do direito de ação do autor ou em razão da defesa do réu, ou ainda em **abuso processual microscópico**, quando se refere à utilização abusiva de mecanismos processuais específicos distintos da ação e da defesa, como, por exemplo, nos casos dos recursos abusivos.

No presente trabalho, iremos nos ater ao abuso processual macroscópico e, em um exemplo de abuso processual microscópico, assim, dentre as diversas espécies de abuso processual, iremos analisar somente três momentos específicos, quando da propositura da ação, quando o autor abusou do direito de ação, quando do momento da defesa do réu, quando abusou do seu direito à ampla defesa e quando, da decisão, as partes abusam no direito de recorrer.

É importante ressaltar, ainda, que é cabível a prática do abuso processual pelo Ministério Público quando, por exemplo, vier a ajuizar uma ação civil pública promovida de forma temerária ou apenas por sensacionalismo.⁵⁰

4.1.1 Abuso do Direito de Ação do Autor

⁵⁰ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*, n. 7, p. 48-69 e WALD, Arnaldo, *Usos e abusos da ação civil pública*. E TUCCI, Rogério Lauria. *Ação Civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público*. APUD ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 194.

Apesar de alguns doutrinadores não concordarem com a expressão “direito” de ação, para o presente trabalho nos ateremos à essa nomenclatura. O direito de ação é um direito fundamental resguardado em nossa Constituição Federal, ocorre, porém, como todo e qualquer direito ele não é absoluto.

Quando buscamos a tutela jurisdicional do Estado faz-se necessário que a ação proposta apresente fundamentos fáticos e jurídicos. Se, porém, o objetivo que se tem ao propor a demanda é causar embaraços ou dificuldades à uma terceira pessoa, ou ainda, o objetivo é simplesmente inserir o nome da pessoa em um Cartório de Distribuição de determinada cidade, “para a pessoa ficar com o nome sujo”, deve vir a ser condenada ao pagamento de uma indenização em razão do abuso processual, especificamente do abuso do direito de ação.

A utilização do processo como forma de atingir outra pessoa, e não com a finalidade específica do processo, demonstra um desvio de finalidade que precisa ser reparado, e a forma adequada é mediante o pagamento de uma indenização. Assim, para a moderna ciência processual, temos que o abuso processual ocorre quando aquele que tiver uma faculdade para agir no processo, mas que dela se utiliza não para os fins normais, mas, sim, com o objetivo de protelar a solução do litígio ou buscando desviá-lo da finalidade do processo, dificultando ou atrapalhando a devida apreciação judicial, obstruindo, assim, o resultado da prestação jurisdicional.⁵¹

Analisando a história processual, Jossierand afirma que sempre se entendeu que a liberdade dos sujeitos processuais, em específico a liberdade de demandar em juízo, é susceptível de limitações que são impostas de forma a evitar que a utilização dos mecanismos processuais ocorra de forma abusiva,⁵²

Para Rui Stoco, o abuso no exercício do direito de ação, ao contrário da má-fé processual prevista no art. 17 do Código de Processo Civil, contamina a ação como um todo, desde a sua origem.

⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro*. In *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 113.

⁵² ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 190.

Buscando diferenciar o abuso do direito de ação do Autor da Litigância de Má-fé, Mendonça Lima nos apresenta a seguinte distinção:

A infração mais grave ao princípio da probidade processual é, sem dúvida, a que caracteriza o abuso do direito de demandar. (...) Mesmo uma ação bem proposta ou uma defesa lisa podem originar, contudo, atos de improbidade em vários atos no decorrer da causa. Mas, se a origem é pecaminosa, todo o processo ficará maculado, ainda que nenhum ato mais se apresente infringente ao preceito de lealdade. São, portanto, situações diferentes: o abuso do direito de demandar e os atos de má-fé no curso do processo. Esses podem existir – ainda que um só – independentemente daquela atitude inicial; mas aquela contaminará todo o processo, mesmo que, depois venha correr sem nenhum vício em qualquer dos atos⁵³.

Conforme analisado, faz-se necessário separar o que vem a ser abuso processual da litigância de má-fé, apesar de em alguns momentos as duas situações terem semelhanças.

4.2 Abuso do Direito de Defesa do Réu

Ao réu, é resguardado o princípio da ampla defesa, que como os demais princípios também não têm caráter absoluto, e uma das formas de limitar esse princípio é o princípio da inadmissão da prova ilícita.

Cabe o réu promover a sua defesa dentro dos limites previstos pela norma. Assim deverá se ater, dentre outros princípios, o princípio da celeridade, que nos resguarda de dilações indevidas. Ou seja, caso o réu comece a utilizar de mecanismos para promover a sua defesa, mas com mero objetivo procrastinatório, irá ofender, dentre outros, o princípio constitucional da razoável duração do processo. O que é garantido ao réu: a sua defesa, mas não que ele tenha direito de protelar a prestação jurisdicional que é devida ao caso concreto.

Em nosso ordenamento jurídico, com a alteração no Código de Processo Civil, e, por conseguinte, a inclusão do abuso do direito de defesa do réu, no art. 273, II, como um dos requisitos para a concessão da tutela antecipada. Ainda há bastante divergência doutrinária e jurisprudencial do que poderia vir a ser esse abuso, assim Antônio Cláudio da Costa Machado defende que é o uso excessivo do direito de contestar, sugerindo ainda que se tome como parâmetro as previsões do art. 17, I e II do CPC, para buscar identificar as condutas abusivas. Entende, ainda, que o abuso poderá acontecer quando da apresentação das defesas de mérito

⁵³ MENDONÇA Lima, A de *Abuso do direito de demandar*. Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, n. 19, p. 57-59, jul-set.1980.

indiretas, conforme o previsto no art. 326 do CPC, porém, essas defesas são inconsistentes ou sem fundamentação.⁵⁴

4.3 Abuso do Direito de Recorrer

No nosso ordenamento jurídico, não encontramos, de forma expressa, o direito de recorrer. Assim, a doutrina é divergente quanto à necessidade do duplo grau de jurisdição.

Para aqueles que entendem que deva existir o duplo grau de jurisdição argumentam que é inerente do ser humano buscar sempre uma segunda opinião, o que ocorreria diante do recurso ajuizado, buscando uma “segunda opinião” a ser proferida pelos desembargadores. Ainda nesse sentido, os defensores desse princípio entendem que caso haja um vício ou um erro em primeira instância esse vício será sanado em segunda instância e, por fim, defendem que, com isso, os magistrados de primeiro grau, sabendo da possibilidade de reforma da sentença, então iriam tomar mais cuidado na hora de proferi-la.

Em contrapartida, aqueles que são contrários à existência do princípio do duplo grau de jurisdição defendem que essa estrutura só faz com que se atrase o processo, já que não há garantia de que o vício seja sanado em âmbito do segundo grau. Se caso a decisão de segundo grau mantiver a decisão de primeiro grau, então estamos diante de uma ofensa ao princípio da celeridade, haja vista que segundo esse entendimento o processo se tornou moroso sem necessidade, porém se a decisão de segundo grau vier a reformar a decisão de primeiro grau, então estaremos diante de uma situação em que irá ofender o princípio da segurança jurídica, haja vista que não teremos certeza de qual das duas decisões é a mais correta, a mais justa.

Diante dessa divergência doutrinária, podemos perceber que o direito de recorrer não é absoluto, assim ele comporta diversas limitações, seja pelas normas que disciplinam os recursos, ou seja, pelas normas éticas e morais que regem o processo como um todo. Assim, o exercício do direito de recorrer também está limitado à necessidade efetiva de realmente fazer a

⁵⁴ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela Antecipada*. São Paulo; Editora Juarez de Oliveira, 1999, pp 422-428,

defesa de interesses legítimos. Porém, no caso de ofendermos esses deveres éticos e morais, estamos diante do abuso do direito processual de recorrer.⁵⁵

Analisando o Abuso do Direito de Recorrer, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido pela 2ª Turma, manifestou-se da seguinte forma:

SEGUNDO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO — CUMULATIVA INTERPOSIÇÃO DE DOIS (2) RECURSOS CONTRA A MESMA DECISÃO, FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS - INADMISSIBILIDADE OFENSA AO POSTULADO DA SINGULARIDADE DOS RECURSOS — NÃO-CONHECIMENTO DO SEGUNDO RECURSO - EXAME DO PRIMEIRO RECURSO — EXTEMPORANEIDADE — IMPUGNAÇÃO RECURSAL PREMATURA, DEDUZIDA EM DATA ANTERIOR À DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO — ABUSO DO DIREITO DE RECORRER — IMPOSIÇÃO DE MULTA — NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO. O princípio da unirrecorribilidade, ressalvadas as hipóteses legais, impede a cumulativa interposição, contra o mesmo ato decisório, de mais de um recurso. O desrespeito ao postulado da singularidade dos recursos torna insuscetível de conhecimento o segundo recurso, quando interposto contra a mesma decisão. Doutrina. A intempestividade dos recursos tanto pode derivar de impugnações prematuras (que se antecipam à publicação dos acórdãos) quanto decorrer de oposições tardias (que se registram após o decurso dos prazos recursais). Em qualquer das duas situações — impugnação prematura ou oposição tardia -, a consequência de ordem processual é uma só: o não-conhecimento do recurso, por efeito de sua extemporânea interposição. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem advertido que a simples notícia do julgamento, além de não dar início à fluência do prazo recursal, também não legitima a prematura interposição de recurso, por absoluta falta de objeto. Precedentes. **MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. O abuso do direito de recorrer — por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual** — constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 538, parágrafo único, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes.

(STF-2ª Turma AI-AgR-ED-ED 586710 / RJ — RIO DE JANEIRO, EMB.DECL.NOS EMB.DECL.NO AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ministro Relator Celso de Mello, Data do Julgamento 21/11/2006.) (grifo nosso).

A interposição de recurso com o caráter meramente protelatório é considerado como sendo uma forma de abuso processual microscópico, já que a utilização de forma imoderada dos recursos acaba trazendo prejuízo para a outra parte, já que visa prolongar o máximo o processo, dificultando chegar ao resultado final.

⁵⁵ SOSA, Gualberto Lucas. *A teoria do abuso do direito é uma reação contra a rigidez das disposições legais e da aplicação mecânica do direito*. In *Abuso dos Direitos Processuais*. (Coord. José Carlos Barbosa Moreira). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 49.

Para Paulo Henrique dos Santos Lucon, a utilização de forma indiscriminada dos recursos, com o objetivo de procrastinar o processo decorre de dois fatores fundamentais: em primeiro lugar, trata-se do efeito suspensivo que se concede ao recurso, na maioria deles; e, em segundo lugar, decorre da desvalorização das decisões proferidas em primeira instância. Esse segundo fator data de fundamentos históricos e esses fundamentos não fazem mais sentido em razão da nova forma de ingresso na magistratura, mediante concurso público e não meramente indicação.⁵⁶

5. Reconhecimento do Abuso do Direito e seus efeitos processuais

No momento em que o juiz reconhece o abuso do direito, qual deve ser o seu posicionamento? Conforme analisado, percebemos que o abuso do direito e, especificamente, o abuso processual são situações em que o juiz pode conhecer de ofício, ou pode ser suscitado pela parte ofendida ou pelo Ministério Público, já que se trata de matéria de ordem pública. E em razão disso, também pode ser reconhecida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

No momento em que o juiz reconhecer a existência do abuso processual poderá aplicar sanções ao ofensor, dessa forma poderá surgir o dever de indenizar, cabendo ao juiz determinar o quantum, ou seja, a reparação de danos, ou a aplicação de multa ou a restrição de direitos, dentre outras.

Em recente decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, o juiz de primeira instância condenou a parte ré a efetuar o pagamento de cerca de 55 mil reais referentes à indenização por danos em razão do abuso processual, verificado no processo em razão da procrastinação e a utilização de meios processuais de forma inadequada. Em revisão no Tribunal, essa corte manteve a decisão de condenar, por abuso processual, somente revendo no valor da condenação que entendeu como sendo a adequada o valor de 50 mil reais, vejamos:

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – ASSÉDIO PROCESSUAL – INTERPOSIÇÃO REPETIDA DE INCIDENTES PROCESSUAIS INFUNDADOS – FINALIDADE PROCRASTINATÓRIA – EXISTÊNCIA – PENALIDADE DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ EXCLUÍDA DE RECURSOS ANTERIORMENTE INTERPOSTOS – IRRELEVÂNCIA – CONFIGURAÇÃO DE DANO MORAL ADVINDO DO ASSÉDIO PROCESSUAL – QUANTUM INDENIZATÓRIO – REDUÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

⁵⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Abuso do exercício do direito de recorrer. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 884.

Configurado está o assédio processual quando a parte, abusando do seu direito de defesa, interpõe, repetidas vezes, medidas processuais destituídas de fundamento com o objetivo de tornar a marcha processual mais morosa, causando

prejuízo moral à parte que não consegue ter adimplido o seu direito constitucional de receber a tutela jurisdicional de forma célere e precisa. A exclusão da pena de litigância de má-fé em recursos relacionados à presente questão, anteriormente interpostos, em nada influencia a configuração do assédio processual *in casu*, posto que só a análise de todos os atos que formam a relação processual permite verificar a conduta da parte e o seu intento procrastinatório. A quantificação do dano moral pela prática do assédio processual deve observar o número de incidentes praticados com intuito procrastinatório, bem como o tempo despendido na espera processual.

(TJMT – 6ª. Câmara Cível- Relator Desembargador Mariano Alonso Ribeiro Travassos – Recurso de Apelação No. 89150/2007 – Origem: Comarca de Lucas de Rio Verde. Data do Julgamento: 10 de setembro de 2008.)

Para melhor compreensão da ementa apresentada, transcrevemos o voto do Desembargador Mariano Alonso Ribeiro Travassos no referido processo, em anexo ao presente trabalho. Analisando o voto do referido processo, verificamos claramente que o direito processual que as partes detêm não pode ser ultrapassado ou utilizado com o fim meramente protelatório, já que ao fazer isso o direito que inicialmente detêm entra em conflito com a garantia constitucional da razoável duração do processo – princípio da celeridade, assim, caso essa garantia constitucional seja vista ofendida cabe danos morais e, conforme o caso, é possível ainda a indenização por danos materiais.

6. Conclusão

O abuso é algo que deve ser condenado em qualquer seara, e quando estamos na seara jurídica, o abuso causa danos tanto aos envolvidos, como à terceiros, e à sociedade em geral, assim, conforme analisado, podemos perceber que, ao nos depararmos com o exercício abusivo de um direito, estamos ofendendo o ordenamento jurídico como um todo e quando estamos diante de um abuso processual, estamos ofendendo a sociedade brasileira como um todo e o Poder Judiciário e a parte que foi lesada em específico.

Quem fez a opção pela prática desse ato ilícito deve vir a ser penalizada pela sua opção, já que atinge a todos os envolvidos. Sendo considerado um ato ilícito, o abuso do direito gera a responsabilidade de quem praticou ao ressarcimento dos danos que de forma injusta causou a terceiros.

Para que o ato praticado seja considerado um abuso processual, faz-se necessário que o magistrado, analisando o caso concreto, se posicione se o ato praticado ofendeu a finalidade social da norma jurídica e as exigências do bem comum.

Enquanto imaginávamos que o direito de ação ou direito de defesa do réu fossem ilimitados, não era cabível falar em abuso processual. Mas apesar, de há muito tempo o nosso ordenamento jurídico ser contrário as artimanhas que visam fazer com que o processo se delongue mais do que o necessário, na atualidade, busca-se dar efetividade o direito fundamental inserido no art. 5º de nossa Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional no. 45/2004, que nos traz a garantia da razoável duração do processo, buscando assim concretizar o princípio da celeridade ou princípio da brevidade processual.

Para dar efetividade a esse direito fundamental, faz-se necessário que de um lado as nossas cortes comecem a analisar de forma mais detalhada as escolhas realizadas pelo autor e pelo réu ao longo do processo, e ainda conscientizar aos envolvidos no processo que atrasá-lo não é só uma “ofensa pessoal”, gerando dano para a outra parte. Ela é, num primeiro momento, uma agressão à sociedade como um todo, visando mover esse processo que já deveria ter sido encerrado. Existem custos e acabam prejudicando os demais processos que deveriam também ser analisados, entretanto tal fato está atravancando o judiciário.

ANEXO

V O T O

EXMO. SR. DES. MARIANO ALONSO RIBEIRO TRAVASSOS
(RELATOR)

Egrégia Câmara:

O recurso deve ser parcialmente provido.

A detida análise dos autos e a observância de todos os atos processuais, até aqui praticados, observância esta possibilitada pela farta documentação apresentada pelas partes, culmina na conclusão por este Relator da configuração, *in casu*, do abuso de direito de defesa capaz de gerar dano à parte adversa, o que a jurisprudência e a mais recente doutrina brasileira vêm denominando como assédio processual. Restou incontroverso nos autos a utilização pelos recorrentes, na ação executiva, até o presente momento, dos seguintes expedientes:

- 1) Exceções de pré-executividade;
- 2) Recursos de agravo de instrumento das decisões denegatórias das exceções de pré-executividade;
- 3) Petição alegando irregularidade no instrumento procuratório;
- 4) Exceção de Incompetência do juízo de Lucas do Rio Verde.

Pois bem, analisemos tais tópicos a fim de verificar a configuração do ato ilícito.

De início já registro que a petição alegando irregularidade no instrumento procuratório, bem como a arguição de exceção de incompetência, não se prestam à configuração do alegado assédio processual, posto que de fato a irregularidade no instrumento procuratório existia, conforme demonstra o documento de fls. 207. Portanto, de forma alguma trata-se de arguição infundada, tanto que a irregularidade foi sanada com a juntada da procuração de fls. 274.

No que concerne à Exceção de Incompetência apresentada, não consta nos autos informação de que já teria sido julgada. Assim, não compete a esta Turma julgadora, neste momento, analisar a procedência ou não dos seus fundamentos. Desse modo, desconsidero tal argumento para a análise quanto à configuração do assédio processual.

Todavia, quanto à interposição das exceções de pré-executividade pelos executados, muitas considerações devem ser feitas. Com efeito, houve a interposição, em momentos distintos, de duas exceções de pré-executividade. A primeira, ao fundamento de que a obrigação objeto da ação executiva seria de pagar e não de entrega de coisa certa, mesmo constando no título executivo que o pagamento seria efetuado em produto “soja” nele especificado. Diante desse detalhe, qual seja, a expressa menção de que o pagamento se daria pela entrega do produto “soja”, impossível ao magistrado constatar, de pronto, se realmente a obrigação referia-se a entrega de coisa certa ou pagamento em dinheiro, tendo sido, em razão disso, indeferida a exceção.

A segunda exceção de pré-executividade escorou-se no argumento de que a obrigação encontrava-se satisfeita, apresentando como prova de tal fato, documentos inábeis a demonstrar o pagamento, dependendo mais uma vez, a questão, de dilação probatória. Tanto é assim, que um desses documentos ocasionou a ação cautelar incidental de exibição de documentos objeto do Recurso de Apelação Cível nº 89149/07 apensado a estes autos, em razão da existência de dúvida sobre a que título o pagamento nele mencionado teria sido efetuado.

As duas exceções de pré-executividade restaram indeferidas pelo juiz de primeiro grau por tratarem, evidentemente, de questões que dependiam de prova, passíveis de análise em Embargos à Execução. Ambas decisões, aliás, impugnadas perante este Tribunal através dos Recursos de Agravo de Instrumento nºs 29668/2005 e 31747/2005. As decisões recorridas foram confirmadas pelo Tribunal no que tange

ao indeferimento das exceções de pré-executividade, em razão da completa inobservância das matérias que esta deve versar, quais sejam, aquelas que possam ser conhecidas de ofício e que não dependam de dilação probatória e contraditório.

Os acórdãos de tais recursos receberam as seguintes ementas:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE JULGADA IMPROCEDENTE – ALEGAÇÃO DE QUE O PROCEDIMENTO ADOTADO PELO EXEQUENTE NÃO É ADEQUADO PARA A ENTREGA DO DIREITO MATERIAL INVOCADO – NÃO PROCEDÊNCIA – ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA – NÃO CONFIGURADO – MULTA ANULADA – RECURSO COM PROVIMENTO PARCIAL.

A utilização da Exceção de Pré-Executividade cinge-se àquelas matérias suscetíveis de serem conhecidas de ofício, que não dependem de dilação probatória e contraditório. O procedimento utilizado pelo exequente/agravado é idôneo para atingir o direito material por ele perseguido. Se não restar configurado nos autos ato atentatório à dignidade da justiça, a multa aplicada pelo juízo singular deve ser anulada.” (TJMT. 3ª T. RAI 29668/2005. Rel. Des. Guiomar Teodoro Borges. Julgado em 23-8-2005) - destaquei

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE JULGADA IMPROCEDENTE – ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO DA DÍVIDA EXECUTADA NÃO CONFIGURADA – CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTA POR ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA – IMPROCEDÊNCIA – MULTA ANULADA – RECURSO COM PROVIMENTO PARCIAL.

A alegação de pagamento de dívida executada deve vir acompanhada de documentos hábeis que efetivamente comprovem sua quitação, vale dizer, são aqueles que o juiz pode aferir de plano quanto sua veracidade, autenticidade e direta relação com a obrigação tida por inadimplida.

A utilização da Exceção de Pré-Executividade cinge-se àquelas matérias suscetíveis de serem conhecidas de ofício, que não dependem de dilação probatória e contraditório. Anula-se multa aplicada por ato atentatório à dignidade da justiça, quando não restar comprovado que a parte se opõe maliciosamente à execução com o propósito protelatório.” (TJMT. 3ª T. RAI 31747/2005. Rel. Des. Guiomar Teodoro Borges, julgado em 06-9-2005) - destaquei

Já é entendimento pacífico perante a doutrina que *“através da exceção de pré-executividade poderá o executado alegar qualquer matéria de ordem pública, ligada à admissibilidade da execução, e que poderia – em razão desta sua natureza – ser conhecida de ofício pelo juízo da execução”*. (CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol II. 8ª ed. p. 440 e 441)

Assim, por duas oportunidades, utilizaram-se os apelantes de expedientes previstos pela legislação processual sim, mas em manifesta inobservância dos requisitos legalmente previstos e em evidente detrimento ao célere andamento processual, infringindo, portanto, o artigo 14 do Código de Processo Civil e sendo, por isso, alcançados pelos artigos 16, 17 e 600 do mesmo *codex* legal. Nesse sentido, observam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“17. Incidentes manifestamente infundados: agindo o litigante de forma procrastinatória, provocando incidentes destituídos de fundamentação razoável, será considerado de má-fé. O termo ‘incidente’ deve ser entendido em

sentido amplo, significando incidente processual (exceção, impugnação do valor da causa etc.), ação incidente (ADI, reconvenção, incidente de falsidade, embargos do devedor, impugnação ao cumprimento de sentença, embargos de terceiro, denúncia da lide, chamamento ao processo etc.) e interposição de recursos.

(...)

19. O direito de recorrer é constitucionalmente garantido (CF, 5º, LV). No entanto, o abuso desse direito não pode ser tolerado pelo sistema. Esta é a razão pela qual é correta e constitucional a previsão do CPC 17, VII. Entendíamos que a interposição do recurso manifestamente infundado já se encontrava prevista no CPC 17, VI, conforme comentário a esse dispositivo acima. O recurso é manifestamente infundado quando o recorrente tiver a intenção deliberada de retardar o trânsito em julgado da decisão por espírito procrastinatório. É também manifestamente infundado quando destituído de fundamentação razoável ou apresentado sem as imprescindíveis razões do inconformismo. O recurso é, ainda, manifestamente infundado quando interposto sob

fundamento contrário a texto expresso de lei ou a princípio sedimentado da doutrina e da jurisprudência.” (in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10 ed, 2007. p. 215) - destaquei

A análise da farta documentação existente nos autos trazida, inclusive, pelos próprios apelantes, permite concluir que estes agem como que a “guardar” argumentos para ir, durante o processo, lançando-os nos autos, em momentos inoportunos, prejudicando a entrega jurisdicional.

Observo ainda que os documentos destinados a demonstrar a quitação do débito, apresentados por ocasião da segunda exceção de pré-executividade ajuizada, em 21-6-2005, datam de 07-5-2004, 15-6-2004 e 18-6-2004 (fls. 286/288). No entanto, a primeira exceção de pré-executividade é datada de 20-12-2004.

Ora, se por ocasião da apresentação da primeira exceção de pré-executividade já existiam provas da quitação do débito, por que estas não foram imediatamente apresentadas quando da sua primeira manifestação nos autos? Portanto, claro se mostra, a meu ver, o abuso do direito de defesa por parte dos executados/apelantes, na medida em que interpuseram repetidamente, medidas processuais destituídas de fundamento com o evidente objetivo de tornar a marcha processual mais morosa, causando manifesto prejuízo à parte adversa que, “de mãos atadas”, não consegue ter adimplido o seu direito constitucional de receber a tutela jurisdicional célere e precisa, conforme preceitua o artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal, segundo o qual:

“LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, ao inserir o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Magna Carta, alçou à condição de direito fundamental a razoável duração do processo, bem como os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, seja no âmbito judicial ou administrativo.

Assim, é dever do Judiciário, garantir essa celeridade, essa efetiva prestação da tutela jurídica, e principalmente coibir todo e qualquer ato atentatório ao princípio constitucional da efetividade processual.

E isto é assim porque a morosidade processual além de causar prejuízo à parte individualmente, afronta também o interesse público, vez que, além de manter sobrecarregado o Poder Judiciário, impede a pacificação dos litígios, finalidade máxima da atividade jurídica.

Como muito bem observou o magistrado de primeiro grau às fls. 688 e 689:

“A tão buscada celeridade na outorga da prestação jurisdicional, garantindo a efetividade do provimento jurisdicional reclamado, depende, e muito, da conduta proba a que deve pautar as partes litigantes, as quais não podem criar mecanismos processuais sem qualquer consistência jurídica, tendo como referência as regras mínimas que norteiam o processo civil brasileiro, com o objetivo de retardar e postergar a atuação do poder judicante em sua atividade constitucional que é a de promover a pacificação social através da resolução dos conflitos emergentes, pelo que o poder judiciário não deve se mostrar complacente com tais atitudes, as quais com certeza atribuem ainda para o descrédito do poder, mas sim reprimi-las de acordo com o sistema jurídico em vigor.”

Assim, como muito bem observa o advogado paulista João Batista Chiachio em interessante artigo denominado Assédio Processual, disponível no endereço eletrônico <http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=163&rv=direito> (visualizado em 13-8-2008): “Nesse sentido, louvável se mostra a decisão em comento, uma vez que, fulcrada no caráter pedagógico do dever de indenizar, apresenta novo instrumento destinado a propiciar a efetividade e a celeridade do provimento jurisdicional. De certo, a exemplar sanção aplicada in casu desencoraja tanto a própria parte condenada a reiterar sua conduta, como também todo e qualquer outro indivíduo que venha a litigar em âmbito jurisdicional, dado o receio de prejuízo decorrente de eventual sanção que igualmente lhe fosse imputada. Desestimulado o assédio processual, torna-se possível o regular andamento do feito, e a entrega da prestação jurisdicional de forma rápida, guardada a reserva do possível, em face dos já notoriamente conhecidos problemas estruturais do Poder Judiciário brasileiro.”

Ressalto que o fato da pena referente à litigância de má-fé ter sido excluída por este Tribunal, por ocasião do julgamento dos recursos de agravos de instrumento

acima mencionados, em nada altera a configuração do assédio processual neste momento. Isto porque naqueles recursos, cada ato foi analisado isoladamente. De fato, ali, o ato atentatório à justiça não se apresentava. Aqui, contudo, a situação se mostra diferente na medida em que é possível vislumbrar toda a realidade processual que tem ocorrido na ação executiva e nos feitos a ela relacionados. Ou seja, não cada ato de forma isolada, mas sim juntos na formação de toda a relação processual. E apenas essa visão do todo, da repetição de expedientes infundados, é que permite analisar a conduta da parte e o seu intento procrastinatório.

Em brilhante decisão, que se tornou, inclusive, o paradigma sobre o assunto perante a jurisprudência pátria, a Juíza Federal Mylene Pereira Ramos da 63ª Vara do Trabalho da Seção Judiciária de São Paulo, ao julgar o Processo nº 02784200406302004, estabeleceu que: *“Praticou a ré ‘assédio processual’, uma das muitas classes em que se pode dividir o assédio moral. Denomino assédio processual a procrastinação pro uma das partes no andamento de processo, em qualquer uma de suas fases, negando-se a cumprir decisões judiciais, amparando-se ou não em norma processual, para interpor recursos, agravos, embargos, requerimento de provas, petições despropositadas, procedendo de modo temerário e provocando incidentes manifestamente infundados, tudo objetivando obstaculizar a entrega da prestação jurisdicional à parte contrária.”* Firme nessas razões, é que constato, também aqui, a configuração da prática do assédio processual pelos ora recorrentes, capaz de ocasionar dano moral à parte que se vê tolhida do seu direito fundamental à célere prestação jurisdicional. Todavia, não na prática de todos os atos processuais mencionados pelo autor e acatados pelo magistrado da instância de piso, mas apenas na interposição, indevida e infundada das duas exceções de pré-executividade e seus conseqüentes recursos de agravos de instrumento.

Dessa forma, estando o ato ilícito do assédio processual plenamente configurado na interposição repetida das duas exceções de pré-executividade, entendo que a verba indenizatória fixada a título de danos morais deva ser reduzida sim, mantendo-se, todavia, o caráter educativo e sancionatório da decisão impugnada. Assim, considero razoável a importância de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de indenização por danos morais advindos do assédio processual. Note-se que a redução da verba indenizatória não implica sucumbência recíproca, consoante Súmula 326 do STJ. Com essas considerações, conheço dos recursos e dou-lhes parcial provimento para reduzir a verba fixada a título de indenização por danos morais, para a soma de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

Custas e honorários pelos recorrentes.

É como voto.