

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Lúcio Antônio Biazus

DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABUSO DO DIREITO
DE AÇÃO

Passo Fundo
2011

Lúcio Antônio Biazus

DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABUSO DO DIREITO
DE AÇÃO

Monografia jurídica apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Vanderlise Wentz Baú.

Passo Fundo
2011

Aos meus colegas e amigos da Faculdade de Direito,
que compartilharam comigo os primeiros passos desta longa caminhada ,
tornando-a muito melhor...

AGRADECIMENTOS

A Deus e a Santo Antônio,
onde sempre busquei e encontrei conforto.

À minha família,
os grandes responsáveis da minha chegada até aqui.

À minha estimada Orientadora (permita-me) Lise,
pela orientação e confiança, bem como pela grande amizade e consideração.

Aos meus amigos,
cujos ouvidos, mesmo leigos, estiveram atentos para me ouvir,
assim como pelo afastamento nestes dias de pesquisa.

Aos Professores da Faculdade de Direito,
que de alguma forma contribuíram para a realização da presente monografia.

“Iniquo seria admittir como effeito natural do exercicio do direito de demanda o empobrecimento injusto daquelle a quem assiste um direito incontroverso, ao passo que ao seu causador nada soffreria sinão a condemnação nas custas. A recusa systematica á indemnisação do damno [...], sob o pretexto de difficuldades na sua verificação é uma fôrma pouco disfarçada de denegação de justiça. Negue-se a indemnisação, nos casos em que se não provar ter sido o damno [...] causado pelo exercicio da demanda, mas, em these, deixe-se caminho para provar, em cada caso que fôr presente aos juizes, que tal damno foi resultante do exercicio indevido da demanda. Si o julgador, aqui como em toda materia do acto illicito, apreciar o assumpto com o descortino presumivel em quem exerce a alta ficção de julgar, não ha que temer nenhum arbitrio. Não devemos reduzil-o á funcção automatica de ajustar a um texto inflexível um certo numero de hypotheses preconcebidas. O direito não póde desconhecer a essencial variabilidade do meio onde deve ser applicado.”

Jorge Americano

RESUMO

O direito de ação, incerto na Constituição Federal e balizado no Código de Processo Civil não está imune às práticas abusivas. Em que pese a doutrina, nesse aspecto, pouco tenha se detido, o abuso de direito encontrou no direito de ação terreno fértil para implantar-se. Aliás, nas últimas décadas, o aumento das demandas judiciais, em face da facilitação de acesso ao Poder Judiciário, fez com que se verificasse um aumento do número de casos em que o direito de ação é desvirtuado de sua finalidade social, econômica e jurídica. Com efeito, busca-se no presente estudo verificar onde o abuso do direito de ação ocorre, especialmente por constituir Direito e Garantia Fundamental, bem como se investiga a possibilidade de ação autônoma de responsabilidade civil em face de quem se valeu do direito de ação de maneira abusiva, com a finalidade de buscar a reparação de eventuais danos patrimoniais e morais decorrentes. A relevância teórica que se visa é desvelar esse universo jurídico conflitante, pois de um lado tem-se o direito de ação enquanto garantia Constitucional e, de outro, a necessidade de observar os interesses da parte demandada e coibir o uso indevido de uma garantia constitucional. Para a realização da pesquisa científica, se utilizou do método dedutivo e, quanto ao método procedimental, se utilizou do bibliográfico e o documental, que demonstraram, ao final, ser possível a responsabilização e condenação de quem utiliza o direito de ação de maneira abusiva.

Palavras-chave: abuso do direito de ação; indenização; responsabilidade civil.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.:	Artigo
Arts.:	Artigos
CC.:	Código Civil
CF.:	Constituição Federal
CPC.:	Código de Processo Civil
Inc.:	Inciso
TJ.:	Tribunal de Justiça
RS.:	Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 DA CIÊNCIA DO DIREITO PROCESSUAL	10
1.1 Das linhas evolutivas da ciência processual	10
1.2 Dos institutos fundamentais da ciência processual no direito brasileiro	14
1.3 Do direito de ação.....	20
2 DO ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO	29
2.1 Do abuso de direito.....	29
2.2 Do abuso do direito de ação	39
2.3 Das diferenças entre o abuso do direito de ação e a litigância de má-fé.....	47
3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO	51
3.1 Da possibilidade de ação indenizatória pelo abuso do direito de ação.....	51
3.2 Dos pressupostos para verificação da responsabilidade pelo abuso do direito de ação	56
3.3 Dos danos decorrentes do abuso do direito de ação	65
CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	81

INTRODUÇÃO

O abuso de direito, há tempos, é matéria que traz inquietudes no cenário jurídico, seja pela posição de Planiol que combate o uso da expressão, seja pelo pensamento de Duguit que nega a possibilidade de sua ocorrência. Não obstante, a doutrina e a jurisprudência muito se debruçaram sobre esse assunto, asseverando a possibilidade de o sujeito, calcado em um direito subjetivo, de subvertê-lo, ultrapassar seus limites, desviar-lhe a finalidade e, com isso, atacar a ordem jurídica e cometer ato ilícito. Assim, surge uma vastidão de posicionamentos acerca do assunto, que trataram de estudar as ocorrências e conseqüências.

O direito de ação, incerto na Constituição Federal e balizado no Código de Processo Civil, não está imune às práticas abusivas. Em que pese à doutrina, nesse aspecto, pouco tenha se detido, o abuso de direito encontrou no direito de ação terreno fértil para implantar-se. Aliás, nas últimas décadas, o aumento das demandas judiciais, em face da facilitação de acesso ao Poder Judiciário, fez com que se verificasse um aumento do número de casos em que o direito de ação é desvirtuado de sua finalidade social, econômica e jurídica. Talvez o tema nunca estivesse tão atual.

Com efeito, busca-se no presente estudo verificar onde o abuso do direito de ação ocorre, especialmente por ser esse direito, também, garantia Constitucional, bem como investiga-se a possibilidade de ação de responsabilidade civil em face de quem se utilizou do direito de ação de maneira considerada abusiva. Para tanto, inicialmente iremos delinear alguns contornos acerca da ciência do direito processual, com suas linhas evolutivas e institutos fundamentais. Após, tratar-se-á do abuso do direito de ação, analisando o abuso de direito subjetivo, os casos em que se verifica abuso do direito de ação, bem como sua diferença com o instituto processual da litigância de má-fé. Ao final, tratar-se-á da responsabilidade civil decorrente do abuso do direito de ação, na esteira da possibilidade de ação indenizatória movida em face do autor do ato ilícito, bem como se examinará os pressupostos da responsabilidade, com ênfase nos danos decorrentes do processo em que o abuso ocorreu.

A relevância teórica que se visa é desvelar esse universo jurídico conflitante, pois de um lado tem-se o direito de ação enquanto garantia Constitucional e, de outro, a necessidade de observar os interesses da parte demandada, assim entendidos como seus Direitos e Garantias Fundamentais, inerentes a sua personalidade. Com efeito, o objetivo é verificar a

possibilidade de o demandado, em ação autônoma de responsabilidade, buscar a reparação de eventuais danos causados em razão do abuso do direito cometido no âmbito de ação judicial.

Valorar os danos decorrentes do abuso do direito de ação e a possibilidade de o demandado buscar ressarcimento - tanto no plano patrimonial como moral -, são de fundamental importância no atual contexto social, especialmente diante da crescente judicialização dos conflitos, que também conferem ao problema evidente relevância jurídica.

A doutrina, como dito anteriormente, pouco se debruçou sobre o tema, havendo quem, inclusive, negasse a existência do abuso de direito. De outro lado, há quem assevere que o abuso de direito é decorrência lógica de determinadas posições assumidas pelo seu titular. No abuso do direito de ação, há quem defenda a possibilidade de o prejudicado ingressar com ação autônoma de responsabilidade em face de quem utilizou a ação de forma abusiva e quem se oponha, sob o argumento de que o direito de defesa já se presta para tal fim.

Para a realização da pesquisa científica se utilizou do método dedutivo. Destarte, o abuso de direito, enquanto ato ilícito, pode ser capaz de gerar responsabilidade civil, se desse fato decorrerem danos. Logo, utilizando-se de um raciocínio lógico, transplantar-se-á as consequências do abuso de direito para o abuso do direito de ação. Quanto ao método procedimental, se utilizou do bibliográfico e documental, mediante a análise da bibliografia já tornada pública em relação ao objeto da pesquisa, tais como livros, teses, pesquisas, revistas etc., bem como no levantamento de dados contidos em documentos, especialmente jurídico-legais.

Todas essas questões, seguramente, demandam um estudo aprofundado da matéria, uma vez que tanto o direito de ação, quanto os direitos inerentes a personalidade da parte demandada, não somente no universo jurídico, mas na conjuntura social, têm especial realce. Inevitável que para se realizar justiça é imperioso que as partes ajam de maneira a não desvirtuar os reais fundamentos do sistema jurídico pátrio, calcados nos objetivos de repelir os atos ilícitos bem como punir o agente que, com sua ação, causar danos a outrem.

1 DA CIÊNCIA DO DIREITO PROCESSUAL

Sociedade e direito, a toda evidência, caminham lado a lado. Não se concebe a existência de uma sociedade sem regras de conduta que disciplinem as relações dos indivíduos que a compõem, formando o direito material.

O direito material, portanto, exerce uma função coordenadora na sociedade, permitindo o convívio harmônico dos seus membros.

Todavia, nem sempre o direito material é suficiente a manter a ordem social, pois a diversidade de interesses, antagônicos, pode fazer surgir o conflito, fato social que gera situações de instabilidade e clama uma solução judicial.

Desta forma, faz-se imperativo conhecer as linhas evolutivas da ciência processual, bem como os institutos que lhe são fundamentais, como a jurisdição, o processo e a ação, nortes da presente investigação.

1.1 Das linhas evolutivas da Ciência Processual

A história nos mostra que a solução dos conflitos de interesses nem sempre foi tarefa do Estado, tal qual se dá nos dias atuais, passando-se por fases que vão da autotutela ou autodefesa, atravessando a autocomposição até a heterocomposição. Essas três fases, apesar de logicamente existentes, não existiram em termos cronológicos, como fases históricas propriamente ditas, mas como princípios orientadores que prevalecem até hoje, ora prevalecendo uma forma, ora outra. Segundo Greco Filho,

simultaneamente ao nascimento do direito, que tem por fim a solução justa dos conflitos ou convergências de interesses, surgem os mecanismos, previstos pelo próprio direito, da efetivação das soluções por ele dispostas. Costuma-se dividir o sistema de efetivação de direitos em três fases distintas: a autotutela, a autocomposição e a jurisdição.¹

No período da *autotutela* ou autodefesa, também denominada *justiça pelas próprias mãos*, o conflito era resolvido pelos próprios envolvidos e com base na força, ou seja, o mais

¹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 20. ed. v. 1. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 30.

forte impunha sua vontade ao mais fraco, o que, por certo, não era garantia de justiça, como se extrai da lição a seguir:

A esse regime chama-se *autotutela* (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto-de-vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado, sobre o mais fraco ou mais tímido.² (grifos do autor)

Atualmente a autotutela como forma de solução dos conflitos de interesses é vedada pelo direito pátrio, caracterizando, inclusive, conduta típica (art. 345 do Código Penal). Contudo, ela é admitida, por exceção, em algumas situações, quando é denominada de autotutela tolerada, como ocorre no desforço possessório, atuando como excludentes da ilicitude. Sobre o tema Ada Pellegrini discorre:

Apesar da enérgica repulsa à autotutela como meio ordinário para a satisfação de pretensões e benefício do mais forte ou mais astuto, para certos casos excepcionalíssimos a própria lei abre exceções à proibição. Constituem exemplos o direito de retenção (CC, arts. 578, 644, 1.219, 1.433, inc. II, 1.434 etc), o desforço imediato (CC, art. 1.210, § 1º), o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (CC, art. 1.283), a auto-executoriedade das decisões administrativas; sob certo aspectos, podem-se incluir entre essas exceções o poder estatal de efetuar prisões em flagrante (CPP, art. 301) e os atos que, embora tipificados como crime, sejam realizados em legítima defesa ou estado de necessidade (CP, arts. 24-25; CC arts. 188, 929 em 930).³

No período da *autocomposição*, por sua vez, as partes ainda resolviam, por si, o conflito de interesses, mas não pela força, e sim, por formas amigáveis como a renúncia, a desistência e a transação. Trata-se de um período de composição dos conflitos de interesses muito evoluído, no qual a solução era alcançada contratualmente, que para Greco filho “jamais existiu como fase histórica, porque jamais o homem foi tão altruísta a ponto de erigir como regra a renúncia, a abdicação, a transigência. Isto, aliás, não aconteceu nem nas sociedades religiosas”.⁴

² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 27.

³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 35.

⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 20. ed. v. 1. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 31.

No direito pátrio encontra-se a previsão legislativa dessas formas de autocomposição, quando no artigo 269, II e V, do Código de Processo Civil⁵, o processo poderá ser extinto, com resolução do mérito, se houver renúncia, transação ou, sem resolução do mérito, pela desistência (art. 267, VIII, CPC⁶).

Finalmente, no período da *heterocomposição*, passou-se a designar um terceiro estranho ao conflito para que o solucionasse, surgindo, assim, a solução arbitral, que inicialmente era privada e só depois, com o fortalecimento do Estado e a assunção por este da tarefa de solucionar os conflitos de interesses é que se tornou pública e obrigatória, tal como se dá nos dias atuais.

Considerando que o direito processual moderno é derivado do direito Romano e Germânico, não se pode deixar de passar pelos três períodos do processo no Direito Romano: Lei das Ações, Período Formulário e Cognição Extraordinária. Segundo Paula,

o processo no Direito Romano é visto em três períodos: o das *legis actiones* (vigorou desde a fundação de Roma – 754 a.C – até fins da República), o da *per formulas* (iniciado a partir do declínio da República, atingiu seu auge com a edição da *Lex Aebutia*, em 149-126 a.C., e da *Lex Julia Privatorum*, em 17 a.C., findando-se com o Imperador Dioclesiano, entre 285-305 d.C.) e o da *extraordinária cognitio*, iniciado a partir do principado em 27 d.C., encerrando-se com a queda do império Romano do Ocidente (568 d.C.). Essa divisão não se apresenta de forma absoluta e seus períodos não se encontram, nitidamente separados.⁷ (grifos do autor)

Nos dois primeiros períodos, o da lei das ações (*legis actiones*) e formulário (*per formulas*) a solução arbitral era facultativa, pois as partes escolhiam, de comum acordo, o árbitro, que era um particular e se comprometiam a aceitar a decisão por ele proferida.

Outrossim, já no período da cognição extraordinária (*extraordinária cognitio*) com o aumento da autoridade estatal, os árbitros não eram mais particulares escolhidos pelas partes, mas integrantes do quadro estatal. Nesse período completou-se o ciclo evolutivo da justiça privada facultativa para a justiça pública obrigatória. Aduz Cretella Júnior:

⁵ Art. 269. Haverá resolução de mérito: II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido; [...] V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

⁶ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...]VIII - quando o autor desistir da ação; [...]

⁷ PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **História do Direito Processual Brasileiro**: Das origens Lusas à Escola Crítica do Processo. 1. Ed. Barueri: Editora Manole Ltda, 2002, p. 32.

Neste período, os magistrados não são simples particulares, indicados pelas partes, como no antigo direito, São agentes categorizados, pertencentes ao Estado e dispostos em escala hierárquica. O processo romano perde aos poucos os traços *privatístico*, caminhando num sentido *publicístico*. É a *estatização* ou *publicização* do processo.⁸ (grifos do autor)

Com o exercício do monopólio estatal de solucionar os conflitos de interesses e a autonomia do direito processual em relação ao direito material, já na fase científica do desenvolvimento do direito processual, começam a se delinear alguns institutos e conceitos essenciais que compõem a ciência processual. Marco importante desse momento é a obra de Oskar Von Bulow, denominada de Teoria dos Pressupostos Processuais e das exceções dilatórias, publicada em 1868, na qual ele sistematiza a idéia de que existe uma relação de direito processual diversa daquela de direito material que lhe serve de base, independente e autônoma. Rios Gonçalves afirma que “foi a partir daí que o processo civil adquiriu autonomia, como ciência independente, passando a ter institutos e princípios próprios. A nova ciência tratou logo de definir os contornos de seus institutos fundamentais, como a jurisdição, a ação, exceção e processo”.⁹

A evolução legislativa processual pátria tem acompanhado a evolução científica, tanto, assim, que nossos Códigos de Processo Civil (1939 e 1973), foram elaborados à luz dos critérios e conceitos dominantes na fase científica da ciência processual. Em especial o Código de Processo Civil de 1973, ainda vigente, pois foi elaborado pelo professor e ex-ministro da Justiça Alfredo Buzaid, com base nas idéias difundidas na Escola Processual de São Paulo, na época, com inspiração no pensamento do processualista italiano Enrico Túlio Liebmann, que esteve no Brasil por um período após a Segunda Guerra Mundial. Para Ada Pellegrini “foi assim que os jovens dos anos quarenta se prepararam para dar início a um verdadeiro movimento científico no Brasil, ligados por íntima unidade de pensamento, a ponto de mais tarde um autor estrangeiro referir-se à ‘Escola Processual de São Paulo’”.¹⁰

Com efeito, o atual Código de Processo Civil encontra sua estrutura em três institutos fundamentais: ação, jurisdição e o processo. Trata-se da trilogia estrutural da ciência do processo civil brasileiro. Nesse sentido transcreve-se a lição de Freitas Câmara:

⁸ *Apud* PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **História do Direito Processual Brasileiro**: Das origens Lusas à Escola Crítica do Processo. 1. Ed. Barueri: Editora Manole Ltda, 2002, 71.

⁹ RIOS GONÇALVES, Marcus Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. Saraiva. São Paulo, 2006, p. 24.

¹⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 137.

Não parece possível o oferecimento de qualquer contestação à existência da teoria geral do Direito Processual. É Inegável o imenso número de institutos afins a todos dos ramos do Direito Processual, podendo servir como exemplo do que acaba de ser afirmado o fato de que todos os citados “ramos” têm uma base comum, formada pela ‘trilogia estrutural do Direito Processual’, a qual é formada pela jurisdição, pela ação e pelo processo.¹¹

Contudo, alguns autores como Eduardo Couture e Cândido Rangel Dinamarco, acrescentam a esses institutos a defesa (exceção), defendendo, assim, a tetralogia estrutural do Processo Civil. Nesse sentido se posiciona também Rios Gonçalves ao se referir que são institutos fundamentais do processo civil: “aqueles que constituem o arcabouço da ciência. Todas as notas de cunho processual estão relacionadas ou têm por objeto um desses institutos fundamentais, que são quatro: a jurisdição, a ação, a defesa ou exceção e o processo”.¹²

Deste modo, como o atual Código de Processo Civil Brasileiro adota como institutos fundamentais do direito processual civil, a ação, a jurisdição e o processo, bem como, segundo alguns autores, a exceção ou defesa, consoante já referido, passar-se-á pelo estudo de cada um desses institutos, o que se torna imperioso à compreensão do objeto de pesquisa do presente trabalho.

1.2 Dos institutos fundamentais da ciência processual no direito brasileiro

A jurisdição, em regra, é inerte, e o instituto fundamental da ação permite sua provocação. O direito de ação, que será visto em mais adiante, põe em movimento a jurisdição por meio de um instrumento (e outro instituto fundamental), que é o processo.

Jurisdição, ação e processo caminham lado a lado na formação da ciência processual, e definir bem os seus contornos faz-se imprescindível à compreensão de onde encerra o direito e começa o abuso em seu exercício.

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 19.ed. Vol. 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 11.

¹² RIOS GONÇALVES, Marcus Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. Saraiva. São Paulo, 2006, p. 45.

a) Da jurisdição

Inicialmente, cabe situar a jurisdição como uma das três funções do Estado no exercício de sua soberania, ao lado da função legislativa e administrativa. Quando o Estado exerce sua função legislativa, superficialmente, cria normas aplicáveis a casos futuros, de forma abstrata. De outro lado, no labor do exercício da atividade administrativa, o Estado exerce uma função que a ele sempre foi imputada (função originária), diretamente interessado no resultado (parcialidade), sendo seus atos passíveis de revogação ou modificação, em regra, a qualquer tempo. Contudo, quando age na sua função jurisdicional, atua resolvendo fatos já ocorridos, aplicando a norma abstrata aos casos concretos. Trata-se, logo, de uma função substitutiva, pois o Estado se substitui na vontade das partes (autotutela) e desempenha tal papel de maneira imparcial, sem interesse direto no resultado final.¹³

Não é pacífico na doutrina, a concepção de que a atividade jurisdicional é substitutiva da vontade das partes. Acerca do tema mais uma vez não existe na doutrina uma uníssona posição. Algumas delas, inclusive, bastante divergentes entre si. Contudo, apresentar-se-á algumas das posições reputadas mais relevantes acerca do tema, na seara dos mais respeitados doutrinadores.

Para Carnelutti, a jurisdição consiste na atividade do juiz em dizer o direito, compondo a *lide*. Logo, somente se haveria falar em jurisdição quando houvesse um conflito de interesses, qualificado pela pretensão de alguém resistida por outrem.¹⁴

Ocorre que Carnelutti sempre buscou aproximar o conceito de jurisdição ao conceito de *lide*. Contudo, na atualidade, não se aceita a premissa de que o Estado apenas exerce jurisdição quando interfere em relações onde há conflito de interesses. Se assim o fosse, os atos de cumprimento ou execução de uma sentença condenatória não seriam considerados atos jurisdicionais.

Giuseppe Chiovenda, por sua vez, define jurisdição como

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 19.ed. Vol. 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 63-65.

¹⁴ *apud* BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997 p. 67.

[...] função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade particular ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.¹⁵

A ciência de Chiovenda sobre jurisdição também não é capaz de superar os obstáculos impostos pelos novos paradigmas da noção de Estado e função jurisdicional, já que parte da premissa de que exista lei genérica e abstrata capaz de definir todas as eventualidades que possam vir a tornarem-se concretas, cabendo ao juiz apenas a atividade de afirmar a existência da lei, ou seja, declará-la no caso concreto ou torná-la efetiva. Trata-se, deste modo, de atividade voltada a declarar ou aplicar a vontade legislativa, substituindo-se na vontade das partes. Ocorre que a lei não é capaz de prever todas as situações que possam vir a ocorrer, motivo pelo qual a noção de Chiovenda acerca da jurisdição também encontra-se superada.

Assim, a doutrina clássica não mais é suficiente para ultrapassar as novas prescrições da jurisdição. O juiz desempenha outras atividades que não exclusivamente o bom emprego da lei ao caso concreto. Não raras vezes o juiz realiza atividade criativa – cria o direito no caso concreto –, imposta pela impotência do Estado em criar normas, mesmo que genéricas e abstratas, que regulem todas as situações da vida.

Não é mais possível utilizar a noção de jurisdição criada para um modelo de Estado que não mais existe, notadamente em razão de diversos fatores, tais como: *i*) a redistribuição das funções do Estado, com a criação de agências reguladoras (entes administrativos, com funções executiva, legislativa e judicante) e executivas; *ii*) a valorização e o reconhecimento da força normativa da Constituição, principalmente das normas-princípio, que exigem do órgão jurisdicional uma postura mais ativa e criativa para a solução dos problemas; *iii*) o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, que impõe a aplicação direta das normas que os consagram, independentemente da intermediação legislativa; *iv*) a criação de instrumentos processuais como o mandado de injunção, que atribui ao Poder Judiciário a função de suprir, para o caso concreto, a omissão legislativa; *v*) a alteração da técnica legislativa: o legislador contemporâneo tem-se valido da técnica das cláusulas gerais, deixando o sistema normativo mais aberto e transferindo expressamente ao órgão jurisdicional a tarefa de completar a criação da norma jurídica ao caso concreto; *vi*) a evolução do controle de constitucionalidade difuso, que, dentre outras conseqüências, produziu entre nós a possibilidade de enunciado vinculante da súmula do STF em matéria constitucional, texto normativo de caráter geral, a despeito de produzido pelo Poder Judiciário.¹⁶

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3.ed. Vol. II. Trad. bras. de J Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1969, p. 03.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11.ed. vol. 1. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 67-68.

Assim, inafastavelmente, o conceito de jurisdição deve ser situado no tempo e espaço, para que possa refletir a proximidade com atividade jurisdicional efetivamente prestada pelo Estado. Por isso que a doutrina clássica não é mais suficiente para ditar uma solução aproximada para o que conhecemos por jurisdição. Esse poder/dever estatal sofreu fortes modificações no decorrer dos séculos e hoje não mais admite a singela atribuição de *dizer o direito*. Desta maneira, a concluir o pensamento antes delineado, Fredie Didier Jr. vem conceituar jurisdição, de estilo moderno, como

[...] função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).¹⁷

Assim, na percepção mais contemporânea e harmônica com a realidade pátria, a jurisdição pode ser conceituada como atividade estatal realizada por julgador imparcial que, diante de uma situação, aplica o Direito posto ou cria a solução que reputar mais adequada, a fim de realizar a justiça através de decisão que não pode ser revista por outro órgão senão o próprio órgão judicante, que detém a titularidade do poder jurisdicional. Tal decisão, por sua vez, não pode ser combatida por outra decisão, em regra, após fazer coisa julgada, pois estabelece o direito no caso concreto, estabilizando a situação jurídica e dando fim ao conflito de interesses. Ovídio Baptista, para arrematar a questão, destaca dois pressupostos que julga essenciais para que o ato ou a atividade praticada pelo juiz seja considerado jurisdicional, *in verbis*:

[...] a) o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso pelo Juiz, que o realiza por dever de função, ou seja, o Juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, pratica essa atividade como finalidade específica de seu agir, ao passo que o administrador deve desenvolver a atividade específica de sua função tendo a lei por limite de sua ação, cujo objetivo não é a aplicação simplesmente da lei ao caso concreto, mas a realização do bem comum, segundo o direito objetivo; b) o outro componente essencial do ato jurisdicional é a condição de terceiro imparcial em que se encontra o Juiz com relação ao interesse sobre o qual recai a sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o Juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse tutelado.¹⁸

¹⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11.ed. vol. 1. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 67.

¹⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 73-74.

Com efeito, jurisdição não significa aplicação da lei pura e simplesmente ao caso concreto, mas sim a aplicação do Direito, pacificando a contenda e resolvendo o conflito. Ademais, trata-se de dever de função do julgador, que além de ser autoridade Estatal, deve ser necessariamente imparcial, independente e desatrelado do interesse tutelado.

Considerando que a jurisdição é, em regra, inerte, não pode o Estado, utilizando-se do poder de jurisdição, ingressar na esfera privada e buscar resolver conflitos aos quais não foi requerida solução judicial. Seria a própria desvirtuação desse elemento da ciência processual, que requer juiz equidistante e imparcial.

Assim, tem-se a *ação* como meio adequado e necessário para desencadear a atuação jurisdicional. É a ação que provoca o Estado a realizar ou criar o Direito no caso concreto. Vale destacar, entretanto, que a ação é um direito abstrato e subjetivo e enquanto permanecer inerte, também inerte restará à jurisdição.

Não obstante, antes de tratarmos da *ação*, principal vetor desta pesquisa jurídica, trataremos do *processo*.

b) Do processo

Ao lado da ação e da jurisdição, o *processo* é elemento integrante da trilogia da ciência processual. De igual sorte, sua conceituação não é pacífica na doutrina nacional ou alienígena.

Pontes de Miranda, buscando conceituar *processo*, assim o definiu:

Processo, de *procedere* (*pro-zdo*), ir dali para frente, é fato em seguimento, em que não há referência necessária a algum fim, pois há processos químicos e biológicos, em que o fim não aparece. Pode haver apenas alcance ou objetivo. No sentido jurídico, nêle [sic] há série de ações humanas, que entre si se prendem, para se atingir determinado fim, que é a prestação jurisdicional, administrativa ou legislativa pelo Estado, ou – mais largamente – por entidade jurídica.¹⁹ (grifos do autor)

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**: ação, classificação e eficácia. 2.ed. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 287.

Processo significa, à toda evidência, andar para frente (ou ao menos esse é seu escopo). Na acepção jurídica, aliás, exprime trilhar um caminho para se chegar à tutela jurisdicional final, promovida pelo Estado. Assim, o processo objetiva a construção do provimento jurisdicional derradeiro, instaurado na forma de um procedimento realizado em contraditório e animado pela relação jurídica processual.²⁰

É por essa razão que o processo é o meio que conduzirá a demanda posta sob análise do Poder Judiciário a uma decisão jurisdicional. Movido pelo direito de ação exercido, o processo é o conjunto de normas, processuais ou constitucionais, que conduzem os atos das partes e do juiz, construindo, passo a passo e, de regra, sempre andando para frente, a solução da controvérsia.

Assim, o processo é uma categoria autônoma dentro da ciência processual, especialmente diante de sua natureza jurídica, que é enfrentada por Alexandre Freitas Câmara, *in verbis*:

O processo não pode ser incluído em nenhuma das categorias jurídicas conhecidas da doutrina, não sendo espécie de nenhuma delas. Isso se dá pela simples razão de o processo não guardar elementos em comum com nenhum outro instituto jurídico, o que não permite seja o processo reunido a outros institutos em categoria mais ampla. O processo é, ele sim, uma categoria jurídica *per se*, ou seja, uma categoria jurídica autônoma. O processo não é espécie de nenhum gênero. É, ele sim, o gênero que comporta espécies (bastando aqui fazer referência aos processos de conhecimento, de execução e cautelar, espécies da categoria jurídica *processo*).²¹ (grifos do autor)

Com efeito, não se pode confundir processo e procedimento. São conceitos distintos, mas que guardam, todavia, correlação com a ciência processual. O procedimento encontra-se dentro do processo, que é conceito mais amplo. Processo é gênero do qual o procedimento é espécie.

Processo é apenas um; procedimentos são vários. O processo é formado pelos procedimentos, mais as normas e princípios constitucionais informadores, tais como contraditório e ampla defesa.

²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 19.ed. Vol. 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 133.

²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 19.ed. Vol. 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 132-133.

O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo. O processo é indispensável à *função jurisdicional* exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o *instrumento através do qual a jurisdição opera* (instrumento para a positivação do poder).²² (grifos do autor)

Assim sendo, ao lado da jurisdição e do processo, está o direito de ação também como instituto fundamental, o qual será objeto de análise destacado no item seguinte, em razão da sua relevância ao objeto de investigação no presente trabalho.

1.3 Do direito de ação

O instituto da ação deve ser analisado sob dois planos: o direito constitucional e processual.

Sob a ótica constitucional tem-se a ação como garantia genérica prevista no rol de direitos e garantias fundamentais individuais, consoante se depreende do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

O instituto da ação está, portanto, para além do plano puramente processual, motivo pelo qual sua análise, sob a perspectiva constitucional apresenta-se imprescindível.

Quando se trata de analisar uma disposição fundamental, tem-se que tomar por norte a lição de Rui Barbosa, que as divide em declaratórias e assecuratórias, a fim de verificar o que é direito e o que é garantia:

²² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 297.

[...] as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*, estas as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.²³ (grifos do autor)

Desta maneira, inicialmente pode-se situar o direito de ação incerto na Constituição como uma garantia. Isso porque, na esteira da lição de Rui Barbosa, trata-se de instrumento constitucional para a defesa dos direitos. A ação, diante da Constituição Federal, é uma garantia assegurada a todo cidadão que pode exigir, contra o Estado, seu direito de ver prestada a tutela jurisdicional.

Na mesma esteira, Pedro Lenza aduz que os direitos são bens e vantagens dispostos no ordenamento constitucional, sendo que, de outro lado, as garantias são os instrumentos utilizados para assegurar o exercício dos aludidos direitos, sob a forma de prevenção, quando ameaçados ou, de imediato, os repara, caso violados.²⁴

Não diferente é a lição de Jorge Miranda, também preferindo incluir as garantias no plano assecuratório e, os direitos, no plano declaratório, de onde se extrai a diferença das disposições constitucionais sobre direitos e garantias fundamentais, *ipsis literis*:

Clássica e bem actual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.²⁵ (grifos do autor)

Não obstante o direito de ação possa ser ostentado como uma *garantia*, não há se negar também se tratar de um *direito* declarado na Constituição Federal. Isso porque, como vimos alhures, o direito de ação é independente do direito material, ou seja, o direito de

²³ BARBOSA, Rui, apud José Afonso da Silva. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 34.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 360.

²⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 589.

²⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 88-89

demandar contra o Estado a prestação da tutela jurisdicional existe ainda que não verificada a existência do direito material deduzido.

Nessa seara, prefere-se a posição de Canotilho sobre o assunto que defende que as garantias fundamentais são também direitos, em que pese na maioria das vezes se sobreponha o caráter instrumental de proteção aos direitos, pois,

[...] as garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (exemplo: direito de acesso aos tribunais para a defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege e nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio do *non bis in idem*).²⁶ (grifos do autor)

Destarte, o direito de ação, é simultaneamente, direito e de garantia constitucionais, com maior conotação dessa última, balizado no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, donde o cidadão, quando da violação ou perigo de violação de um direito, ou até mesmo diante da inexistência de um direito material positivado, pode demandar contra o Estado a prestação da tutela jurisdicional, em face, ou não, de outro sujeito que, por sua vez, exercerá o direito de exceção.

Neste norte, “trata-se do **princípio da inafastabilidade da jurisdição**, também nominado **direito de ação**, ou **princípio do livre acesso ao Judiciário**, ou, conforme assinalou Pontes de Miranda, **princípio da ubiqüidade da Justiça**.”²⁷ (grifos do autor)

Corolário do próprio direito fundamental de ação e exceção, surge o princípio do acesso à ordem jurídica justa, também extraído do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Tal princípio, com efeito, deve ser analisado sob uma dúplici ótica: de um lado, o direito do cidadão de buscar a resolução do seu conflito no poder judiciário, sem sofrer obstáculos e, de outro lado, o direito à efetividade e justiça da prestação jurisdicional.

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera *admissão ao processo*, ou possibilidade de ingresso em juízo. [...] A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla *admissão de*

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes *apud* MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 33-34.

²⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 614

peças e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal*, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do *contraditório*), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma *participação em diálogo* –, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo o resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a *pacificação com justiça*.²⁸ (grifos do autor)

Observa-se que no primeiro caso, trata-se propriamente do direito de acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário, ou seja, como até agora visto, o direito de demandar contra o Estado a prestação da tutela jurisdicional. É o direito potencial de acionar o Judiciário.

Vale dizer que tal princípio não tem como destinatário apenas o jurisdicionado, mas, especialmente, o legislador e o juiz. No primeiro caso, tal princípio informa ao legislador que lhe é vedado criar barreiras para o acesso aos órgãos jurisdicionais, sob pena da norma ser considerada inconstitucional. Em segundo lugar, o juiz não pode se esquivar de prestar a tutela jurisdicional, pois se a Constituição garante a todos o direito de acesso à ordem jurídica justa, tal direito corresponde, de outro lado, ao dever do Estado em tutelar as posições jurídicas de vantagem que estejam sendo lesadas ou ameaçadas.²⁹

Em decorrência do princípio em análise, não mais se admite, dentro do sistema constitucional pátrio, o que outrora se denominou jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso formado, na dicção do art. 153, § 4º, da Constituição Federal de 1969, na forma da redação dada pela Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977. Assim, para ingressar no Poder Judiciário não é necessário o prévio esgotamento das vias administrativas³⁰, ressalvada a hipótese da justiça desportiva, nos termos do artigo 217, §§ 1º e 2º, da CF³¹, pois esta terá o prazo máximo de 60 dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão judicial.

Todavia, a problemática do acesso à justiça não pode ser analisada nos simples limites do acesso aos órgãos jurisdicionais, pois não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça

²⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 39-40.

²⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 19.ed. Vol. 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 47-48.

³⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 615.

³¹ Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: [...]§ 1º - O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei. [...] § 2º - A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

enquanto instituição Estatal voltada a resolver conflitos, mas sim possibilitar o acesso à ordem jurídica justa.³²

O princípio de acesso à justiça vai além, pautando-se pela justiça do procedimento e do provimento final dado pelo Estado. Na lição de Rui Portanova, parte-se de uma visão axiológica da expressão *justiça*, que passa a ser compreendida como acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais, que buscam métodos idôneos de fazer atuar os direitos e uma justiça mais humana, simples e acessível. Acesso à justiça é princípio informativo do direito de ação e de defesa, sendo o Poder Judiciário o cenário onde os cidadãos podem fazer valer seus direitos individuais e sociais.³³

Logo, não se pode falar em direito de ação e de exceção sem cuidar de tal princípio que lhe é corolário. Ademais, vale destacar, se o Estado avocou para si o poder de resolver os conflitos entre os particulares, quando da passagem da autotutela à necessária jurisdição, proibindo a justiça sobre as próprias razões, não seria conveniente que infligisse barreiras para que esse mesmo cidadão, quando da violação de um direito seu, demandasse contra o Estado a resolução do seu conflito.

Assim, após esse longo período de transição de justiça privada para a justiça pública, donde o Estado avocou para si o poder de dizer o direito – de declarar, constituir, condenar, mandar ou executar –, resolvendo os conflitos e as pretensões resistidas, nasce o direito de ação e de exceção enquanto direitos fundamentais, expressos no art. 5º, inciso XXXV da Constituição.

Ademais, conseqüência de tais direitos, surge o direito de acesso à justiça, emanado do princípio de inafastabilidade da jurisdição ou, como se prefere, princípio do acesso à ordem jurídica justa, donde o cidadão, para ver solucionado determinado conflito, tem o direito de acionar o Poder Judiciário e, deste modo, participar de um processo justo que, ao final, culminará no dever do Estado em decidir as questões que lhe foram demandadas, prestando a tutela jurisdicional final, com o mínimo de resíduos de injustiça, cumprindo, desta forma, com seu dever.

O exercício da tutela jurisdicional é provocado pelo direito subjetivo de ação, seja a tutela preventiva ou reparatória, dispondo, pois, o autor da iniciativa de instauração do processo.

³² WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

³³ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 112-113.

Com efeito, saindo da esfera puramente Constitucional do direito de ação e ingressando no âmbito do *direito processual*, tem-se a ação como um dos temas mais polêmicos de toda a ciência processual, não havendo consenso doutrinário acerca do seu conceito, especialmente, diante das várias concepções existentes sobre o tema. Contudo, consoante lição de Freitas Câmara:

Não se pode deixar de frisar, porém, que, qualquer que seja a concepção adotada, é inegável que a ação é um dos institutos fundamentais do Direito Processual, uma vez que, em razão da inércia da jurisdição, o Estado só poderá – como regra geral – exercer aquela função após a provocação do interessado, o qual se dá mediante o exercício do direito de ação.³⁴

Fredie Didier Jr. assevera que a palavra *ação*, na dogmática jurídica, possui diversos significados, sendo que a doutrina processual, por um longo período, buscou conceituar a ação, especialmente na fase em que se buscava afirmar o processo civil enquanto ramo autônomo do Direito. Nessa linha, surgiu inicialmente a ação como direito material em movimento, uma vez que no processo romano não havia distinção entre a relação jurídica processual e a relação jurídica material no processo deduzida.³⁵

Nesse contexto, ação se confundia com o próprio direito material, como se fossem únicos, indivisíveis, indissociáveis. Somente haveria ação, se houvesse direito material. Logo, a ação era o próprio direito material em movimento após sofrer lesão, não se reconhecendo a autonomia do direito processual em relação ao direito material que lhe servia de base.

Com a autonomia do direito processual, a ação passou a ser considerada como sendo a pretensão de provocar o Estado a prestar a tutela jurídica ou, então, o direito a instaurar uma relação jurídica processual. Na lição de Pontes de Miranda, ação é o direito de perseguir em juízo aquilo que é devido, invocando a máxima do latim *actio autem nihil aliud est, quam ius perseguendi iudicio quod sibi debetur*.³⁶

Após o reconhecimento da autonomia do direito processual, sobre a ação surgiram novas concepções. A primeira delas sustentava que o direito a ação era concreto, ou seja, só existiria se a pretensão jurisdicional pretendida fosse favorável ao autor, ao final da demanda.

³⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 19.ed. Vol. 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 119.

³⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11.ed. vol. 1. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 175.

³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**: ação, classificação e eficácia. 2.ed. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 90.

A segunda era a concepção da ação como direito abstrato de ação, para a qual era irrelevante o resultado da causa.³⁷

Para a concepção do direito concreto de ação, esse não existiria quando a ação fosse julgada improcedente, ao final do processo, no momento da manifestação jurisdicional. A ação era o direito à tutela jurisdicional de provimento favorável. Segundo Freitas Câmara, para essa teoria “a ação só existiria naqueles casos em que o resultado final do processo fosse favorável ao autor, pois apenas nos casos em que se reconhecesse a existência do direito material se reconhecia a existência do direito de ação”.³⁸

A teoria dominante entre nós, porém, assenta-se na idéia de ação como direito abstrato de agir, mas também condicionado ao atendimento de determinadas condições, denominadas *condições da ação*. Trata-se da teoria eclética da ação, criada pelo jurista italiano Enrico Túlio Liebman e que influenciou a elaboração do nosso Código de Processo Civil vigente. Segundo essa teoria, de natureza abstrata, o direito de ação só existe se o autor preencher determinados requisitos ou condições denominados de condições da ação.

O Código de Processo Civil Brasileiro adotou a teoria eclética da ação, como dito alhures, segundo a qual o direito de ação constitui direito ao julgamento do mérito da causa, desde que presentes e atendidas determinadas condições, verificáveis à luz da relação de direito material deduzida em juízo. Deste modo, a ação, segundo lição de Fredie Didier Jr. é

[...] uma situação jurídica constitucional que confere ao seu titular um direito a um processo devido (adequado, tempestivo, efetivo e leal), em que se respeitem todas as garantias processuais (contraditório, juiz natural, proibição de utilização de prova ilícita etc.). Trata-se de um *direito fundamental* de conteúdo amplo e complexo. É possível dizer, por exemplo, que o direito de recorrer é corolário do direito de ação. Não se trata, pois, de uma simples garantia formal de acesso à Justiça. O direito de ação é *qualificado* por todos os princípios que estruturam o devido processo legal [...].³⁹(grifos do autor)

Dessa forma, ao ter o direito violado ou a perigo de violação, pode o sujeito, calcado no seu direito abstrato de ação, torná-lo concreto e demandar contra o Estado, titular da jurisdição, a prestação da tutela jurisdicional. Nesse momento, contudo, a fim de ter analisado

³⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11.ed. vol. 1. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 175-176.

³⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 19.ed. Vol. 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 121.

³⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11.ed. vol. 1. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 176.

seu pedido, deverá a parte demandante preencher determinadas *condições*, sem o que não haverá provimento jurisdicional final, apreciando o mérito da causa.

São, pois, condições da ação a legitimidade, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Segundo Liebmann, constituem o ponto de contato do direito processual e material. O não preenchimento de qualquer das condições, segundo a teoria adotada pelo Código de Processo Civil, conduz à extinção do processo por carência de ação, nos termos do disposto no artigo 267, inciso VI⁴⁰, do diploma processual antes mencionado.

Não nos cabe aqui delinear, pormenores, cada uma dessas condições, diante da vastidão de conceitos e discussões. Todavia, a captação da sua existência faz-se imperativa, pois sendo condições para o exercício do direito de ação, também são alvo de estudo doutrinário.

Alexandre Freitas Câmara leciona que “[...] a ação é uma posição jurídica capaz de permitir a qualquer pessoa a pratica de atos tendentes a provocar o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional, existindo ainda que inexista o direito material afirmado.”⁴¹ Neste norte, a doutrina pátria costuma chamar a ação concretamente exercida de *demanda*, uma vez que o sujeito demanda contra Estado a prestação da tutela jurisdicional⁴².

Ação pode ser compreendida, pois, como o direito subjetivo de pedir ao Estado o exercício da tutela jurisdicional à vista de um determinado caso concreto, a fim de que seja alcançada a pretensão buscada. É direito subjetivo dirigido contra o Estado, a quem compete prestar a jurisdição, sendo a pretensão dirigida ao réu, em face de quem o autor espera a produção dos efeitos da decisão judicial.

Desta maneira, o direito de ação é potencial, na exata medida em que pode ser exercido ou não pelo seu titular. Se exercido, contudo, se submete ao atendimento de requisitos – condições da ação – passando a emanar efeitos jurídicos, dentre os quais, o direito de exceção, em caso de existência de parte oposta.

⁴⁰ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; [...].

⁴¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 19.ed. Vol. 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 112.

⁴² O direito de ação existe ainda que não exercido. Assim como a jurisdição existe, ainda se não provocada. Quando exercida a ação, pode-se denominar demanda e, quando acionada a jurisdição, passa-se a obter a tutela jurisdicional, que é modalidade de tutela jurídica – forma de resolução de conflitos.

Todavia, aponta Fredie Didier Jr. que, ainda quando não exercido o direito de ação, existe desde logo o direito de exceção, contudo abstrato.⁴³ Significa dizer que concretamente, o direito de exceção, entendido como direito de defesa *lato sensu*, somente poderá ser exercido quando da instauração da relação jurídica processual.

Exceção é palavra polissêmica na dogmática jurídica: possui sentidos pré-processual, processual e substancial. Esses sentidos seguem, *mutatis mutandis*, a mesma linha das acepções conferidas a palavra “ação”, o que possibilita desenhar um paralelo entre elas. Qualquer que seja a acepção dada, o emprego da expressão “exceção” pressupõe a condição de demandado.⁴⁴

Do mesmo modo que se fala do direito de ação como o direito de provocar a atividade jurisdicional, relacionando-o com o autor (demandante), fala-se da exceção como o direito do réu de resistir à postulação que lhe foi formulada, de ser ouvido e de ter, como consequência, uma decisão que aprecie a postulação do autor.

A ação é, pois, garantia constitucional de acesso à Justiça por parte do autor, assim como a exceção ou defesa constitui direito de acesso à Justiça pelo réu, que terá a oportunidade de se defender daquela pretensão.

Neste norte, a união desses três elementos – jurisdição, ação e processo – forma a ciência jurídica processual. A jurisdição, função inerte do Estado, somente será posta em movimento através do exercício do direito de ação pelo seu titular. Após, dá-se a formação do processo, que é o caminho a ser trilhado rumo à prestação da tutela jurídica estatal, com base nos princípios constitucionais que lhe são inafastáveis.

Todo o exposto tem vistas a formação da trilogia da ciência processual, que dita os nortes para verificação da existência do direito material discutido pelas partes. Trata-se de ciência necessária à formação de uma decisão jurisdicional justa, voltada à satisfação e resolução dos conflitos existentes entre as partes, na exata medida em que vedada a autotutela e que posto como direito fundamental o acesso à ordem jurídica justa, seja através do acesso aos órgãos jurisdicionais estatais, seja através da prolação de uma decisão que realize justiça.

⁴³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11.ed. vol. 1. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 479.

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11.ed. vol. 1. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 479.

2. DO ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO

A expressão *abuso de direito* sempre foi fonte de controvérsia na ciência jurídica. Planiol, ao combatê-la, afirmou tratar-se de uma logomaquia, uma disputa de palavras que, entre si, são incompatíveis e causam controvérsia:

Cette nouvelle doctrine repose tout entière sur un langage insuffisamment étudié; sa formule «usage abusif des droits» est une logomachie, car si j'use de mon droit, mon acte est licite ; et quand il est illicite, c'est que je dépasse mon droit et que j'agis sans droit [...] le droit cesse ou l'abus commence [...] un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit.^{45 46}

Contudo, em que pese respeitável seja a posição defendida por Planiol, ocorre que a expressão tem lugar quando o abuso emana de uma situação em que, inicialmente, se verificava exercício regular de direito.

Nesse passo, mister destacar que quando se trata de abuso *de* direito, trata-se de direito entendido como gênero, sendo que, de outro lado, ao tratarmos de um direito específico (espécie ou categoria), a expressão a ser utilizada será abuso *do* direito.

Com efeito, doravante tratar-se-á de delinear os contornos do abuso de direito, para que, em seguida, se enfrente o abuso do direito no exercício da demanda. Por fim, imprescindível averiguar o que lhe distingue da litigância de má-fé e sua conseqüente responsabilidade processual.

2.1 Do abuso de direito

Logicamente, o estudo detido das teorias acerca do abuso de direito perpassa pela noção de direito subjetivo, ponto nodal para o estudo dos atos abusivos. Isso porque antes de

⁴⁵ PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil**. 10. ed. Tomo 2. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1926, p. 298.

⁴⁶ Tradução pelo autor: “Essa nova doutrina se baseia totalmente em uma linguagem insuficientemente estudada; a fórmula «abuso abusivo de direito» é uma logomaquia, pois se eu usar o meu direito, meu ato é lícito; e será ilícito quando eu ultrapassar esse direito ou agir sem direito [...] o direito cessa onde o abuso começa [...] um único ato não pode ser simultaneamente conforme o direito e contrário ao direito.”

se conhecer o abuso, necessário delinear os contornos daquilo que é sua fonte: o próprio direito subjetivo.

Deste modo, recorre-se aos ensinamentos de Riccardo Guastini, doutrinador italiano, que ao tratar dos direitos subjetivos, apresenta uma multiplicidade de situações em que esses podem ser apurados. Os direitos subjetivos são contemplados por uma série de conjunturas, sendo verificáveis em um sem-número de condições, que lhe mudam a percepção, mas, de toda sorte, são sempre considerados direitos subjetivos. *Ipsis literis*:

In primo luogo, l'espressione "diritto soggettivo" può essere usata per designare quella situazione soggettiva che si usa chiamare "libertà" (ma anche "facoltà" e "permesso"). Libertà è la situazione giuridica di un soggetto sul quale non gravi alcun obbligo. [...]. Nell'un caso, il diritto soggettivo è una situazione giuridica positivamente ascritta ad un soggetto da una norma, che lo autorizza a tenere un certo comportamento; nell'altro, il diritto soggettivo è la situazione giuridica di un soggetto al quale, semplicemente, non è vietato tenere il comportamento in questione. [...]. Quando si parla di un diritto soggettivo che ha ad oggetto il comportamento di un soggetto diverso dal suo stesso titolare, l'espressione "diritto soggettivo" designa solitamente quella peculiare situazione soggettiva che alcuni chiamano "prestesa". [...]. Quando si parla di un diritto soggettivo che ha ad oggetto situazioni giuridiche altrui, l'espressione "diritto soggettivo" è usata [...] per designare un "potere".^{47 48}

Destarte, em uma análise inicial, o direito subjetivo consiste na faculdade ou liberdade, donde seu titular, amparado em uma determinada norma ou não lhe sendo vedado o comportamento, pode acioná-lo. Ainda, o direito subjetivo pode ser considerado uma pretensão, quando seu titular, em face de outro sujeito, pode demandar a realização de determinada obrigação, diferente da sua, mas com ela relacionada (relação credor – devedor, *ad exemplum*). No mais, também designa um poder de modificar, criar ou extinguir obrigações e direitos em face de outro sujeito.

⁴⁷ GUASTINI, Riccardo. Diritti soggettivi. In: BESSONE, Mario (Org.). **Lineamenti di diritto privato**. 9.ed. Torino (Itália): G. Giappichelli Editore, 2009, p. 40-2.

⁴⁸ Tradução pelo autor: "Em primeiro lugar, a expressão "direito subjetivo" pode ser usada para descrever aquela situação subjetiva que usualmente é chamada "liberdade" (mas também "faculdade" e "permissão"). Liberdade é a posição jurídica de um sujeito sobre o qual não há nenhuma obrigação. [...]. Em um caso, o direito subjetivo é uma situação jurídica positiva atribuída a uma pessoa por uma norma autorizando-o a manter um determinado comportamento; Em outro, o direito subjetivo é a situação jurídica de um sujeito que simplesmente não lhe é proibido o comportamento em questão. [...]. Quando se fala de um direito subjetivo que tem por objeto o comportamento de uma pessoa que não seja o próprio titular, a expressão "direito subjetivo" designa somente aquela peculiar situação subjetiva que alguns chamam "pretensão". [...]. Quando se trata de um direito subjetivo que diz respeito à situações jurídicas de outras pessoas, a expressão "direito subjetivo" é usada [...] para designar um "poder".

Não obstante, também o titular de determinado direito subjetivo pode lhe desvirtuar a função, utilizando-o para o cometimento de abusos. Esse é o fundamento daquilo que a doutrina passou a denominar abuso de direito.

Sérgio Cavalieri Filho assinala que

o fundamento principal do abuso do direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ilícito. E a realidade demonstra ser isso perfeitamente possível: a conduta está em harmonia com a letra da lei, mas em rota de colisão com os seus valores éticos, sociais e econômicos – enfim, em confronto com o conteúdo axiológico da norma legal.⁴⁹

Logo, havendo conflito entre a invocação de determinado direito e seu conteúdo axiológico – valores morais, éticos, sociais e econômicos – estaremos frente a uma situação que merece ser reprimida. Esse é o fundamento pelo qual o abuso de direito é trazido à baila para determinar se o ato, aparentemente lícito, é ilícito. Assim, quem abusa do direito fere propriamente seu conteúdo axiológico, isto é, lhe desvia a função.

A construção científica que circunavegou a noção de abuso de direito passou por inúmeras fases e pensadores. Isso porque se trata de instituto que enseja inquietude no meio jurídico e foi matéria posta em debate por incontáveis doutrinadores.

Léon Duguit foi um dos pensadores que defendeu a inexistência do abuso do direito, na exata medida em que negava a existência de um direito subjetivo. Logo, não se poderia abusar daquilo que não existe. O que havia, para ele, era a existência de um direito objetivo que, se exercido em conformidade com o direito, seria lícito. Contudo, se exercido em desconformidade, seja pelo seu objeto ou pelo seu fim, haveria pura e simplesmente contrariedade ao direito, mas não abuso desse.⁵⁰

Entretanto, atualmente não se nega a existência de um direito subjetivo, sendo a posição de Duguit há muito superada pela doutrina. É exatamente esse direito subjetivo, afirmado pela vasta doutrina, que determina situações abusivas. Segundo Noronha,

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 152.

⁵⁰ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 293-7.

o abuso de direito é instituto que se consolidou contra um entendimento tradicional, sintetizado no brocardo *qui suo jure utitur neminem laedit*, quem faz uso de seu direito não lesa ninguém. Atualmente existe consenso em que esta máxima só valerá quando estivermos perante o que se designa de “exercício regular de direito” [...]. O princípio geral, nesta matéria, só pode ser o de que não é possível lesar interesses de outrem, salvo na medida em que tal seja necessário para satisfação de interesses próprios, que sejam legítimos. São os fins que o agente visa alcançar que fazem com que uma determinada atuação, que em regra seria lícita, passe a ser considerada ilícita. Quando isso acontece temos abuso de direito, que geralmente é caracterizado como sendo a situação em que alguém, pretendendo estar apenas exercendo o seu direito, excede manifestamente os poderes contidos neste. Uma noção mais preciosa, mas pouco usada, é a que fala em abuso de posições jurídicas, e não de direitos: sabendo-se o que sejam posições jurídicas, poder-se-á dizer, como faz Menezes Cordeiro, que o abuso de direito se reporta ao exercício de qualquer posição jurídica em que sejam contrariados os valores fundamentais do sistema jurídico.⁵¹

Os doutrinadores defensores da existência do abuso de direito, lutaram pela formação de critérios capazes de apontar as situações de ocorrência – alguns acolhidos, outros afastados –, formando as bases teóricas acerca do assunto e a exegese da averiguação da existência de abuso de direito.

Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger, em sua obra *Abuso do Direito*, percorre esses inúmeros critérios, analisando os principais doutrinadores que sobre o tema se debruçaram e que, decididamente, culminaram com os critérios que hoje são utilizados para verificar a existência do abuso de direito.

Nesse diapasão, rapidamente percorreremos as principais teorias, a começar pela *subjetiva*, defendida por Bufnoir, Baudry-Lacantinerie, Domolombe e Chaveau, que afirmavam que para configurar abuso de direito basta o exercício do direito com o escopo exclusivo de causar dano a outrem, seja pelo dolo ou simplesmente má-fé, sem qualquer interesse econômico. De outro lado, a *teoria objetiva radical*, encabeçada por Saleilles, defendia que quem executasse qualquer ação, mesmo que fundada em um direito, deveria indenizar os eventuais danos sofridos por outrem, pois o ato abusivo seria o próprio exercício do direito. Em seguida, exsurge a *teoria da anormalidade do dano produzido pelo ato*, cujos doutrinadores que a defendiam eram Char-Mont, Bonnacase, Lalou, Carbonnier e Savatier, que partiam do princípio de que o exercício regular de um direito poderia causar determinados prejuízos, sendo que se verificaria o abuso do direito quando os prejuízos causados ultrapassassem a esfera da normalidade, verificados em razão do princípio da equidade. Ainda, sobrevieram as *teorias finalistas*, donde o abuso do direito restaria comprovado

⁵¹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2.ed. Vol. 01. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 370-1.

quando ausente o interesse econômico ou finalidade social, sendo que se desenvolveram sob a doutrina de Louis Josserand. Em seqüência, Castanheira Neves conclui pela *teoria dos limites normativos internos*, aduzindo que seria considerado abuso do direito a ultrapassagem dos limites impostos pela própria norma que permite determinado comportamento, ou seja, vale dizer que as normas trazem determinadas intenções, sendo que abusa do direito aquele que as desvirtua.⁵²

Não obstante, todas essas teorias coligidas por Lautenschläger não suportaram as críticas e não foram reconhecidas para a verificação daquilo que consideramos hoje de abuso de direito. A *teoria subjetiva* não se sustentou frente à grande dificuldade de se verificar a má-fé e o dolo no exercício de um direito subjetivo. Aliás, Jorge Americano informa que os adeptos à teoria objetivista, a fim de questionar a teoria subjetivista, responderam com propriedade, afirmando que a inteligência humana é por demais engenhosa em descobrir motivos honestos para justificar, até perante a própria consciência, atos que são reprováveis.⁵³

De igual sorte, a teoria objetivista radical não se sustentou, na exata medida em que congelaria qualquer ação humana com finalidade de fazer valer um direito, pois causando um dano, mesmo que normal ao exercício regular do direito, haveria de ser reparado. Aliás, tal teoria encontra óbice em nosso ordenamento jurídico, a teor do art. 188, inciso I do Código Civil⁵⁴.

A refutar a tese de que o abuso de direito se verifica pela anormalidade do dano causado pelo exercício, Fernando Augusto Cunha de Sá aduz que

[...] para os efeitos dessa qualificação jurídica autónoma, e nomeadamente em sede de responsabilidade, não está em saber se o *dano* produzido pelo exercício de um direito subjectivo é *normal* ou *anormal*, mas se o próprio *exercício* é, ou não, *legítimo*. [...] a licitude ou ilicitude e o carácter abusivo ou não abusivo de certo acto jurídico hão-de explicar-se, não já pelas consequências usual ou anormalmente danosas desse acto, mas precisamente por aquilo que torna tais consequências um prejuízo normal ou excessivo e, assim, juridicamente irrelevante ou relevante.⁵⁵
(grifos do autor)

⁵² LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do direito**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 37-45.

⁵³ AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 24.

⁵⁴ Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; [...]

⁵⁵ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. 2ª reimpressão da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005, p. 354-5.

Logo, não se devem analisar as conseqüências do exercício do direito para verificar se determinado ato foi ou não abusivo. Isso porque o mesmo ato pode gerar diferentes conseqüências, sem que isso o torne abuso de direito. A legitimidade do ato o torna regular ou abusivo, e não seu resultado, que pode ser diverso, a depender das situações que o contornam.

Igualmente, a teoria finalista não se sustentou, diante da fragilidade de se verificar quando seria legítima a finalidade social ou o interesse econômico. Tais critérios são bastante subjetivos e não permitiriam, na prática, uma verificação adequada do exercício regular ou abusivo de determinado direito. Para Lautenschläger, de tal teoria emergiriam questionamentos cuja complexidade inibiria a adição dessa tese como instrumento hábil à identificação do abuso do direito, embora possam auxiliar na busca por um critério mais objetivo e completo.⁵⁶

Por fim, a teoria dos limites normativos internos mostrou-se delicada pelos motivos já declinados nas demais teorias cuja dificuldade é aquela de verificar quais são os limites internos de determinada norma jurídica. O critério, desta maneira, tornar-se-ia pouco objetivo, fadado ao insucesso quando, na prática, se buscava a aplicação.

Assim, prefere-se a proposta de Lautenschläger, que retocou o critério indicado por Jorge Manuel Coutinho de Abreu, indicando a ocorrência de abuso de direito quando (I) há comportamento emulativo, isto é, ação ou omissão destinada a causar dano a outrem; (II) quando o comportamento, embora desprovido do caráter emulativo, não gera qualquer vantagem ao agente e mostra-se, de outro lado, desvantajoso a outrem; (III) e no comportamento que, embora traga certas utilidades para o agente e inutilidades para outrem, se mostre, numa análise jurisprudencial e doutrinária, contrário aos valores, princípios e máximas de conduta que compõe a unidade conceitual e valorativa do Código Civil.⁵⁷

Desta forma, verificar-se-á abuso de direito sempre que determinada ação ou omissão, mesmo que assentada em direito subjetivo, não trouxer nenhum benefício para quem a realiza, mas, de toda sorte, acarreta prejuízos para quem a ação ou omissão é destinada, com intuito precípua de causar danos. Esse comportamento, chamado emulativo, é uma das primeiras expressões do abuso de direito. Inácio de Carvalho Neto refere, inclusive, que se trata de

⁵⁶ LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do direito**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 44.

⁵⁷ LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do direito**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 55.

precedente imediato da teoria do abuso do direito, fundado na ação praticada pelo proprietário ou pelo vizinho com objetivo único de prejudicar terceiros.⁵⁸

Marco Comporti, em sua obra, afirma que a primeira expressão do abuso de direito baseado em ato emulativo surgiu no setor dos direitos reais:

Una prima espressione del principio dell'abuso del diritto nel settore dei diritti reali è costituita dal divieto degli **atti amulativi** stabilito dall'art. 833, secondo cui «*il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri*». Il proprietario, in altri termini, nell'esercizio del suo diritto non può compiere atti che non rechino a lui vantaggio, ma rechino invece danno o molestia ad altri.^{59 60} (grifos do autor)

Deste modo, hoje o ato emulativo se desvinculou dos direitos reais para fazer parte da noção do abuso de direito em qualquer campo, de onde se verifica o ato abusivo quando o agente, mesmo que fundado em direito subjetivo, realiza ação ou omissão com o escopo exclusivo de causar prejuízos a outrem, sem trazer para si qualquer benefício.

Paulo Dourado de Gusmão assenta o abuso de direito nessa corrente:

O uso do direito é sempre prejudicial a outrem. O credor que exige do devedor o pagamento do débito, quando efetuado, produz uma diminuição no patrimônio do devedor; o proprietário que, guardando os limites legais, abre em seu edifício janela, devassa o prédio vizinho. Assim por diante. Tais prejuízos ou incômodos são normais, estando obrigado, quem os sofrer, a tolerá-los. O direito não os considera ilícitos. Entretanto, há os prejuízos anormais, produzidos pelo uso anormal do direito. Tal ocorre, de modo muito amplo, quando o titular usa o direito com o fim exclusivo de causar prejuízo a outrem, sem obter qualquer vantagem ou utilidade, bem como quando o exerce de má-fé. Nesse caso, há *ato emulativo*.⁶¹ (grifos do autor)

A segunda noção, bastante aproximada dessa primeira, revela-se também prejudicial ao agente que sofre a ação, sem trazer qualquer benefício para aquele que a pratica. Contudo, neste caso, não há o caráter emulativo.

⁵⁸ CARVALHO NETO, Inacio de. **Abuso do direito**. 5.ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 28.

⁵⁹ COMPORTI, Marco. La proprietà. In: BESSONE, Mario (Org.). **Lineamenti di diritto privato**. 9.ed. Torino (Itália): G. Giappichelli Editore, 2009, p. 227.

⁶⁰ Tradução pelo autor: "Uma primeira expressão do princípio do abuso de direito no setor dos direitos reais é constituída da proibição dos **atos emulativos** previstos no art. 833, segundo o qual «*o proprietário não pode fazer atos o quais não tenham outro escopo que aquele de prejudicar ou infligir moléstia a outros*». O proprietário, em outro termos, no exercício do seu direito, não pode realizar atos que não tragam a ele vantagem, mas acarretam, ao invés, danos ou moléstia a outros."

⁶¹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito**. 39.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 273.

Destarte, também abusa do direito aquele que realiza determinada ação, que não lhe vai trazer qualquer benefício, mas, em contrapartida, se revela prejudicial a outrem. Apesar disso, não se verifica nesta hipótese de abuso de direito, a vontade de causar o dano ou prejuízo a outrem. Ele ocorre *per se*.

Por fim, a terceira noção tem fundamento no comportamento que, não obstante traga certas vantagens para o agente e desvantagens para outrem (o que, em regra, acontece com quem aciona seu direito), se revele contrário aos valores, princípios e máximas de conduta que compõe a unidade conceitual e valorativa do Direito, por meio de uma análise jurisprudencial e doutrinária.

Em que pese Lautenschläger afirme que a ação deve ser contrária aos valores, princípios e máximas de conduta que compõe a unidade conceitual e valorativa do *Código Civil*, prefere-se dizer que é contrária ao Direito, uma vez que a lei é apenas sua fonte. Ademais, o Direito, revela-se mais abrangente, edificado na lei, na doutrina, na jurisprudência, nos costumes etc.

Deste modo, o comportamento do sujeito ativo deve estar calcado em toda a unidade conceitual e valorativa do direito, o que se verificará através de uma interpretação sistemática das leis, da doutrina e da jurisprudência, capazes de revelar onde termina o direito e começa o abuso.

Vale destacar, contudo, que o rol apresentado por Lautenschläger não pode ser considerado taxativo. Cabe ao intérprete examinar, caso a caso, se há ou não abuso de direito, verificando novas hipóteses, por meio de uma interpretação sistemática, jurisprudencial e doutrinária. Tal assertiva faz-se imperiosa para se constatar outras situações de abuso de direito, pois sendo conceito aberto, sempre há, na mente humana, criatividade para realizar ações que excedam os limites do direito e penetrem no abuso.

Diante do exposto, a doutrina buscou desvelar o abuso de direito em seu campo, mas o legislador pátrio, no Código Civil de 2002, também previu tal instituto no art. 187⁶², inserindo-o como modalidade de ato ilícito. Em sendo uma norma geral, não prescreveu quais seriam os limites impostos pelos fins econômicos e sociais, ou pela boa-fé e bons costumes, voltando a doutrina a desempenhar papel fundamental hermenêutico e integrativo.

Sérgio Cavalieri explica que, por finalidade econômica, entende-se

⁶² 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.

[...] o proveito material ou vantagem que o exercício do direito trará para o seu titular, ou a perda que suportará pelo seu não-exercício. Não mais se concebe o exercício de um direito que não se destine a satisfazer um interesse sério e legítimo. Esse fim econômico tem grande relevância principalmente no Direito Obrigacional. O contrato – ninguém contesta – é primeiramente um fenômeno econômico; o jurídico vem depois, para dar segurança ao econômico, aparar alguns excessos e traçar determinados rumos. Então o fenômeno econômico está na raiz do contrato. Não poderá o titular de um direito contratual ir contra essa finalidade econômica, porque seria contrariar a própria natureza das coisas.⁶³

Com efeito, a finalidade econômica é viés para se verificar se há abuso, quando o exercício de um direito é destinado a realizar modificações na esfera do seu titular e da pessoa acionada a satisfazê-lo. A inexistência de finalidade econômica – se determinado direito tem por escopo a satisfação econômica – seu exercício há de ser considerado abusivo.

No tocante à finalidade social, Fernando Augusto Cunha de Sá afirma que cada direito identifica-se com determinado desígnio, que lhe dá sustentação, lhe fundamenta e justifica sua existência, permitindo sua realização.⁶⁴ Quando o titular de um direito, a contrário senso, o exerce com finalidade diversa daquela pelo qual o direito se fundamenta e justifica, o estará exercendo de modo abusivo, pois desrespeita sua finalidade social.

Quanto à boa-fé, Judith Martins Costa afirma ser ela o

[...] elemento ordenador e sancionador do exercício jurídico incompatível com a coexistência de liberdades na vida comunitária, é a que melhor se presta para sistematizar a variadíssima tipologia passível de abrangência pelo art. 187 na medida em que, instituindo padrões de probidade, correção e atenção às expectativas legítimas, se mostra metodologicamente apta para dois importantes passos: (i) o encontro, no caso, pelo intérprete, de uma solução que não está necessariamente tipificada nas categorias intra-sistemáticas e (ii) a ressystematização, isto é, a ordenação racional da solução encontrada, dialeticamente transformada em abstrata e geral (isto é: aplicável a generalidade dos casos análogos) o que fora concreto e particular.⁶⁵

⁶³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 156.

⁶⁴ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. 2ª reimpressão da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005, p. 418.

⁶⁵ MARTINS COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e os rumos indicados pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 87.

Assim, a boa-fé que determina padrões de honestidade, correção, lealdade e justiça, é elemento necessário àquele que demanda determinado direito. Inexistindo boa-fé a conduta torna-se ilegítima, na exata medida em que afronta o sistema jurídico.

Neste norte, a boa-fé, atuando como limitadora do exercício de direitos subjetivos, serve para apontar o melhor caminho para satisfação de determinado direito, ocasionando o mínimo de prejuízos para aquele que é demandado. Ela é manancial para o encontro de soluções adequadas, fazendo com que os direitos sejam alcançados de maneira justa.

Quanto aos bons costumes, esses

[...] remetem para regras de comportamento sexual e familiar que, por tradição, não são explicitadas pelo Direito civil, mas que este reconhece como próprias. E eles remetem, também, para certos códigos deontológicos, reconhecidos pelo Direito. Nestes termos, os bons costumes traduzem regras que, tal como muitas outras, delimitam o exercício de direitos e que são perfeitamente capazes de uma formação genérica.⁶⁶

Os bons costumes, a toda evidência, também fazem parte do nosso ordenamento jurídico, ora atuando como fonte de interpretação, ora como balizadores do exercício de determinados direitos. Com isso, também abusa do seu direito aquele que o exerce excedendo manifestamente os limites impostos pelas regras de conduta que, embora não necessariamente positivadas, fazem parte de toda uma tradição consolidada pelo transcurso do tempo.

Desta forma, outra não é a conclusão de que abuso de direito é terreno fértil, de onde sempre será possível revelar novas situações, capazes de apontar uma nova hipótese de verificação. Com efeito, não é taxativo o rol do art. 187 do Código Civil, em que pese sua generalidade seja capaz de abranger um sem-número de situações em que o direito é exercido em desconformidade com a finalidade econômica e social, bem como em afronta à boa-fé e os bons costumes.

O que é certo e preciso é que quem abusa de um direito sempre estará, inicialmente, calcando sua pretensão em uma permissão (seja pela existência de norma permissiva ou pela não existência de norma proibitiva). Fernando Augusto Cunha de Sá assevera que

⁶⁶ MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil português**. I. Parte Geral. t. IV. Coimbra: Almedina, 2005, p. 371.

quem abusa não actua, pelo menos aparentemente, sem direito: actua dentro do seu direito – e por aqui é que se poderá vir a aceitar e a defender a existência de uma figura jurídica *a se*, de uma qualificação jurídica autónoma perante a pura ilegalidade (carência de direito) ou ilicitude formal.⁶⁷

Assim, o doutrinador defende que o abuso de direito deveria pertencer à categoria autónoma diferente do ato ilícito, e certa razão lhe assiste, pois, à toda evidência, o abuso de direito, desde o seu nascimento, está dissociado da ilicitude comumente entendida como afronta ao direito. Contudo, o legislador nativo preferiu mantê-lo como espécie de ato ilícito no atual Código Civil, submetendo-o às conseqüências que lhe são decorrentes.

2.2 Do abuso do direito no exercício da ação.

A faculdade de demandar ao Poder Judiciário a solução para determinado conflito, conforme visto no capítulo anterior, constitui garantia fundamental constitucional consagrada no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Também é direito subjetivo, que segundo definição clássica, essencialmente é a faculdade reconhecida aos jurisdicionados pela ordem jurídica de buscar a tutela jurisdicional sempre que um direito tenha sido violado ou esteja na iminência de o ser.

Desse modo, apesar de o direito de ação constar do rol de direitos constitucionais fundamentais, o seu exercício não resta imune a eventuais abusos. É reconhecido o direito de ação, contudo, com isso não se pode pretender sua utilização de forma indevida e abusiva. O direito de ação encontra determinados limites que, se excedidos, pode restar caracterizado o abuso no seu exercício.

Alexandre de Moraes assevera que

⁶⁷ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. 2ª reimpressão da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005, p. 18

os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*).⁶⁸ (grifos do autor)

Logicamente, o fato de estar o direito de ação consagrado no rol de direitos e garantias individuais fundamentais, não o isenta de averiguação de eventuais excessos no seu exercício.

Aliás, como dito alhures, vale destacar que um dos principais objetivos da teoria do abuso de direito é impedir que ele seja utilizado de maneira a tornar-se instrumento de opressão, ou escudo protetivo pela sua aparente regularidade legal.

A própria consagração do Estado de Direito impõe uma real observação aos direitos alheios, donde nenhum direito, seja ele constitucional ou não, é absoluto. Todo direito sofre limitações, especialmente em seu exercício, formando seu caráter axiológico. Quando o sujeito ativo, utilizando-se de determinado direito, atenta contra esse caráter axiológico, está cometendo abuso. Com o direito de ação não é diferente. Para Albuquerque,

o exercício do direito de acção, ou de qualquer outro direito processual, encontra-se, como não podia deixar de ser, sujeito aos limites impostos pela proibição de abuso de direito. Contra isso não depõe naturalmente a circunstância de o direito de acção se encontrar consagrado constitucionalmente. Mesmo os direitos fundamentais ou de personalidade têm limites a respeitar no respectivo exercício.⁶⁹

Quando o direito de ação encontra-se em rota de colisão com valores éticos, sociais e econômicos que regem, de igual sorte, a vida em sociedade, caracterizado estará o abuso no seu exercício.

⁶⁸ MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 32-3.

⁶⁹ ALBUQUERQUE, Pedro de. **Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 67.

Si bem que a applicação da doutrina do abuso do direito ás differentes phases da demanda apresente certas dificuldades de ordem pratica, é terreno propicio ao seu pleno desenvolvimento. Porque o abuso do direito encontra no exercicio indevido da demanda campo fertil onde implantar-se, tem-se tornado em nosso paiz a invocação á justiça um verdadeiro flagello, não só pela morosidade processual como pela porta aberta ás maiores explorações, que uma condescendencia mal entendida tolera e, consequentemente anima.⁷⁰

Assim é que a teoria do abuso de direito encontrou no exercicio da demanda local propicio para instalar-se, especialmente porque o Estado, titular do poder jurisdiccional, não encontra, de plano, instrumentos hábeis para afastar a utilização maliciosa do processo de maneira efetiva. A morosidade com que as demandas se resolvem, o desgaste emocional das partes e a habilidade no manuseio do processo que pode culminar com uma decisão favorável para quem não detém razão, são motivos que conferem ao exercicio da demanda especial atenção quando se trata de verificar a existência do abuso.

Com effeito, si o abuso no exercicio de qualquer direito acarreta a responsabilidade, mais rigorosa deve ser a sua constatação quando converte o proprio poder judiciario em instrumento de oppressão, de perseguições individuaes, para satisfazer ambições ou interesses menos legitimos. Entretanto, não occultamos a dificuldade em caracterizal-o. A presumpção é que o age de bõa fé quem invoca o poder judiciario para dirimir uma controversia ou restaurar uma violação. [...] Ao contrario, diz bem com o espirito da democracia o facil acesso á justiça, a rapidez na solução das demandas, a barateza do respectivo processo. É da natureza dos governos e dos povos livres tal facilidade, mas não deve ir a ponto de converter o exercicio da acção numa verdadeira tyrannia de individuo sobre individuo, amparada pelo Estado.”⁷¹

Necessariamente se deve acrescentar que, hodiernamente, a facilitação do acesso ao Poder Judiciário fez com que o abuso de direito no exercicio da ação emergisse com mais relevância do que nunca. A multiplicação de demandas, de atores judiciais, de sedes judiciárias, da Defensoria Pública e tantos outros exemplos, fez com que se ampliasse a possibilidade de acesso aos tribunais e, paralelamente, o exercicio abusivo do direito de ação.

No exercicio da ação, com effeito, o abuso do direito merece ainda mais dedicação, face à gravidade do fato de os sujeitos utilizarem-se do Poder Judiciário, convertendo-o em instrumento de oppressão por meio do processo, ou então em cenário de perseguições individuais ilegítimas.

⁷⁰ AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercicio da demanda**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 49.

⁷¹ AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercicio da demanda**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 52.

Desta forma, o abuso do direito de ação pode ser verificado em um sem-número de situações, cabendo-nos aqui delinear apenas algumas – ou ao menos as mais recorrentes –, tendo em conta que a engenhosidade da mente humana sempre será capaz de criar um novo episódio em que se assenta a teoria do abuso do direito no exercício da ação, cabendo ao julgador, caso a caso, verificar sua ocorrência.

Inicialmente, trazemos as hipóteses comuns ao abuso de direito, já delineadas no item anterior, baseadas na proposição de Lautenschläger, quais sejam: quando há comportamento emulativo, isto é, ação ou omissão destinada a causar dano a outrem; quando o comportamento, embora desprovido do caráter emulativo, não gera qualquer vantagem ao agente e mostra-se, de outro lado, desvantajoso a outrem; e no comportamento que, embora traga certas utilidades para o agente e inutilidades para outrem, se mostre, numa análise jurisprudencial e doutrinária, contrário aos valores, princípios e máximas de conduta que compõe a unidade conceitual e valorativa do Direito.

Segundo Pedro Baptista Martins, a corroborar a primeira tese de Lautenschläger, no tocante ao exercício do direito de ação, o abuso do direito não se destacou da noção medieval da emulação, acrescentando que, na seara dos julgados proferidos no regime legal anterior ao Código Civil, o litigante temerário continua a ser exclusivamente *improbus litigator*.⁷²

Com efeito, aquele que demanda em juízo com único escopo de lesar a parte adversária, sem ter efetivo desígnio de reintegrar, declarar, constituir etc. um direito, estará incorrendo no abuso do direito no exercício da ação.

O exercício da demanda não é um direito absoluto, pois que se acha, também, condicionado a um motivo legítimo. Quem recorre às vias judiciais, deve ter um direito a reintegrar, um interesse legítimo a proteger, ou, pelo menos, como se dá nas ações declaratórias, uma razão séria para invocar a tutela jurídica. Por isso a parte que intenta ação vexatória incorre em responsabilidade, porque abusa de seu direito.⁷³

A intenção vexatória no ajuizamento de determinada ação constitui ato emulativo, uma vez que o único desígnio do autor da demanda é causar danos à parte demandada, não necessariamente com eventual sentença de procedência, mas sim com os danos que são decorrentes da própria ação, como no terceiro capítulo se enfrentará.

⁷² MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 107.

⁷³ MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 71.

A título exemplificativo, a doutrina norteamericana, em direito de concorrência, trouxe a baila o instituto da *sham litigation*⁷⁴, de onde determinado concorrente ajuíza uma ou mais ações com o propósito de prejudicar outro concorrente direto, disfarçando a finalidade da demanda.

A publicidade do processo permite que as ações, de cunho efetivamente emulativo, venham a ganhar corpo e atingir a finalidade de vexar, causando danos à imagem da parte adversária, por vezes, irrecuperável. Esse propósito não está atrelado a um justo e legítimo motivo de estar em juízo, caracterizando, deste modo, abuso do direito no exercício da ação.

Ainda, mesmo que desprovido do caráter emulativo, também comete abuso quem ajuíza determinada ação que não se mostrará vantajosa, mas, em contrapartida, apresentar-se-á prejudicial e desvantajosa à parte adversária. Nesse caso, não existe o desígnio de vexar e, efetivamente, prejudicar, mas pelo seu contexto, pelos argumentos e pela causa de pedir, a ação não trará qualquer benefício ao demandante, desvelando-se apenas prejudicial ao demandado.

Nas ações que não tragam vantagem ao autor, podem-se incluir aquelas de pouco – ou quase nenhum – resultado econômico. O demandado sempre suportará as custas processuais e honorários advocatícios da parte demandante quando esse for vencedor. Assim, na cobrança de um crédito de valor quase insignificante, que não implicará qualquer vantagem ao credor, se mostrará excessivamente desvantajoso ao devedor que, além de adimplir com a dívida, deverá suportar custas e honorários que são muito superiores ao bem de vida alcançado.

Também será abusiva a ação que, embora traga certas utilidades para o demandante e seja prejudicial ao demandado, se mostre, numa análise jurisprudencial e doutrinária, contrário aos valores, princípios e máximas de conduta que compõe a unidade conceitual e valorativa do Direito.

Nessa seara pode-se incluir, a título exemplificativo, ações declaratórias que tenham por finalidade apenas a declaração judicial da parte que detém a razão sobre determinada discussão, sem qualquer relevância ou valor econômico, para além de uma disputa moral entre as partes.

⁷⁴ Litigância simulada.

Fernando Augusto Cunha de Sá, ao enfrentar o tema, resumiu o abuso do direito no exercício da demanda caracterizando-o pelo *excesso de chicana*, ou seja, abuso na interposição recursal, emprego de artifícios, excesso de má-fé, *in verbis*:

Assim, relativamente ao processo declarativo, decidiu-se que o Código Civil de 1867 sancionava a teoria do abuso do direito e coibia de uma forma clara o abuso do direito de acção, que seria caracterizado que pelo *excesso de chicana*, quer por se sustentar um litígio só por *emulação* ou com *erro grosseiro* [...]. Da mesma forma, julgou-se haver abuso do direito de acção quando o litigante acciona por *capricho* ou por *malévolo espírito de vexar e arreliar* o que é accionado, intentando acções com base em *pretensões de fantasia*, requerendo diligências e interpondo recursos a pretexto de defesa, mas em que só há *maldade*, com mira a obrigar o adversário a *transigências e concessões deprimentes e prejudiciais*, ou em que há *erros grosseiros e indesculpáveis*.⁷⁵ (grifos do autor)

Não obstante, dentre todas as proposições expostas, de onde não se pode concluir que uma está mais ou menos correta que outra, a temeridade da demanda é o critério mais utilizado, especialmente na doutrina e jurisprudência pátria, para determinar quando uma ação está eivada de abuso. Aliás, o conceito de temeridade, na verificação do abuso do direito no exercício da ação está intimamente ligado ao erro grosseiro.

Segundo Jorge Americano, a lide temerária está fundada na insubordinação do exercício da demanda (I) à substância da relação jurídica invocada (existência de um direito); (II) às condições do agente (interesse de agir, qualidade para agir e capacidade para agir); e à modalidade do seu exercício (forma acintosa, coativa, emulativa ou dolosa). No primeiro caso, Americano assevera que não se trata efetivamente da existência real do direito invocado – não passível que qualquer impugnação –, mas, sim, que se pretenda certa relação de direito, isto é, um direito regularmente constituído e que a lei não lhe haja negado seu reconhecimento judicial.⁷⁶

A inexistência de uma pretensão legítima, por exemplo, fundada em lei declarada inconstitucional, é considerada abuso do direito no exercício da demanda, pois o demandado é levado sem justo motivo a juízo. Ainda, também há abuso quando a própria lei veda o reconhecimento judicial de determinada relação, como no caso de impossibilidade jurídica do pedido.

⁷⁵ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. 2ª reimpressão da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005, p. 269-170

⁷⁶ AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 64-5.

Também necessita o autor reunir condições para o exercício do direito de ação, fundado no interesse, na qualidade e na capacidade de agir, sem o que o réu estará sendo demandado injustificadamente. O interesse há de ser legítimo, direto e atual, ou seja, dentro dos limites da normalidade do direito invocado, pertencente àquele que demanda, bem como não pode fundar-se em direito futuro (dívida não vencida). A qualidade está relacionada ao título pelo qual está em juízo e a capacidade correlacionada ao fato de ser capaz de estar em juízo.⁷⁷

Quanto à modalidade com que é exercido o direito de ação, será essa abusiva quando o autor, detendo mais de uma opção de escolha na modalidade da ação, ao invocar, propõe a que é mais prejudicial ao réu, mesmo que o resultado das duas seja idêntico.⁷⁸

Nesse sentido, conforme dito alhures, o processo judicial não é cenário para perseguições pessoais, bem como não pode o Poder Judiciário ser convertido em instrumento de opressão, das quais resultariam graves repercussões no cenário jurídico, para além do descrédito da justiça. É exatamente por isso que, na escolha de uma determinada modalidade de ação, o demandante deverá preocupar-se com o réu, pois se para si o efeito prático de duas ou mais modalidades é o mesmo, deverá sempre optar pela menos gravosa e prejudicial ao adversário.

Na posição de Helena Najjar Abdo, a conduta temerária também pode ser identificada com a culpa grave, traduzida, no mais das vezes, em condutas imprudentes, inopinadas, adotadas de forma leviana e sem qualquer senso de seriedade.⁷⁹

Nesse contexto, ao demandar em juízo, também deverá o autor cercar-se de precauções de que o que está invocando e deduzindo seja bastante aproximado da realidade e que não esteja cometendo um erro grosseiro, seja em relação à pretensão deduzida, seja em relação à pessoa demandada a responder. “Quando a demanda ou defesa é tão infundada que tal se mostra a qualquer, e ao mesmo litigante, tendo-se embora em conta a cegueira que gera o interesse, ha temeridade, pois fórma-se a presumpção de que está no pleito sciente de não ter razão.”⁸⁰

O Tribunal de Justiça gaúcho, *ad exemplum*, em razão da imprudência com que determinada instituição bancária ingressou com ação de cobrança por dívida já quitada,

⁷⁷ AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 74-5.

⁷⁸ AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 79.

⁷⁹ ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 162

⁸⁰ AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 56.

reconheceu nessa conduta a temeridade, fundada na ausência das precauções que a prudência recomenda e, logicamente, o abuso no exercício do direito de ação.⁸¹ Também, em outro julgado, reconheceu a existência de abuso do direito de ação de Financeira que ingressou com ação de busca e apreensão após julgada ação revisional, sem ter exposto este fato, condenando-a ao pagamento, inclusive, por danos morais.⁸²

Vale, contudo, destacar que a temeridade não pode desde logo ser reconhecida, isto é, no momento da propositura da ação ou logo após a resposta do demandado. Isso porque se deve oportunizar a parte demandante a demonstração daquilo que está sendo deduzido em juízo, pois o que num primeiro momento pode representar tratar-se de temeridade, ao final pode não se confirmar.

Ninguém poderia hoje restringir o direito de demanda, que tanto valêra destruir uma das mais importantes conquistas da civilização. [...] Impedir a propositura de uma acção, por temeridade do autor, é prejudicar uma relação que, podendo não ter aparência de direito, talvez a evidencie no período probatório e nas allegações. O unico remedio é reprimir o *abuso do direito* depois da sentença final, fazendo com que o agente indemne a victima. Com isso se alcança indirecta mas efficazmente a prevenção, impondo a quem pretender demandar que pondere o seu direito, a fim de não vir a soffrer as consequencias do abuso.⁸³ (grifos do autor)

⁸¹ RESPONSABILIDADE CIVIL. ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO. EXECUÇÃO DE CRÉDITO HIPOTECÁRIO JÁ QUITADO. O direito de estar em juízo encontra proteção e garantia na Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV e LV. De tal sorte, em princípio, o ajuizamento de ação constitui exercício regular de um direito, independentemente do resultado do seu julgamento. Ocorre que em dadas hipóteses a conduta, em que pese amoldada aos limites objetivos delineados pela lei, desvia-se visivelmente da sua destinação social, incidindo em abuso. O direito de ação não é absoluto, pois se acha, também, condicionado a um motivo legítimo. Quem recorre às vias judiciais deve ter um direito a reintegrar, um interesse legítimo a proteger, uma razão séria para invocar a tutela jurídica. Evidente o abuso do direito de ação do banco que pretendeu cobrar dívida que sabia, ou deveria saber, já estava quitada, colocando a ré em situação angustiante, valendo-se do poder de coação que exerce o Judiciário sob as pessoas. O fato de não haver comprovação da má-fé, não impede o reconhecimento do abuso do direito. Para que haja abuso de direito não é indispensável que se descubra no autor do prejuízo causado a outrem a intenção de prejudicar. É bastante que se observe na sua conduta a ausência das precauções que a prudência recomenda. APELAÇÃO PROVIDA (Apelação Cível Nº 70020959367, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 12/03/2008).

⁸² APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PLEITO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO APÓS JULGADA A AÇÃO REVISIONAL. DECISÃO QUE HAVIA MANTIDO O BEM NA POSSE DA PARTE AUTORA. CONFIGURAÇÃO DO ATO ILÍCITO MEDIANTE A PRÁTICA DE ABUSO DO DIREITO. REPARAÇÃO. DANO IN RE IPSA. Relativização dos efeitos da revelia. Ao ajuizar ação de busca e apreensão, com pedido liminar, o qual foi deferido e executado, o réu descumpriu decisão judicial pretérita, exarada na ação revisional, da qual tinha pleno conhecimento e cujo resultado manteve a parte autora na posse do bem objeto do contrato. O ato ilícito pode ser praticado pelo exercício de um direito que excede manifestamente os limites impostos pela boa fé (art. 187, CC). Configura violação da boa fé o ingresso de ação de busca e apreensão, com pedido liminar, sem expor a verdade dos fatos e agindo de forma contrária ao art. 14, incisos I e II, do CPC. A conduta do demandado resultou em danos de ordem moral à parte autora, que sofreu constrangimentos, tolhida do seu direito de permanecer na posse do bem, prejuízo esse in re ipsa. A indenização por dano moral deve ser suficiente para atenuar as consequências da ofensa à honra da parte autora, não significando, por outro lado, um enriquecimento sem causa, bem como deve ter o efeito de punir o responsável de forma a dissuadi-lo da prática de nova conduta. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70039299961, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 10/11/2010)

⁸³ AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 53.

Assim, o momento adequado para ser reconhecida a temeridade e, por conseqüência, o abuso do direito no exercício da demanda é, pois, após a manifestação estatal, ou no bojo de suas razões. O reconhecimento antecipado do abuso no exercício do direito de ação equivale a restringir a garantia ao acesso ao Poder Judiciário. Contudo, aquele que abusa dessa garantia não está imune a algum tipo de responsabilidade, matéria que será enfrentada no capítulo seguinte.

Por fim, imperioso realçar que, enquanto no abuso de direito subjetivo a vítima, em regra, é tão-somente aquele que o sofre, ou seja, o titular passivo da obrigação, no abuso do direito no exercício da ação, além do demandado, figura como vítima também o próprio Estado - Poder Judiciário -, que como dito alhures, é utilizado para a investida de tal modalidade de abuso, sendo subvertido em instrumento tirânico.

Com efeito, considerando a previsão legal do instituto da litigância de má-fé no processo, que guarda certa semelhança com o abuso do direito de ação, mas dele se distingue fundamentalmente, mister se faz a abordagem das fundamentais diferenças entre ambos, o que será objeto de análise a seguir.

2.3 Das diferenças entre o abuso do direito no exercício de ação e a litigância de má-fé.

Não raras vezes há nítida confusão entre a litigância de má-fé e o abuso no exercício do direito de ação. Em que pese, numa primeira análise, pareçam institutos aproximados e até mesmo conflitantes, as diferenças são muitas e ora serão abordadas.

Segundo o art. 17 do Código de Processo Civil pátrio, litiga de má-fé aquele que (I) deduz pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; (II) altera a verdade dos fatos; (III) utiliza-se do processo para conseguir objetivo ilegal; (IV) opõe resistência injustificada ao andamento do processo; (V) procede de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; (VI) provoca incidentes manifestamente infundados; (VII) interpõe recursos com intuito manifestamente protelatório.

O rol de hipóteses de litigância de má-fé previstas em lei é taxativo, mas como a previsão de cada uma delas muito ampla, diversas são as condutas que podem ser enquadradas num mesmo inciso, ampliando, com isso, as possibilidades de condenação pelo ato.

No abuso do direito de ação, por sua vez, o rol de hipóteses de configuração não é *numerus clausus*, pois, como dito alhures, a construção doutrinária acerca da matéria trouxe à baila inúmeras hipóteses, que sempre comportam uma nova possibilidade de se verificar, na utilização desta garantia constitucional, a perversão e converter o Poder Judiciário em instrumento opressor.

Outra grande diferença é que o abuso do direito no exercício da demanda se projeta para fora das questões meramente processuais. É espécie da categoria de abuso de direito, positivada no Código Civil brasileiro, encontrando campo de pouso na doutrina e na jurisprudência. De outro lado, a litigância de má-fé é decorrência do processo em si, utilizado apenas como cenário para sua ocorrência, e sua tipicidade está prevista no Código de Processo Civil.

Aliás, quem comete abuso do direito de ação, de toda sorte, não poderá lograr ser vencedor, salvo na hipótese de não restar configurada sua ocorrência. Na litigância de má-fé, contudo, até mesmo a parte vencedora pode restar condenada, se em qualquer dos seus atos se amoldarem a alguma das condutas previstas no art. 17 do Código de Processo Civil.

No tocante a reparação dos danos,

o litigante de má-fé será responsabilizado por perdas e danos, de ofício ou a requerimento, indenizando a parte contrária dos prejuízos que esta sofrer, além dos honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. [...]. Verifica-se, pois, que não há necessidade de uma nova ação de indenização. Demonstrado o fato da má-fé, na própria sentença o juiz decidirá a respeito, impondo a condenação do responsável em quantia desde logo fixada, não superior a 20% sobre o valor da causa.⁸⁴

Diante disso, a condenação do litigante de má-fé é limitada em 20% sobre valor da ação, para além da multa no patamar de até 1% sobre o mesmo valor, podendo haver cumulação. A condenação poderá ser de ofício ou a requerimento da parte, sendo fixada nos mesmos autos. O mesmo não ocorre quando reconhecido o abuso de direito no exercício da ação, como se verá no capítulo seguinte.

⁸⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 22.ed. Vol.01. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141.

Além disso, o abuso de direito pressupõe a existência de danos, devendo eles ser considerados na totalidade. Não sucede o mesmo na litigância de má fé. A simples obstrução da justiça e a violação de deveres processuais é suficiente para a condenação da parte. Os danos sofridos poderão apenas ser contemplados de forma parcial [...] Essa assenta, como se viu, na violação de deveres processuais e tem como consequência a aplicação de multa ou de uma indemnização meramente compensatória e sem fins ressarcitórios.⁸⁵

Desta forma, a reparação dos danos na condenação por litigância de má-fé, por vezes, não é suficiente para alcançar a totalidade dos prejuízos sofridos. Alguns deles – há de se destacar –, são de difícil constatação, como no caso da existência de eventual dano moral pela alteração na verdade dos fatos, ou dano pela demora na prestação da tutela jurisdicional, consectários da provocação de incidentes manifestamente infundados ou interposição de recursos com intuito manifestamente protelatórios.

Pedro de Albuquerque também acrescenta, ao enfrentar o tema acerca das diferenças entre abuso do direito de ação e litigância de má-fé, a natureza objetiva e subjetiva da conduta do litigante, sendo que assim delineou:

O abuso de direito tem natureza objectiva. Ele é independente da consciência de quem comete o apelidado acto abusivo, bastando o comportamento em si mesmo. Dito de outra maneira: o abuso de direito não está dependente nem da existência de culpa do agente, nem de qualquer outro elemento subjectivo, embora a presença ou ausência desses elementos possa contribuir para a definição das consequências do abuso. Diversamente, a litigância de má fé depende, como se viu, da existência de culpa grave ou de dolo. O elemento subjectivo é, pois, um pressuposto constitutivo da figura.⁸⁶

Não nos cumpre neste capítulo explicar a natureza objetiva do abuso de direito, matéria relegada ao capítulo seguinte, mas merece ser aqui mencionada em homenagem à clareza buscada no delineamento dessas importantes diferenças.

Elementar a existência de dolo na litigância de má-fé, ou erro ou culpa grave, pois o processo, como não poderia deixar de ser, é cenário para que as partes deduzam suas pretensões, acreditando, por vezes, naquilo que erroneamente cometem, sem se darem conta de eventuais prejuízos à parte adversária. Incluir-se em alguma das hipóteses do art. 17 do

⁸⁵ ALBUQUERQUE, Pedro de. **Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 92-4

⁸⁶ ALBUQUERQUE, Pedro de. **Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 92.

Código de Processo Civil não é raro, mas inexistindo dolo, culpa ou erro grave, não haverá qualquer condenação por litigância de má-fé.

Não obstante, por vezes o abuso de direito de ação também pode penetrar na zona destinada à litigância de má-fé.

Em certos casos, o consciente abuso do direito de acção ou outros meios processuais, nomeadamente em caso de *venire contra factum proprium* ou de *supressio*, pode dar origem a situações que são também de litigância de má fé. Nomeadamente quando o abuso conduza à supressão ou paralisação da posição exercida não se vê razão para não proceder a essa mesma supressão ou paralisação, com a concomitante condenação como litigante de má fé e eventual aplicação de multa.⁸⁷

Como se percebe, por vezes a parte que atua em juízo abusando do direito ao exercício da demanda também pode cometer algum ou alguns atos considerados no plano da litigância de má-fé, e pelas duas condutas poderá responder, na forma destinada a cada uma (condenação em indemnização e multa pela litigância e na forma como se verá no próximo capítulo pelo abuso do direito no exercício da demanda).

⁸⁷ ALBUQUERQUE, Pedro de. **Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 94.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO

Não se contesta que quem abusa de direito e causa dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Essa é a consequência lógica do abuso de direito, que configura ato ilícito, e obriga o ressarcimento dos prejuízos, conforme previsão no ordenamento jurídico pátrio.

Em que pese a indenização por abuso de direito já constituir tema pacífico na doutrina e jurisprudência, quando se trata do abuso do direito no exercício da ação, a discussão ganha outros contornos. O abuso do direito no exercício da ação ainda é tema pouco tratado pela doutrina, não obstante seja inegável sua importância, mormente diante do cenário atual de amplo acesso ao Judiciário.

O fato de o exercício da ação, como visto anteriormente, constituir direito e garantia fundamental de acesso à Justiça, dificulta a verificação, no caso concreto, do abuso, pois é tênue a linha divisória entre o seu regular exercício e o exercício abusivo.

Assim, pretende-se doravante desvelar a possibilidade de indenização ao demandado em face do demandante, pelo abuso do direito de ação, bem como os pressupostos para sua configuração e os danos que daquele processo inicial abusivamente ajuizado, foram consectários.

3.1 Da possibilidade de ação indenizatória pelo abuso do direito de ação

O ato ilícito é fato gerador da responsabilidade civil e tem por finalidade colocar a vítima na situação que estaria se não tivesse ocorrido o fato danoso. O atual Código Civil prevê o conceito de ato ilícito nos arts. 186⁸⁸ e 187⁸⁹.

O abuso de direito é categoria de ato ilícito, seja pela construção jurisprudencial ou doutrinária, seja pelos ditames do ordenamento jurídico, especialmente pelo art. 187 do Código Civil, donde emerge o dever de indenizar. Segundo Cavalieri Filho,

⁸⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁸⁹ 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.

o fundamento principal do abuso do direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ilícito. E a realidade demonstra ser isso perfeitamente possível: a conduta está em harmonia com a letra da lei, mas em rota de colisão com seus valores éticos, sociais e econômicos – enfim, em confronto com o conteúdo axiológico da norma legal.⁹⁰

Por sua vez, a reparação dos danos causados em razão de atos ilícitos é o que fundamenta a responsabilidade civil – a par das hipóteses de indenização por atos lícitos. O art. 927⁹¹ do Código Civil determina que o agente que comete ato ilícito e causa danos a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Desta forma, não há dúvidas de que quem abusa de direito e, desta forma, causa danos a outra pessoa, fica compelido a reparar os danos que desse abuso foram consectários. Aliás, essa é a precípua função da responsabilidade civil:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera nesse campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. [...]. Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados.⁹²

Deste modo, obrigar o causador do dano a repará-lo, quando sua ação ou omissão constituir ato ilícito, é fundamental para restabelecer o equilíbrio econômico da vítima, realizando justiça. Aliás, a indenização tem por escopo restituir os prejuízos sofridos tanto quanto possíveis, para alcançar a integralidade, relocando à vítima para a situação imediatamente anterior ao fato.

La teoría del abuso del derecho se propone, desde su nacimiento, la reincorporación de la justicia al orden jurídico; pues este se hallaba perturbado por el ejercicio de los derechos subjetivos que lesionaban la vida social, desde el momento que de su actuación resultaba un daño para tercero, preciso de ser reparado.^{93 94}

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 152.

⁹¹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 13.

⁹³ BUSTAMANTE, Lino Rodríguez-Arias. **El abuso del derecho**. 2.ed. Buenos Aires: EJE, 1971, p.11.

Em que pese não se conteste que o abuso de direito é passível de responsabilidade em face daquele que o abusou, quando se trata do abuso do direito no exercício da ação, a discussão ganha outros contornos. Primeiro, porque rara doutrina tratou efetivamente do tema abordando os danos e o nexo de causalidade decorrentes do abuso do direito de ação. Segundo, porque, como referiu a Relação de Lisboa, o ato ilícito calcado no abuso do direito de ação é fundamento pouco reforçado, não garantindo segurança jurídica e certeza dos julgamentos:

E mal iria a vida dos tribunais se o fosse! Uma verdadeira babel de acções surgiria se fosse lícito atacar-se uma acção com outra acção com *fundamento tão flutuante* como é o conceito do abuso do direito, ficando *pelos ruas de amargura a força, a certeza do caso julgado*. [...]. Portanto, se alguém abusa do direito em prejuízo de outrem, este reagirá *por meio da acção comum*, tendente a fazer-se restituir ao estado anterior à lesão. *Mas se o abuso do direito se verifica no exercício do direito de acção*, então o prejudicado terá de defender-se desse abuso na *própria acção cujo direito de exercício é abusivo*, contra-alegando e provando o abuso e pedindo a indemnização que lhe faculta o art. 456.º do Código de Processo Civil.⁹⁵ (grifos do autor)

Assim, entendeu o Tribunal português, nesse julgado, que quando se tratar de abuso do direito no exercício da demanda, aquele que sofre a ação deverá defender-se no próprio processo, buscando as indenizações que lhe facultam o Código de Processo Civil. Transladando o posicionamento *além mar* para a realidade pátria, a tese aventada por dita Corte seria a de, configurado o abuso do direito de ação, condenar a parte demandante por litigância de má-fé, fulcro no art. 17 do Código de Processo Civil⁹⁶, não havendo que se falar em reparação atacando aquele abuso em outro processo (agora do réu em face do autor).

Contudo, inicialmente cumpre referir que nítidas são as diferenças entre o abuso do direito no exercício da ação e a litigância de má-fé prevista no Código de Processo Civil, conforme visto no capítulo anterior. Os institutos não podem se confundir como se fossem uma única coisa, em que pese, por vezes, se possam verificar zonas de sobreposição.

⁹⁴ Tradução pelo autor: “A teoria do abuso do direito se propõe, desde seu nascimento, a reincorporação da justiça no ordenamento jurídico; pois esse foi perturbado pelo exercício dos direitos subjetivos que lesionavam a vida social, desde o momento em que sua atuação resultava um dano para terceiro, que precisava ser reparado.”

⁹⁵ Acórdão da Relação de Lisboa de 16 de abril de 1941, na Revista dos Tribunais, n. 26, p. 188 *apud* CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. 2ª reimpressão da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005, p. 272-3.

⁹⁶ Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados. VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

O abuso do direito de ação não pode ser relegado às simples sanções processuais, seja pela parte amargurar a improcedência da demanda, devendo arcar com custas e honorários da parte contrária (princípio da sucumbência), seja pela condenação como litigante de má-fé. Isso se deve ao fato de que o abuso do direito no exercício da demanda é algo que merece maior atenção, na exata medida em que os danos, em grande parte dos casos, necessitam de dilação probatória e análises profundas, impossíveis de serem realizadas em nível de defesa na relação processual que discute matéria diversa.

Iniquo seria admitir como efeito natural do exercício do direito de demanda o empobrecimento injusto daquele a quem assiste um direito incontroverso, ao passo que ao seu causador nada soffreria sinão a condemnação nas custas. A recusa systematica á indemnisação do damno [...], sob o pretexto de dificuldades na sua verificação é uma fôrma pouco disfarçada de denegação de justiça. Negue-se a indemnisação, nos casos em que se não provar ter sido o damno [...] causado pelo exercício da demanda, mas, em these, deixe-se caminho para provar, em cada caso que fôr presente aos juizes, que tal damno foi resultante do exercício indevido da demanda. Si o julgador, aqui como em toda materia do acto illicito, apreciar o assumpto com o descortino presumivel em quem exerce a alta ficção de julgar, não ha que temer nenhum arbitrio. No devemos reduzil-o á função automatica de ajustar a um texto inflexível um certo numero de hypotheses preconcebidas. O direito não póde desconhecer a essencial variabilidade do meio onde deve ser applicado.⁹⁷

Deste modo, os efeitos do abuso do direito no exercício da ação, conforme se verá ao tratarmos dos danos efetivos, estão para além da pura relação processual, para que naqueles mesmos autos possam ser discutidos. Até mesmo porque, como se pode ver, a indenização não estará calcada em alguma das formas previstas na litigância de má-fé. O abuso do direito de ação é independente da configuração de tal vício processual e, por esse motivo, deve sofrer tratamento diferenciado.

Com efeito, não se vê óbice à vítima do abuso a possibilidade de discutir, em processo autônomo, a responsabilidade daquele que converteu o Poder Judiciário em instrumento de opressão, quando do comportamento emulativo, ou quando o comportamento, embora despojado do caráter emulativo, não traria qualquer vantagem para si e mostrar-se-ia, de outro lado, desvantajoso ao demandado. Além disso, deve-se acrescentar a conduta que, embora traga certas utilidades para o demandante e inutilidades para o demandado, se mostrasse,

⁹⁷ AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 146-7.

numa análise jurisprudencial e doutrinária, contrário aos valores, princípios e máximas de conduta que compõe a unidade conceitual e valorativa do Direito.

As ações desviadas da finalidade, com caráter vexatório, por exemplo, não podem restar tão-somente amparadas pela condenação da parte em litigância de má-fé, impossibilitando ao demandado a possibilidade de ingressar com ação indenizatória em face daquele que abusou do direito de ação. Como defendeu Jorge Americano anteriormente citado, seria essa uma forma de denegação da justiça, pois não se pode impedir que a parte prejudicada busque, no Poder Judiciário, o reconhecimento de tal ato ilícito, bem como a apuração dos danos que dele são decorrentes, com o consectário julgamento de condenação do autor do ato ilícito a indenizar à vítima pelos prejuízos que sofreu.

Nesse norte, a revelia da Corte portuguesa, Pedro Albuquerque se posicionou:

A aplicação do sistema geral de responsabilidade civil ao processo em resultado de lesões ilícitas no ponto de vista do direito substantivo não só não encontra, depois de quanto se viu, nenhum obstáculo como ao contrário é imposta a diversos níveis pela Constituição e pela necessidade de se respeitar o direito de ação. Uma qualquer posição no sentido de procurar restringir ou limitar a respectiva relevância em consequência de actos lesivos resultantes de comportamentos ilícitos ou culposos realizados no quadro do processo surgiria completamente em contraciclo. A ideia de responsabilidade civil não é apenas uma das pedras angulares da ordem jurídica. Nos ordenamentos jurídicos actuais as hipóteses por ela cobertas e os problemas a que se aplica encontram-se, além disso, em potente, sintomática e imparável expansão. Ao mesmo tempo o próprio processo mostra-se também ele sujeito a uma complexidade crescente a fazer aumentar exponencialmente as possibilidades de actuações substantivamente ilícitas cometidas em seu âmbito.⁹⁸

Assim sendo, a ação por responsabilidade civil é a maneira adequada da vítima de ato ilícito, que sofrer prejuízos dele decorrentes, de ver-se ressarcida, retomando a posição jurídico-econômica anteriormente existente. É por essa maneira que não se encontra óbice – contrariando o posicionamento da Relação de Lisboa naquele caso julgado –, de a vítima ingressar com ação autônoma, buscando reparação em face daquele que lhe arrastou ao Poder Judiciário carente do exercício legítimo do direito de ação.

Aliás, imperioso ressaltar que, por vezes, a habilidade de determinada parte dentro do processo pode garantir sua vitória, mesmo que, em realidade, sua ação esteja viciada pelo vício do abuso. “Por muita dedicação e capacidade que demonstrem os membros da

⁹⁸ ALBUQUERQUE, Pedro de. **Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 150-1.

magistratura, força é confessar que o abuso póde vencer as cautelas com que é exercida a função de distribuir justiça.”⁹⁹

Por mais essa razão é que deve o Poder Judiciário manifestar-se sobre os casos de abuso no exercício da ação, pois se trata de um verdadeiro atentado contra a ordem jurídica, para além de ser motivo de descrédito dos órgãos responsáveis pela distribuição da justiça. Se o abuso de direito, por si só é repudiável, maior ainda tal conotação quando o abuso é verificado no exercício da demanda, pois se projeta para além da relação autor – vítima, incluindo o Estado e transformando-o em instrumento e cenário para sua realização.

Desta forma, não se pode afastar a possibilidade de a vítima buscar reparação em processo autônomo, fazendo prova dos prejuízos que sofreu e, por consequência, ver-se ressarcida pela condenação da parte que da ação abusou.

Contudo, para a verificação da responsabilidade civil e do correlato dever de indenizar, não basta a ocorrência do abuso do direito de ação, pois necessário que dele se projetem danos, nitidamente relacionados com tal ato ilícito (nexo causal). Essa conjugação dos fatores, que formam os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual e/ou aquiliana, são antecedentes necessários à configuração do dever de indenizar, por isso passamos a analisá-los detidamente, sob a ótica do ilícito exercício abusivo da ação.

3.2 Dos pressupostos para verificação da responsabilidade pelo abuso do direito de ação

A responsabilidade civil pelo abuso do direito de ação é extracontratual, porquanto o dever de indenizar surge em virtude de uma lesão a direito subjetivo previsto em lei, sem que entre o agente ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite (responsabilidade contratual).

No que se refere ao abuso de direito, duas são as teorias que o definem. A subjetiva, que é a tradicional, segundo a qual haverá abuso do direito quando o ato, apesar de amparado pela lei, for praticado com o interesse de prejudicar outrem. E, de outro lado, a objetiva, pela qual o abuso do direito resta caracterizado pelo uso anormal do direito.

Judith Martins Costa, ao tratar da natureza da responsabilidade civil, explicou que

⁹⁹ AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 53.

[...] admite-se uma *complexa dimensão da ilicitude* que engloba a chamada ilicitude subjetiva e objetiva: é subjetiva quando a norma determina seja o nexos de imputação balizado pela culpa, impondo-se a verificação da negligência, ou da imprudência ou, ainda, no caso de dolo, também da intencionalidade; é objetiva quando não é necessário averiguar se subjacente ao ato ou a conduta, houve ato negligente ou imprudente, pois a ilicitude estará caracterizada pelo desvio ou pela contrariedade à norma de dever-ser imposta pelo Ordenamento, compreendido [...] como o conjunto de princípios e regras derivadas das quatro fontes de normatividade e destinadas, em última instância, a assegurar a coexistência de liberdades.¹⁰⁰ (grifos do autor)

Assim, quando a análise do ato ilícito depender necessariamente da existência de culpa *lato sensu*, caracterizada pela omissão voluntária, negligência ou imprudência, ou, ainda, dolo, a responsabilidade terá natureza subjetiva. Contudo, quando a ilicitude resta caracterizada pelo desvio de finalidade ou por contrariedade às fontes legal, jurisprudencial, consuetudinária e doutrinária, a análise da culpa torna-se prescindível e caracterizada estará a situação de responsabilidade civil objetiva.

Segundo Cavalieri Filho a concepção adotada pelo Código Civil, a partir da combinação dos artigos 927 e 187 é a objetiva “pois não é necessária a *consciência* de que excederam, com o seu exercício, os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do direito: basta que se excedam, esses limites”.¹⁰¹

A revelia do art. 186 do Código Civil de 2002, que assevera que comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, o abuso de direito prescinde, pois, da análise da culpa. Isso porque o art. 187 apenas asseverou que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os fins econômicos, sociais, atenta contra a boa-fé e os bons costumes.

Com efeito, a responsabilidade pelo abuso de direito será objetiva, bastando para a configuração do ilícito civil, apenas a transgressão aos fins axiológicos da norma jurídica, bem como os postulados da boa-fé e dos bons costumes.

Contudo, no abuso do direito de ação, essa questão não é pacífica. Rui Stoco defende que a responsabilidade a ser apurada na ação indenizatória autônoma é subjetiva e, nesse

¹⁰⁰ MARTINS COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e os rumos indicados pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 71.

¹⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 152.

ponto, vai além: assevera ser necessária a comprovação de dolo, e não simplesmente culpa *stricto sensu*:

Do que se conclui que o próprio legislador admitiu a possibilidade de outras hipóteses ali não contidas, que podem configurar abuso de direito e admitir indenização com base no Direito Comum, ou seja, com supedâneo no Código Civil, na consideração de que o conceito de *improbus litigator* não se esgota na noção da má-fé processual, que se amolda à fraude processual (dolo) mas deixa de fora da previsão outros comportamentos considerados ilícitos. [...]. Segundo nos parece, se estamos falando de má-fé e de conduta fraudulenta da parte, ressuma evidente que há ali identificado o elemento intencional, qual seja o *animus nocendi* (intenção de prejudicar) ou de obter vantagem indevida. Assim, o abuso do direito de estar em juízo e de produzir acusação ou defesa em ações cíveis ou criminais, tem como substrato o dolo do agente; a vontade dirigida a um fim. Significa que a culpa *stricto sensu* não é suficiente para empenhar sua responsabilidade, não obstante o entendimento de consagrados autores, aos quais pede-se vênha para discordar.¹⁰²

Não obstante, ao contrário da má-fé processual, a responsabilidade pelo abuso do direito de ação encontra suporte no direito material. Nesse ponto, como dito alhures, por vezes há de se falar em abuso do direito de ação, sem que se cogite a condenação por má-fé processual, com base no Código de Processo Civil, na exata medida em que para configurar aquela, faz-se imprescindível a verificação de dolo ou culpa grave.

Ademais, a reparação dos danos causados em razão do abuso do direito de ação é objetiva. Vale destacar, nas palavras de Silvio Rodrigues, que a objetividade ou subjetividade não são, bem dizer, espécies de responsabilidade diferenciadas, mas sim maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano.¹⁰³ Logo, a obrigação de reparar os danos decorrentes do abuso do direito de ação decorre do fato em si, prescindindo da análise da culpa. Esse é o espírito do legislador ao contemplar o abuso de direito no rol das responsabilidades objetivas. É o risco assumido pelo litigante que o chama a responder pelos danos que, porventura, causar ao demandado.

¹⁰² STOCO, Rui. **Abuso do direito de estar em juízo**: direito de reparação por má-fé processual. Academia de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Disponível em <<http://www.apejur.com.br/downloads/artigo-abuso.pdf>>. Acesso em 14 set. 2011.

¹⁰³ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 09-10.

a) Da ilicitude do abuso do direito

A lei articula que o abuso de direito é um ato ilícito, consoante já afirmado alhures, embora tenha características próprias e conteúdo especial. Ao discorrer sobre a ilicitude do abuso de direito, Segundo Cavalieri Filho afirma que

não se trata, aqui, de ofensa frontal de um direito de outrem, nem da violação a uma norma tuteladora de um interesse alheio, como ocorre normalmente com todo e qualquer ato ilícito; mas do *exercício anormal* do direito próprio. Enquanto no primeiro (ato ilícito) a conduta não encontra apoio em dispositivo legal e até é praticada contra dever jurídico preexistente, no segundo (abuso do direito) a conduta é respaldada em lei, mas, como já ressaltado, fere ostensivamente o seu espírito.¹⁰⁴ (grifos do autor)

Assim, o ato ilícito como fato gerador da responsabilidade civil no caso do abuso de direito guarda características próprias em relação ao conceito geral de ato ilícito. Resta inquestionável que o artigo 186 do Código Civil prevê o dever de indenizar por aquele que pratica ato ilícito, e indica um conceito fundado na culpa. O artigo 187 do mesmo diploma legal, por sua vez, traz a hipótese de ato ilícito que independe de culpa, na exata medida em que o abuso de direito ofende o espírito da lei e, por isso, apresenta-se passível de indenização.

Adotando-se a teoria objetiva sobre o abuso de direito, não há que se falar em culpa do agente que comete o ato ilícito. Basta que ofenda o espírito da lei para que ela se torne abusiva e caracterize o primeiro elemento do dever de indenizar.

Ainda, importante se faz a identificação do autor do ato ilícito, no caso, a pessoa imputável e que virá a ser chamada a responder pelo abuso do direito cometido no âmbito do processo, valendo-se da garantia Constitucional ao direito de ação. Isso ocorre porque o abuso do direito de ação pode ser cometido pelo demandante, ou pelo seu advogado (no exercício do mandato) ou, ainda, pelos dois conjuntamente.

O litigante, em regra, será patrocinado pelo seu advogado (art. 133 da Constituição Federal¹⁰⁵), por ser a postulação em órgão do Poder Judiciário uma atividade privativa da

¹⁰⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 153.

¹⁰⁵ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

advocacia (art. 1º, inciso I do Estatuto da Advocacia¹⁰⁶). Desta maneira, havendo abuso do direito de ação por parte do demandante, será somente esse convocado a responder a ação indenizatória pelos danos que ocasionar a parte adversária, independente da comprovação de dolo ou culpa.

Contudo, nem sempre será assim. O art. 32 do Estatuto da Advocacia¹⁰⁷ prevê a possibilidade de responsabilização do advogado pelos atos que praticar com dolo ou culpa. Assim é que, quando coligado com seu cliente para causar dano a outrem ou, tendo o dever de impedir a propositura de ações temerárias ou aventuras jurídicas não o fizer, será solidariamente responsável pela reparação dos danos ocasionados, se verificado o abuso do direito de ação.

Sendo o direito de ação exercido por meio do advogado, através do mandato que lhe é outorgado, surge a possibilidade dele ser chamado a responder pelo abuso, pois, como sabido, o direito de ação é desvinculado do direito material (esse sim pertencente somente ao titular). Contudo, repisa-se: diferentemente da parte, o advogado só responde nos casos em que agir com culpa ou dolo, pois assim a lei definiu sua responsabilidade.

Por fim, resta investigar quando o abuso do direito de ação decorre de atos praticados exclusivamente pelo advogado. Nesse caso, a sua responsabilidade é inequívoca, a teor do anteriormente citado art. 32 do Estatuto da Advocacia. Quanto a responsabilidade do cliente, no caso em que abusa do direito de ação apenas o advogado, através do mandato, destaca-se a lição de Jorge Americano:

Afigura-se-nos impressionante [...] o facto de recahirem os efeitos danosos das praticas do advogado sobre o patrimonio do cliente, que tanto inflúe, segundo MORTARA, para o abrandamento e mesmo a inapplicação da doutrina do *abuso do direito* ao exercicio da demanda. No direito patrio, o que caracteriza o mandato é que o mandatario deve preencher um ou mais actos juridicos *em nome e como representante do mandante*, por ter deste recebido poderes para tal representação e para obrigar-o em relação aos terceiros com quem tratar. O art. 1309 do *Codigo Civil* obriga o mandante a satisfazer todas as obrigações contrahidas pelo mandatario *na conformidade do mandato*. Não quer isso dizer que seja principio geral a irresponsabilidade do mandante pelos actos praticados em disconformidade com o mandato. É certo que quando o mandatario exercita actos além dos poderes de que dispõe, modifica, por acto proprio, uma situação que o mandante não creou, altera uma representação que este não outorgou. Trata-se então de um acto todo pessoal, que só pesará sobre o mandante si este o ratificar. [...]. Ora, não dos divorciamos da

¹⁰⁶ Art. 1º São atividades privativas de advocacia: I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

¹⁰⁷ Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

legislação nem da doutrina, quando, da attitude do advogado, induzindo o cliente a demandar sem direito, creando empecos á acção legal da parte contraria, usando de meios que, embora estejam á disposição dos litigantes, evidentemente não são applicaveis á hypothese, tiramos a conclusão da aprovação do cliente, aos seus actos. O proveito que espera tirar de taes processos, ou que realmente delles tira, em detrimento do adversario, o silencio que guarda diante da reprovação geral aos processos empregados, a não revogação da procuração apezar do conhecimento da marcha processual, irregular e oppresiva, são outros tantos elementos que induzem a concluir pela ratificação tacita dos actos exercidos fóra dos limites do mandato.¹⁰⁸ (grifos do autor)

Nesse caso, pode-se acrescentar o fato de que há evidente responsabilidade objetiva do cliente, baseada na *culpa in elegendo*, caracterizada como sendo aquela em que o agente não procede com acerto na escolha do seu preposto, empregado, representante etc., ou não exerce o devido controle sobre os meios e formas utilizadas para a realização de determinada atividade, no caso em exame, o patrocínio da defesa dos interesses na demanda judicial.¹⁰⁹

Assim é que o mandatário, embora emita declaração de vontade, o faz em nome do mandante, e dentro do interesse dele, o qual manterá a titularidade de todos os direitos e obrigações. A decorrência lógica é que o mandante responderá, perante o terceiro, com seu patrimônio, pelos efeitos da declaração de vontade emitida pelo mandatário.¹¹⁰

Contudo, poderá o mandante, posteriormente, em ação de regresso, onde será discutido o contrato de mandato, buscar o ressarcimento do advogado que, sem seu conhecimento e fora dos limites do mandato, realizou ato considerado abuso do direito de ação.

b) Do nexa causal

Ao lado do ato ilícito pelo abuso do direito, o nexa causal é outro elemento imprescindível para a verificação da responsabilidade civil e do correlato dever de indenizar. Isso porque, conforme lição de Sérgio Cavalieri Filho,

¹⁰⁸ AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 57-8.

¹⁰⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 351.

¹¹⁰ PEREIRA, Caio Maria da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 11.ed. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 410.

não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o quê a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato.¹¹¹

Portanto, a averiguação do nexo causal no exame da responsabilidade civil faz-se insofismável, uma vez que é o elemento que liga a conduta praticada pelo agente ao dano sofrido pela vítima. É ele que determina o liame entre causa e efeito; ação (comissiva ou omissiva) e resultado.

Na exploração do nexo de causalidade, Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger asseverou que “a importância do estudo do nexo causal cresceu significativamente a partir do surgimento da teoria do risco, segundo a qual a caracterização da responsabilidade prescinde de culpa, bastando-lhe apenas o dano e o nexo causal.”¹¹²

Assim é que o nexo de causalidade tornou-se um dos principais elementos para a investigação da responsabilidade civil, especialmente porque sua quebra é o principal argumento nas teses de defesa.

Para o seu exame, muitas foram as teorias desenvolvidas, sendo que algumas ganharam relevo e, outras, foram relegadas ao esquecimento. Entre as que se destacaram – e serão objeto de análise – pode-se citar a teoria da equivalência dos antecedentes, a teoria da causalidade direta e imediata e a teoria da causalidade adequada.

A primeira delas – da equivalência dos antecedentes –, não faz qualquer distinção entre causa e condição, equiparando-as. Segundo explica Cavalieri Filho, se várias condições concorrerem para o mesmo resultado, todas ganharão o mesmo valor, a mesma relevância, restando indiferente saber qual foi a mais eficaz. A máxima, por esta teoria, é dizer que causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem distinção da relevância das ações, motivo pelo qual também é conhecida de teoria da *conditio sine qua non*.¹¹³

Paulo José da Costa Júnior explica que para que se possa averiguar se uma determinada condição foi causa ao evento danoso, aplica-se o processo hipotético de eliminação, que consiste em eliminar a determinada condição e, se desaparecer o resultado,

¹¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 46.

¹¹² LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do direito**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 08.

¹¹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 47.

essa é considerada a causa. De outro lado, se eliminando aquela condição o resultado persistir, essa não será considerada a razão do resultado. Entretanto, explica que indispensabilidade não é equivalência. O fato de cada condição ser igualmente necessária, no complexo das condições, não significa que sejam equivalentes entre si.¹¹⁴

Porém, vale dizer que essa teoria conduz o estudioso *ad infinitum*, transformando um rol quase que interminável de condições em causas. Tal viria por conduzir à instabilidade jurídica na busca da efetiva condição que deu causa ao resultado.

É nesse diapasão que surgiu a teoria da causalidade direta e imediata defendida por boa parte da doutrina nativa e expressamente disposta no Código Civil pátrio. Na lição de Arnaldo Rizzardo, “interessa, no caso, o dano que é efeito direto e imediato do fato causador, e não o remoto, ou advindo de novas causas. Apenas aqueles danos que têm relação com o fato ocorrido, e não outros que aparecem. [...]”¹¹⁵ Segundo Lautenschläger, partidário da teoria da causalidade direta e imediata,

levando-se em consideração [...] a teoria adotada pelo nosso Código Civil é aquela que exige seja o dano consequência direta e imediata do fato que o produziu (art. 403 do Código Civil brasileiro) [...]. De acordo com essa escola, “é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano.”¹¹⁶

Assim, a teoria da causalidade direta e imediata confunde-se e combina-se à teoria da causalidade adequada, fazendo, em realidade, parte desta, completando-a. Não podendo ser, sobremaneira, dissociada. Portanto, para a teoria da causalidade adequada, imprescindível colacionar a lição de Paulo José da Costa Júnior, citando Kries, indicado como o precursor da teoria hoje adotada pelo nosso sistema jurídico:

[...] causa é o antecedente, não só necessário, mas adequado à produção do evento. Portanto, para que se possa considerar um resultado como causado por um homem, faz-se mister que este, além de realizar um antecedente indispensável, desenvolva uma atividade adequada à concretização do evento.¹¹⁷

¹¹⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexo causal**. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 105.

¹¹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 76.

¹¹⁶ LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do direito**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 09-10.

¹¹⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexo causal**. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 115.

Deste modo, em havendo várias condições concorrentes para a produção de determinado resultado, será adequada aquela que foi idônea à causa do evento. Resistindo, ainda assim, mais de uma causa que pode ser considerada idônea, para a solução do conflito Sérgio Cavalieri Filho traz à baila a lição do mestre Antunes Varela, que assevera não bastar que o fato tenha sido, em concreto, uma condição sem o qual o resultado não teria acontecido, mas sim é necessário que o fato constitua, em abstrato, uma causa adequada ao dano¹¹⁸. Em outras palavras, a conduta do agente tem que ser adequada e idônea a constituir causa do resultado.

Segundo Paulo José da Costa Júnior,

[...] o julgador, retrocedendo no tempo até o momento da conduta, colocando-se no lugar do agente, analisa os fatos, já verificados, como se ainda se devessem verificar (*nachträgliche Prognose*). Emite, então, um juízo, que é o corolário de um silogismo, cuja premissa maior é constituída pelo conhecimento das leis da natureza (conhecimento nomológico), e cuja premissa menor é integrada pelas condições particulares em que se encontrava o agente (conhecimento ontológico).¹¹⁹

A partir do estudo realizado sobre essa questão, resta possível extrair que a teoria aceita para a responsabilização civil é da causalidade adequada, de modo que a obrigação de indenizar resta configurada se os danos advindos são conseqüências do ato ilícito. Assim, o abuso do direito de ação deverá ser a causa adequada e idônea aos prejuízos sofridos, o que se poderá verificar por meio do silogismo, baseado na máxima que o abuso do direito é meio adequado e idôneo a causar danos de natureza moral e patrimonial (conforme se verá adiante), motivo pelo qual deverá o julgador e as partes verificarem, caso a caso, se os danos causados no processo são conseqüências direta, imediata e adequada do abuso do direito de ação.

Não obstante, o rompimento do nexu causal isenta o agente do dever de indenizar o dano sofrido pela vítima. Dentre as causas convenientes a rompê-lo estão a força maior, o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro.

Explica Arnaldo Rizzardo que a força maior tem subjacente a idéia de *inevitabilidade*, sendo que ali se enquadra toda ação humana ou acontecimento da natureza que, embora previsível, era inevitável. De outro lado, o caso fortuito assenta-se na idéia de *imprevisibilidade*, sendo impossível de ser previsto por qualquer homem médio, mas sua

¹¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 46.

¹¹⁹ COSTA JÚNIOR. Paulo José da. **Nexu causal**. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 116-7.

previsão evitaria o dano. Não obstante, ambos fazem desaparecer o nexo de causalidade entre ação e resultado. Quanto ao fato da vítima ou sua culpa exclusiva também são fatores que quebram o nexo de causalidade, afastando a responsabilidade do agente causador do dano, na exata medida em que a conduta da vítima foi suficiente para gerar o evento danoso.¹²⁰

Além disso, qualquer pessoa além da vítima e do responsável pela conduta, que com nenhum deles guarde relação, pode ser o causador do dano, quebrando o nexo de causalidade entre conduta e resultado. Segundo Cavalieri Filho, o fato do terceiro guarda estreita relação com o caso fortuito e a força maior, uma vez que interfere na esfera do agente gerando imprevisão ou inevitabilidade.¹²¹

Deste modo, o nexo de causalidade é liame que liga o ato ilícito ao resultado, necessário à configuração da responsabilidade civil e do correlato dever de indenizar. Logo, mesmo que reste configurado o abuso do direito de ação, os danos sofridos deverão ser diretamente ligados a esse exercício. O abuso deverá demonstrar-se adequado a causar os danos verificados, sem o que não haverá se falar em dever de indenizar.

3.3 Dos danos decorrentes do abuso do direito de ação

O reconhecimento do dever de indenizar, integrante da responsabilidade civil, perpassa pela existência de danos que sejam conseqüências do ato ilícito. Em razão disso o dano constitui pressuposto da responsabilidade civil, mas preferimos cuidá-los em sub-capítulo diverso, em razão das peculiaridades que traz no exercício abusivo do direito de ação.

Mutatis mutandis, quando se está diante de um ilícito civil, os danos são componentes fundamentais, pois, a revelia da esfera penal, a sua existência é imprescindível para que se sustente o dever de indenizar.

Nesse aspecto, caracterizando os danos, leciona Raniero Bordon, tomando por base julgado da *Cassazione* italiana, que afirmou ser o dano uma conseqüência do evento danoso, revelando-se sobre dois perfis: como um evento lesivo e como um conjunto de conseqüências ressarcíveis do evento danoso. Desta forma, leciona o autor, que se consolidou na cultura jurídica contemporânea a idéia de que existem dois momentos diversos no juízo de

¹²⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 90-2 e 103.

¹²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 65.

ressarcimento: a construção do fato idôneo a fundar a responsabilidade e a determinação dos danos ocasionados, que constituem a obrigação de ressarcir.¹²²

Logo, subsistindo apenas o ato ilícito, sem qualquer dano, na esfera civil não haverá se falar em indenização, ou em obrigação de ressarcir. Até porque, logicamente, não se pode ressarcir o que não se prejudicou. Por esse motivo os danos integram a estrutura do ilícito civil.

Os danos podem ter natureza patrimonial, sejam eles danos emergentes, lucros cessantes, ou configurem a perda de uma chance. Também podem ter caráter puramente moral, acarretando prejuízos de difícil mensuração.

No abuso do direito de ação, não está a vítima ileso a danos que de tal conduta sejam consequência. Abuso do direito de ação é comportamento hábil a causar danos à pessoa demandada em juízo.

Dizer, portanto, que quem demanda usa do seu direito e, assim, não causa danno a ninguém, é esquecer que o litigante tem um adversario e que este, quando assistido por um direito, deve estar a coberto de quaesquer ataques injustos. São os incommodos, a diminuição patrimonial causada pelo contracto de honorarios, a producção de provas difficeis e custosas, o abandono de negocios urgentes, que parecem para attender ás necessidades da demanda, emfim, a repercussão material mais ou menos intensa, além do danno moral, que só em parte serão reparados na sentença. Seria incoherente conceder a sancção ao individuo que cedeu á simples ameaça de uma demanda injusta, preferindo subtrahir o seu direito á constatação judicial. Mas quando a victima da *chantage* forense, que assim se pode chamar o *abuso do direito de demanda*, sobre qualquer das fórmias que reveste, depois de arrastada aos tribunaes, demonstra á saciedade a ausencia manifesta do direito do adversario, a imprudencia, ou anormalidade do exercicio da acção, a que se entregou com o fim evidente de alcançar vantagens, será desmentir aos fins da organização judiciaria negar-lhe a ampla indemnisação dos prejuizos soffridos.¹²³ (grifos do autor)

Não se nega que quem é demandado em uma ação judicial, sofre determinados danos, independente do fato de a ação ser justa ou injusta. Mesmo nos casos em que não há abuso, ou seja, a ação judicial está dentro dos limites impostos pelo direito, há a ocorrência de danos. Contudo, nesses casos, os danos serão compensados pelo princípio da sucumbência, arcando a parte que deu causa ao processo e decaiu ao final.

¹²² BORDON, Raniero. Il nesso di causalità nella nuova responsabilità civile. In: BORDON, Raniero; ROSSI, Stefano; TRAMONTANO, Luigi. **La nuova responsabilità civile**. Torino: Utet Giuridica, 2010, p. 289.

¹²³ AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 50-1.

Não obstante, cumpre-nos investigar quais os danos consecutórios do exercício desvirtuado da demanda judicial. Onde ocorre o abuso do direito de ação, nem sempre o princípio da sucumbência será, por si só, suficiente para repor a vítima ao *status quo ante*, nem sequer a condenação processual pela litigância de má-fé – prescindível, aliás, no caso de abuso de direito de ação, conforme visto alhures – se presta para tal fim.

Ressalta-se, mais uma vez, que não se trata aqui de condenar o demandante nas custas processuais e honorários advocatícios nas balizas fixadas pelo Código de Processo Civil, nem sequer pela eventual litigância de má-fé, prescindível ao abuso do direito. Mas sim, trata-se em investigar, em ação autônoma de responsabilidade, a extensão dos danos sofridos pelo demandado em face da ação anteriormente intentada.

No tocante aos danos e, mais especialmente, aos danos de natureza patrimonial, tomaremos por norte as lições de Jorge Americano, que sobre o tema se debruçou, trazendo à literatura jurídica explanada lição sobre o assunto:

A maioria das decisões judiciais está imbuida do principio de que o litigante temerario é o *improbis litigator*, aquelle que traz alguem a juizo por simples espirito de vexação. Em caso contrario, basta a simples condemnação ás custas para restabelecer o equilibrio economico nas relações dos litigantes. [...] Mas não é exacta a afirmativa da jurisprudencia. Não basta a condemnação nas custas para restabelecer o equilibrio economico. Bastaria, si o desequilibrio economico fosse resultante tão sómente das despesas com o custeio da lide, propriamente dita. É preciso, porém, considerar que ha o dispendio com os honorarios do advogado, como consequencia directa da demanda [...]. Segundo affirma MORTARA, como fructo de observações de longa pratica, a jurisprudencia não se tem deixado influenciar, tambem na Italia, por essas considerações. Os tribunaes são relativamente timidos em condemnar. Attribúe o processualista italiano esse facto a que talvez actúe no espirito dos magistrados a circumstancia de se dever mais aos advogados do que aos litigantes a maioria das manobras caviliosas da defesa, ou a temeridade na lide. Muito commum, diz elle, é succeder que um individuo seja induzido a demandar sem nenhum direito, ou a defender-se até um extremo inadmissivel segundo as regras da honestidade, pela insistencia de advogados menos escrupulosos, que lhe mostram com cores brilhantes a esperanza de uma victoria, mediante argumentos subtis e impressionantes a olhos profanos. É este, aliás, um methodo de muito effeito, bastante diffundido, para que mereça um pouco de attenção.¹²⁴ (grifos do autor)

Diferente não é na conjuntura nacional. Não se verifica, por meio dos julgados dos Tribunais pátrios, julgadores que se debruçam sobre o tema. Nem sequer relevante número de ações propostas sobre esse fundamento. A condenação de determinados sujeitos com fulcro

¹²⁴ AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 54-5.

no abuso do direito no exercício da demanda ainda caminha a curtos passos, em que pese a cada dia, pela facilitação do acesso aos tribunais, venha a ser mais recorrente.

Contudo, esse fato não é impedimento para o estudo efetivos dos danos oriundos do abuso do direito de ação, os quais podemos dividir em patrimoniais e morais. Inegável que quem é arrastado ao Poder Judiciário, tendo de defender-se de uma ação viciada pelo abuso, sofre danos de caráter patrimonial e, evidentemente, moral – todos injustos. E nesse passo, não pode – e não deve – o Poder Judiciário negar-lhe a indenização que for devida, com vista a restabelecer a situação de desequilíbrio criada entre demandante e demandado em face da ação judicial anteriormente ajuizada.

Destarte, os danos patrimoniais podem ser subdividido em diretos e indiretos, na esteira da lição de Jorge Americano que sobre o tema se dedicou e cuja doutrina é relevante para o estudo dessas conseqüências abordadas nos parágrafos seguintes.

Quanto aos danos patrimoniais diretos, deve ser inicialmente incluída a contratação de advogado para patrocinar a defesa. Nesse caso, contudo, há de se ter em vista sempre que a ação julgada improcedente não necessariamente está maculada pelo vício do abuso. A procedência ou improcedência do pedido realizado pela parte autora não depende de uma análise acerca da regularidade ou excesso no exercício da ação, mas sim está intimamente ligada ao bem de vida procurado e na forma com que é buscado. Além do mais, depende de uma série de fatores, especialmente a distribuição do ônus da prova e sua boa demonstração.

Assim, não abusa do direito quem demanda em juízo e tem seu pedido simplesmente negado, não sendo causa de ilicitude capaz de gerar ação indenizatória do demandado em face do demandante. Nesse caso, a sucumbência é adequada para ressarcir os prejuízos advindos do processo.

Si o direito – objecto da demanda – não é liquido, mas sujeito a duvidas, si, apurando-se afinal que não era procedente a demanda, tinha entretanto a apparencia fundada de um direito, capaz de induzir qualquer individuo normal a pedir o seu reconhecimento em juizo, não se póde impor ao autor a obrigação de resarcir o damno effectivo que para o adversario será resultante, não de uma lide temeraria, que em tal caso se não verifica, mas da propria natureza humana, incapaz de reconhecer o erro á primeira vista. Si, porém, á evidencia, fallece o direito – objecto da demanda – ou si a maneira pela qual é exercido causa *injusto prejuizo* ao adversario; si a fórmula de defesa é tendente a causar prejuizo injusto ao autor etc.: o damno deve ser estimado em toda a extensão desse prejuizo injustamente causado á sua victima. E avulta á primeira vista a despeza feita com o advogado contractado para patrocinar direitos que eram, de si mesmos, incontestaveis. Não se póde conceber que o individuo que arrasta outro a uma demanda da qual estava incontestavelmente livre, deva eximir-se ao resarcimento dos prejuizos que lhe

causou. Nem se diga, empregando o argumento por nós acima usado, que tal facto deriva da propria natureza humana, que não póde á primeira vista distinguir o justo do injusto; a nossa hypothese é a de um direito incontestavel aos olhos de toda gente, até mesmo daquelle que tem a vista obscurecida pelo proprio interesse.¹²⁵ (grifos do autor)

Deste modo, falecendo o direito ao exercício da demanda, nos casos em que há evidente abuso, abre-se a possibilidade de o demandado, em ação autônoma, buscar o ressarcimento de todos os prejuízos que lhe foram causados, como mais elementar distribuição da justiça.

A primeira consequencia que traz o exercício de qualquer demanda é a obrigação de contractar advogado. Em primeiro plano devem portanto ser considerados os danos provenientes dos honorarios estipulados. [...] Ora, na indemnisação se comprehendem então, não só os honorarios despendidos na propria lide temeraria, como os que são contractados para a propositura da acção de indemnisação. É uma consequencia necessaria do *abuso do direito*, porque sem tal despesa a victima não se indemnizará dos prejuizos advindos da injusta demanda a que foi levado. Sem a indemnisação destes honorarios não se considerará resarcido todo o damno directamente causado pelo abuso do direito.¹²⁶ (grifos do autor)

Com efeito, a contratação de advogado para patrocinar a defesa em ação que, injusta e indevidamente está sofrendo o demandado, é a primeira repercussão dos danos, face à evidente diminuição patrimonial suportada. Mas não só: Jorge Americano defende que também na ação do demandado que busca indenização pelos prejuízos sofridos na lide temerária devem os honorários integrar o valor da indenização. Contudo, pedimos vênica para discordar desse último ponto, pois os honorários contratuais da ação indenizatória subjacente deverão ser discutidos na sucumbência, assim como em qualquer outra ação que vise ressarcimento em razão de danos decorrentes de ato ilícito.

Os danos diretos são de mais fácil constatação, pois os honorários contratuais de defesa, eventuais despesas processuais, de deslocamento, de perícias etc. (ocorridos no processo anterior), estarão sempre intimamente ligados ao patrocínio da defesa naquela ação que não deveria estar sendo demandada à vítima.

¹²⁵ AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 144-5.

¹²⁶ AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 144.

A maior problemática, contudo, reside na verificação dos danos indiretos que, de igual sorte, foram consectários do abuso do direito de ação.

Vem, a seguir, o damno indirecto ou mediato. E aqui se faz mistér uma grande argucia, para distinguir até onde a victima do abuso foi levada a prejuizos na defesa do seu direito, e onde intervieram causas extranhas produzindo-lhe damno. [...] Admita-se a hypothese da demanda proposta ou conduzida de fôrma irregular, sem a qual a victima do abuso teria meios de se defender efficientemente, mas em consequencia do abuso foi constringida a contrahir dividas; que contava pagal-as dentro de certo prazo razoavel, mas o exercicio da demanda, por sua fôrma irregular, tirou-lhe os meios necessarios forçando-a a contrahir novos compromissos; ou foi a causa de sua ruina, turnando litigioso os bens irrecusavelmente livres, de sorte a fazer com que não pudesse sobre elles levantar capitaes, etc.¹²⁷

Nestes casos, imprescindível a atuação dos magistrados em verificar, caso a caso, as dimensões do ato ilícito, especialmente sua repercussão para além do processo. Como visto, o abuso do direito no exercício da demanda pode gerar conseqüências que não estão diretamente ligadas ao processo em si, mas dele são consectários. O dever de indenizar é conseqüência dessa atuação.

Além disso, a publicidade das demandas é fator preponderante na extensão de determinados danos. Remetemos, a fim exemplificativo, à *sham litigation*, donde um concorrente, utilizando-se da demanda processual, prejudica outro, seja na relação com seus parceiros comerciais, seja na relação com sua clientela, em vista das alegações sabidamente falsas sobre o produto ou serviço disponibilizados. De outro lado, mas caminhando para o mesmo norte, também se pode incluir na categoria dos danos consectários do exercício abusivo do direito de ação, os de natureza moral.

Inicialmente, cumpre destacar que

no dano moral, o ressarcimento identifica-se com a compensação. É uma reparação compensatória. O patrimônio moral é formado de bens ideais ou inatos, ou direitos naturais, muito embora sua reparação tenha a característica de reparação comum. Em várias passagens nossa lei reconhece o ressarcimento do dano moral. [...]. figurada que está em lei, a reparação torna-se imperativa. Nem a extinção da punibilidade do ofensor apaga essa viabilidade reparatória na esfera cível.¹²⁸

¹²⁷ AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 145.

¹²⁸ MARMITT, Arnaldo. **Perdas e danos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 131.

A doutrina é uníssona no que diz respeito ao dano moral ser aquele que atinge valores eminentemente espirituais, tais como a paz, a liberdade física, a honra, a tranquilidade de espírito, a reputação etc. Contudo, parte dela defende que para a verificação do dano moral faz-se necessária comprovar a dor, humilhação, sofrimento etc., pois os meros dissabores e incômodos não são suficientes para caracterizar o dano moral.¹²⁹ Com efeito, dever-se-ia analisar a repercussão do ato ilícito na esfera psíquica da vítima, a fim de mensurar a extensão dos danos causados pelo autor e permitir a reparação, *in pecunia*.

Apesar disso, prefere-se a posição defendida por Sérgio Cavalieri Filho, que realizou uma releitura do dano moral a partir da Constituição Federal, tornando-a o principal vetor para sua verificação, determinando novos nortes a sua ocorrência:

Tenho para mim que todos os conceitos tradicionais de dano moral terão que ser revistos pela ótica da Constituição de 1988. Assim é porque a atual Carta, na trilha das demais Constituições elaboradas após a eclosão da chamada *questão social*, colocou o Homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos. E, ao inserir em seu texto normas que tutelam os valores humanos, a Constituição fez também estrutural transformação no conceito e valores dos direitos individuais e sociais, o suficiente para permitir que a tutela desses direitos seja agora feita por aplicação direta de suas normas. [...]. Pois bem, logo no seu primeiro artigo, inciso III, a Constituição Federal consagrou a *dignidade humana* como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Temos hoje o que pode ser chamado de *direito subjetivo constitucional à dignidade*. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. Os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade estão englobados no *direito à dignidade*, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana.¹³⁰ (grifos do autor)

Desta forma, desvincula-se o dano moral da existência concreta de dor, sofrimento, vexame, humilhação etc., questões que necessitam uma averiguação da esfera psíquica da vítima, para abrir espaço para a ofensa à dignidade humana como seu vetor. Do contrário, pessoas em estado vegetativo ou que, de qualquer sorte, não tenham exata compreensão do ato ilícito, incapazes de serem atingidas no psíquico pela ação perpetrada, não poderiam ser sujeito passivos do ato ilícito. Mas, de outro modo, por terem atingido à sua dignidade serão indenizados.

¹²⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 246.

¹³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 79-80.

Nesse passo é que se abre a possibilidade, em havendo abuso do direito de ação, para a reparação pelos danos morais, mesmo que esses sejam exclusivos. Quando o direito de ação, utilizado de forma abusiva, atinge o direito subjetivo constitucional à dignidade do demandado, não se encontra óbice para que esse, em ação autônoma, busque a condenação do demandante a pagar-lhe determinado valor.

Cumpra-se destacar que no abuso do direito no exercício de ação, os danos morais são decorrência lógica. Quem é arrastado injustamente a juízo, tendo que se defender em processo cujo exercício é temerário, cuja lide tenha finalidade de causar danos à parte adversária, com ou sem o caráter emulativo, tem sua dignidade atingida.

O Judiciário tem poder de coação sobre as pessoas e, como sabido, o próprio processo permite articulações e desfechos que, por vezes, não garantem a justiça das decisões, o que causa angústia e sofrimento, conseqüências verificáveis em quem sofre abalo da sua liberdade, intimidade, privacidade, honra, bom nome etc.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhece, no exercício anormal do direito de ação, a configuração dos danos morais¹³¹, *in re ipsa*, ou seja, o ato ilícito, por si só, é causa suficiente para a configuração do dano moral, por ser decorrência lógica do abuso no seu exercício, prescindindo de realização de qualquer tipo de prova de sua ocorrência.

¹³¹ RESPONSABILIDADE CIVIL. ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO. EXECUÇÃO DE CRÉDITO HIPOTECÁRIO JÁ QUITADO. O direito de estar em juízo encontra proteção e garantia na Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV e LV. De tal sorte, em princípio, o ajuizamento de ação constitui exercício regular de um direito, independentemente do resultado do seu julgamento. Ocorre que em dadas hipóteses a conduta, em que pese amoldada aos limites objetivos delineados pela lei, desvia-se visivelmente da sua destinação social, incidindo em abuso. O direito de ação não é absoluto, pois se acha, também, condicionado a um motivo legítimo. Quem recorre às vias judiciais deve ter um direito a reintegrar, um interesse legítimo a proteger, uma razão séria para invocar a tutela jurídica. Evidente o abuso do direito de ação do banco que pretendeu cobrar dívida que sabia, ou deveria saber, já estava quitada, colocando a ré em situação angustiante, valendo-se do poder de coação que exerce o Judiciário sob as pessoas. O fato de não haver comprovação da má-fé, não impede o reconhecimento do abuso do direito. Para que haja abuso de direito não é indispensável que se descubra no autor do prejuízo causado a outrem a intenção de prejudicar. É bastante que se observe na sua conduta a ausência das precauções que a prudência recomenda. APELAÇÃO PROVIDA (Apelação Cível Nº 70020959367, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 12/03/2008); RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. DIREITO DE AÇÃO. EXERCÍCIO. ABUSO. BUSCA E APREENSÃO DE AUTOMÓVEL. DÍVIDA PAGA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. VALOR. O acesso à Justiça, porque assegurado em norma constitucional, constitui conduta absolutamente lícita, e não acarreta responsabilidade, ainda que a pretensão seja repelida ao final. No entanto, excepcionalmente, tal conduta gera responsabilidade civil daquele que promoveu ação temerária, de forma leviana, capaz de ensejar medida causadora de sofrimento moral, ou desonrosa, como nos casos de arresto, busca e apreensão de bens ou pessoas. Indenização majorada para 100 (cem) salários mínimos, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto. ENCARGOS DA LIDE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. DISTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL. Havendo sucumbência recíproca, não subsumida na previsão do art. 21, parágrafo único, do CPC, devem as partes suportar as despesas processuais e honorários na proporção do decaimento. PROPORÇÃO DO DECAIMENTO DAS PARTES, EM MATÉRIA DE DANO MORAL. DUPLA BASE DE CÁLCULO. ORIENTAÇÃO CONSAGRADA PELO QUINTO GRUPO CÍVEL. Consoante entendimento consagrado no 5º Grupo Cível, se o autor formula pedido certo de reparação de danos morais e a sentença julga parcialmente procedente a ação, arbitrando valor inferior ao postulado, a proporção do decaimento não pode ser extraída exclusivamente do confronto entre o valor postulado e o que foi conferido na sentença, devendo-se considerar como percentual da vitória do autor a declaração de responsabilidade do réu. SENTENÇA REFORMADA. (Apelação Cível Nº 70003472065, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mara Larsen Chechi, Julgado em 28/05/2003)

Assim, verificado o abuso no direito de ação e presentes os pressupostos da responsabilidade civil aplicáveis, surge à parte demandada o direito a ver-se ressarcida dos prejuízos que dele decorreram, seja no plano patrimonial ou moral, devendo o autor do ato ilícito repor à vítima na situação imediatamente anterior ao abuso, com fundamento no princípio do *restitutio in integrum*. A indenização há que ser buscada em processo autônomo e deverá ser adequada e total, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto, a fim de satisfazer todos os prejuízos decorrentes do abuso do direito de ação, sem o qual a vítima não teria suportado qualquer diminuição patrimonial ou haveria sua dignidade abalada.

CONCLUSÃO

A ciência processual, com o monopólio estatal de solucionar os conflitos de interesse, ganhou autonomia quando se desvinculou do direito material. Assim é que o atual Código de Processo Civil brasileiro adotou como institutos fundamentais do direito processual civil a ação, a jurisdição e o processo, bem como, segundo alguns autores, a exceção ou defesa, cuja compreensão fez-se imperiosa à investigação do objeto de pesquisa do presente trabalho.

A jurisdição consiste no poder-dever do Estado em aplicar o direito ou criar a solução mais adequada ao caso concreto, que é levado por meio do processo.

A ação, por sua vez, é simultaneamente direito e garantia constitucionais, com maior conotação dessa última, incerta no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988. Por meio do direito de ação, o cidadão, quando da violação ou perigo de violação de um direito, ou até mesmo diante da inexistência de um direito material positivado, pode demandar contra o Estado a prestação da tutela jurisdicional, em face, ou não, de outro sujeito que, por sua vez, exercerá o direito de exceção, valendo-se do processo.

Conseqüência do próprio direito fundamental de ação e exceção, tem-se o princípio do acesso à ordem jurídica justa, também extraído do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, cuja análise deve ser feita sob uma dúplici ótica: de um lado, o direito do cidadão de buscar a resolução do seu conflito no Poder Judiciário, sem sofrer obstáculos e, de outro lado, o direito à efetividade e justiça da prestação jurisdicional.

O direito de ação assenta-se na idéia de ação como direito abstrato de agir, condicionado ao atendimento de determinadas condições, denominadas *condições da ação*. Dentre elas está a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade de partes e o interesse de agir. Essa teoria, denominada eclética, foi criada pelo jurista italiano Enrico Túlio Liebman e influenciou a elaboração do nosso Código de Processo Civil vigente. Assim é que o direito de ação, segundo essa teoria, só existe se o autor preencher tais condições.

Logo, a ação é direito subjetivo dirigido contra o Estado, a quem compete prestar a jurisdição, sendo a pretensão dirigida ao réu, em face de quem o autor espera a produção dos efeitos da decisão judicial. Assim, o direito de ação é potencial, na exata medida em que pode ser exercido ou não pelo seu titular.

Quanto aos direitos subjetivos, esses podem entrar em conflito quando sua invocação atinge seu conteúdo axiológico, entendido como os valores morais, éticos, sociais e econômicos. Tal situação, denominada abuso de direito, merece ser reprimida.

Para explicar o abuso de direito, muitas foram as teorias formuladas, sendo que dentre elas se destacam a *subjetiva*, a *objetiva radical*, a *teoria da anormalidade do dano produzido pelo ato*, as *teorias finalistas* e a *teoria dos limites normativos internos*. Não obstante, todas elas não suportaram as críticas e não foram reconhecidas para a verificação daquilo que consideramos hoje de abuso de direito. Assim, prefere-se a proposta de Lautenschläger, que retocou o critério indicado por Jorge Manuel Coutinho de Abreu, indicando a ocorrência de abuso de direito em situações específicas abordadas no trabalho.

Vale destacar, contudo, que cabe ao intérprete examinar, caso a caso, se há ou não abuso de direito, verificando novas hipóteses, por meio de uma interpretação sistemática, jurisprudencial e doutrinária. Tal assertiva faz-se imperiosa para se abarcar outras situações de abuso de direito, pois sendo conceito aberto, sempre há na mente humana criatividade para realizar ações que excedam os limites do direito e penetrem no abuso.

Diante do exposto, a doutrina buscou desvelar o abuso de direito em seu campo, mas o legislador pátrio, no Código Civil de 2002, também previu tal instituto no art. 187, inserindo-o como modalidade de ato ilícito. Assim, abusivo será o exercício do direito que excede os limites impostos pelos fins econômicos e sociais, ou pela boa-fé e bons costumes.

Apesar de o direito de ação constar do rol de direitos constitucionais fundamentais, o seu exercício não resta imune a eventuais abusos. Aliás, um dos principais objetivos da teoria do abuso de direito é impedir que ele seja utilizado de maneira a tornar-se instrumento de opressão, ou escudo protetivo pela sua aparente regularidade legal. Praticamente todo direito reconhecido sofre limitações em seu exercício, formando seu caráter axiológico. Quando o sujeito ativo, utilizando-se de determinado direito, atenta contra esse caráter axiológico, está cometendo abuso. Com o direito de ação não é diferente.

Assim é que a teoria do abuso de direito encontrou no exercício da demanda local favorável para abrigar-se, especialmente porque o Estado, titular do poder jurisdicional, não encontra imediatamente instrumentos hábeis para afastar a utilização maliciosa do processo de maneira efetiva.

Essencialmente se deve acrescentar que a facilitação do acesso ao Poder Judiciário fez com que o abuso de direito no exercício da ação emergisse com mais relevância do que nunca. A multiplicação de litígios, de atores judiciais, de sedes judiciárias, da Defensoria Pública e tantos outros exemplos, fez com que se ampliasse a possibilidade de acesso aos tribunais e, ao mesmo tempo, o exercício abusivo do direito de ação.

Assim, as hipóteses comuns ao abuso do direito de ação podem ser extraídas quando há comportamento emulativo, isto é, demanda destinada a causar dano a outrem; ou quando o comportamento, embora desprovido do caráter emulativo, não gera qualquer vantagem ao demandante e mostra-se, de outro lado, desvantajoso ao demandado; e no comportamento que, embora traga certas utilidades para o demandante e inutilidades para o demandado, se mostre, numa análise jurisprudencial e doutrinária, contrário aos valores, princípios e máximas de conduta que compõe a unidade conceitual e valorativa do Direito.

Com efeito, aquele que demanda em juízo com único escopo de lesar a parte adversária, sem ter efetivo desígnio de reintegrar, declarar, constituir etc. um direito, estará incorrendo no abuso do direito no exercício da ação.

Não obstante, dentre todas as proposições expostas, de onde não se pode concluir que uma está mais ou menos correta que outra, a temeridade da demanda é o critério mais utilizado, especialmente na doutrina e jurisprudência pátria, para determinar quando uma ação está eivada de abuso. Aliás, o conceito de temeridade, na verificação do abuso do direito no exercício da ação está intimamente ligado ao erro grosseiro. Apesar disso, a noção de abuso do direito de ação tem certa dificuldade de se destacar da noção de que o litigante temerário continua a ser exclusivamente *improbus litigator*.

Assim é que a lide temerária está fundada na insubordinação do exercício da demanda (I) à substância da relação jurídica invocada (existência de um direito); (II) às condições do agente (interesse de agir, qualidade para agir e capacidade para agir); e à modalidade do seu exercício (forma acintosa, coativa, emulativa ou dolosa).

Logo, o momento adequado para ser reconhecida a temeridade e, por conseqüência, o abuso do direito no exercício da demanda é, pois, após a manifestação estatal, ou no bojo de suas razões. O reconhecimento antecipado do abuso no exercício do direito de ação equivale a restringir a garantia ao acesso ao Poder Judiciário.

Ademais, enquanto no abuso de direito subjetivo a vítima, em regra, é tão-somente aquele que o sofre, ou seja, o titular passivo da obrigação, no abuso do direito no exercício da ação, além do demandado, figura como vítima também o próprio Estado - Poder Judiciário -, que é empregado para a investida de tal modalidade de abuso, sendo subvertido em instrumento opressivo.

O processo judicial não é cenário para perseguições pessoais, bem como não pode o Poder Judiciário ser convertido em instrumento de opressão, das quais resultariam graves repercussões no cenário jurídico, para além do descrédito da justiça. É exatamente por isso que, na escolha de uma determinada modalidade de ação, o demandante deverá preocupar-se com o réu, pois se para si o efeito prático de duas ou mais modalidades é o mesmo, deverá sempre optar pela menos gravosa e prejudicial ao adversário.

Ainda, não se pode confundir litigância de má-fé e o abuso no exercício do direito de ação. O rol de hipóteses de litigância de má-fé previstas em lei é taxativo, enquanto no abuso do direito de ação o rol de hipóteses de configuração não é *numerus clausus*. Ainda, o abuso do direito no exercício da demanda se projeta para fora das questões meramente processuais, sendo espécie da categoria de abuso de direito, positivada no Código Civil brasileiro, enquanto a litigância de má-fé decorre do processo em si, utilizado apenas como cenário para sua ocorrência, e sua tipicidade está prevista no Código de Processo Civil. Contudo, por vezes, o abuso do direito de ação pode penetrar na zona destinada à litigância de má-fé.

Quanto aos efeitos, em que pese à indenização por abuso de direito já constituir tema pacífico na doutrina e jurisprudência, quando se trata do abuso do direito no exercício da ação, a discussão ganha outros contornos.

O abuso de direito é categoria de ato ilícito. Por sua vez, a reparação dos danos causados em razão de atos ilícitos é o que fundamenta a responsabilidade civil – a par das hipóteses de indenização por atos lícitos –, fulcro no art. 927 do Código Civil. Deste modo, obrigar o causador do dano a repará-lo, quando sua ação ou omissão constituir ato ilícito, é fundamental para restabelecer o equilíbrio econômico da vítima, realizando justiça. Aliás, a indenização tem por escopo restituir os prejuízos sofridos tanto quanto possíveis, para alcançar a integralidade, relocando à vítima para a situação imediatamente anterior ao fato.

Não obstante, a indenização pelo abuso do direito de ação encontra opositores, que entenderam que o ato ilícito calcado no abuso do direito de ação é insuficiente para embasar ação autônoma de responsabilidade, devendo a defesa se dar nos próprios autos.

Porém, o abuso do direito de ação não pode ser relegado às simples sanções processuais, seja pela parte amargurar a improcedência da demanda, devendo arcar com custas e honorários da parte contrária (princípio da sucumbência), seja pela condenação como litigante de má-fé. Isso se deve ao fato de que o abuso do direito de ação é algo que merece maior atenção, na exata medida em que os danos, em grande parte dos casos, necessitam de dilação probatória e análises profundas, impossíveis de serem realizadas em nível de defesa na relação processual que discute matéria diversa.

Não se vislumbra, destarte, óbice na busca de indenização por abuso do direito de ação em feito próprio. Do contrário, estar-se-ia vedando o direito constitucional de acesso à justiça. Essa ação terá fundamento na responsabilidade civil e a vítima buscará ver-se ressarcida do dano causado pelo ato ilícito, retomando a posição jurídico-econômica anteriormente existente. Por mais essa razão é que deve o Poder Judiciário manifestar-se sobre os casos de abuso no exercício da ação, na exata medida em que se trata de um verdadeiro atentado contra a ordem jurídica, para além de ser motivo de descrédito dos órgãos responsáveis pela distribuição da justiça. Se o abuso de direito, por si só é repudiável, maior ainda tal conotação quando o abuso é verificado no exercício da demanda, pois se projeta para além da relação autor – vítima, incluindo o Estado e transformando-o em instrumento e cenário para sua realização.

Nessa senda, para a verificação da responsabilidade civil e do correlato dever de indenizar, não basta a ocorrência do abuso do direito de ação, pois necessário que dele se projetem danos, nitidamente relacionados com tal ato ilícito (nexo causal). Essa conjugação de fatores, que formam os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual e/ou aquiliana, são antecedentes necessários à configuração do dever de indenizar.

Assim, a responsabilidade civil pelo abuso do direito de ação é extracontratual, porquanto o dever de indenizar surge em virtude de uma lesão a direito subjetivo. A natureza da responsabilidade é objetiva, bastando para a configuração do ilícito civil, apenas a transgressão aos fins axiológicos da norma jurídica, bem como os postulados da boa-fé e dos bons costumes, a partir da combinação dos artigos 927 e 187 do Código Civil. Há, contudo, quem sustente que ela seja subjetiva, o que exige a comprovação de culpa ou dolo, cuja corrente não nos filiamos.

A obrigação de reparar os danos decorrentes do abuso do direito de ação decorre do fato em si, prescindindo da análise da culpa. Esse é o espírito do legislador ao contemplar o

abuso de direito no rol das responsabilidades objetivas. É o risco assumido pelo litigante que o chama a responder pelos danos que, porventura, causar ao demandado.

Ainda, na identificação do autor do ato ilícito, a pessoa imputável e que virá a ser chamada a responder pelo abuso do direito cometido no âmbito do processo poderá ser o demandante ou seu advogado (no exercício do mandato). Havendo abuso do direito de ação por parte do demandante, será somente esse convocado a responder a ação indenizatória pelos danos que ocasionar a parte adversária, independente da comprovação de dolo ou culpa. Quanto ao advogado, o art. 32 do Estatuto da Advocacia prevê a possibilidade de responsabilização pelos atos que praticar com dolo ou culpa. Assim é que, quando coligado com seu cliente para causar dano a outrem ou, tendo o dever de impedir a propositura de ações temerárias ou aventuras jurídicas não o fizer, será solidariamente responsável pela reparação dos danos ocasionados. Por fim, sendo o abuso do direito de ação exercido somente pelo advogado, através do mandato que lhe é outorgado, além desse ser chamado a responder, também o será seu cliente, fulcro na *culpa in eligendo*, resguardado o direito de regresso.

Além do ato ilícito, deve restar comprovado onexo causal. Segundo a teoria adotada – causalidade adequada – o abuso do direito de ação deverá ser a causa adequada e idônea aos prejuízos sofridos, o que se poderá verificar por meio do silogismo, baseado na máxima que o abuso do direito é meio adequado e idôneo a causar danos.

Finalmente, no abuso do direito de ação, os danos podem ter natureza patrimonial, sejam eles danos emergentes, lucros cessantes, ou configurem a perda de uma chance. Também podem ter caráter puramente moral, decorrentes da demanda em si.

Não se contesta que quem é demandado em uma ação judicial, sofre determinados danos, independente do fato de a ação ser justa ou injusta. O Poder Judiciário não pode negar a indenização que for devida, com vista a restabelecer a situação de desequilíbrio criada entre demandante e demandado em face da ação judicial anteriormente ajuizada.

Nos casos em que não há abuso, ou seja, a ação judicial está dentro dos limites impostos pelo direito, os danos serão compensados pelo princípio da sucumbência, arcando a parte que deu causa ao processo e decaiu ao final.

Contudo, no abuso do direito de ação, a ação autônoma indenizatória busca investigar a extensão dos danos sofridos pelo demandado em face da ação anteriormente intentada. A exemplo desses danos pode-se citar a contratação de advogado para patrocinar a defesa e

custas decorrentes diretamente do processo, o fato de contrair dívidas para realização da defesa, ruína dos negócios, prejuízos na relação com clientela e parceiros comerciais, abalo ao bom nome, crédito etc. A dimensão e repercussão do ato ilícito deve ser analisado caso a caso pelo magistrado.

No tocante aos danos morais, a doutrina é quase uníssona em afirmar que esses decorrem da agressão a valores eminentemente espirituais, tais como a paz, a liberdade física, a honra, a tranqüilidade de espírito, a reputação etc., ofendendo a dignidade humana.

Nesse passo é que se abre a possibilidade, em havendo abuso do direito de ação, para a reparação pelos danos morais, mesmo que esses sejam exclusivos. Quando o direito de ação é utilizado de forma abusiva, atinge o direito subjetivo constitucional à dignidade do demandado. Cumpre destacar que no abuso do direito no exercício de ação, os danos morais são decorrência lógica: quem é arrastado injustamente a juízo, tendo que se defender em processo cujo exercício é temerário, cuja lide tenha finalidade de causar danos à parte adversária, com ou sem o caráter emulativo, tem sua dignidade atingida, na exata medida em que o Judiciário tem poder de coação sobre as pessoas e, como sabido, o próprio processo permite articulações e desfechos que, por vezes, não garantem a justiça das decisões.

O Tribunal de Justiça gaúcho reconhece, no exercício anormal do direito de ação, a configuração dos danos morais, *in re ipsa*, ou seja, o ato ilícito, por si só, é causa suficiente para a configuração do dano moral, por ser decorrência lógica do abuso no seu exercício, prescindindo de realização de qualquer tipo de prova de sua ocorrência.

Assim, verificado o abuso no direito de ação e presentes os pressupostos da responsabilidade civil aplicáveis, surge à parte demandada o direito a ver-se ressarcida dos prejuízos que dele decorreram, seja no plano patrimonial ou moral, devendo o autor do ato ilícito repor à vítima na situação imediatamente anterior ao abuso, com fundamento no princípio do *restitutio in integrum*. A indenização há que ser buscada em processo autônomo e deverá ser adequada e total, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto, a fim de satisfazer todos os prejuízos decorrentes do abuso do direito de ação, sem o qual a vítima não teria suportado qualquer diminuição patrimonial ou haveria sua dignidade abalada.

REFERÊNCIAS

- ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- ALBUQUERQUE, Pedro de. **Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo**. Coimbra: Almedina, 2006.
- AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1932.
- BARBOSA, Rui, apud José Afonso da Silva. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 34.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BORDON, Raniero. Il nesso di causalità nella nuova responsabilità civile. In: BORDON, Raniero; ROSSI, Stefano; TRAMONTANO, Luigi. **La nuova responsabilità civile**. Torino: Utet Giuridica, 2010.
- BRASIL. Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 ago. 2011.
- BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 02 ago. 2011.
- BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 ago. 2011.
- BRASIL. Lei Federal n. 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 22 set. 2011.
- BUSTAMANTE, Lino Rodriguez-Arias. **El abuso del derecho**. 2.ed. Buenos Aires: EJEJA, 1971.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 19.ed. Vol. 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CARVALHO NETO, Inacio de. **Abuso do direito**. 5.ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3.ed. Vol. II. Trad. bras. de J Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1969.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

COMPORTI, Marco. La proprietà. In: BESSONE, Mario (Org.). **Lineamenti di diritto privato**. 9.ed. Torino (Itália): G. Giappichelli Editore, 2009.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexo causal**. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. 2ª reimpressão da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11.ed. vol. 1. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

GUASTINI, Riccardo. Diritti soggettivi. In: BESSONE, Mario (Org.). **Lineamenti di diritto privato**. 9.ed. Torino (Itália): G. Giappichelli Editore, 2009.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito**. 39.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 20. ed. v. 1. Saraiva. São Paulo, 2007.

LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Tradução do Dr. Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1978.

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

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARMITT, Arnaldo. **Perdas e danos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

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

MARTINS COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e os rumos indicados pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil português**. I. Parte Geral. t. IV. Coimbra: Almedina, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2.ed. Vol. 01. São Paulo, Saraiva, 2007.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira. História do Direito Processual Brasileiro. Das origens Lusas à Escola Crítica do Processo. 1. Ed. Barueri: Editora Manole Ltda, 2002.

PEREIRA, Caio Maria da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. 11.ed. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 410.

PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil**. 10. ed. Tomo 2. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1926

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**: ação, classificação e eficácia. 2.ed. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70003472065**, da 9ª Câmara Cível. Relatora: Des. Mara Larsen Chechi. Porto Alegre, 28 de maio de 2003. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70020959367**, da 9ª Câmara Cível. Relatora: Des. Marilene Bonzanini Bernardi. Porto Alegre, 12 de março de 2008. Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70039299961**, da 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler. Porto Alegre, 10 de novembro de 2010. Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 10 out. 2011.

RIOS GONÇAVES, Marcus Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. Saraiva. São Paulo, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 09-10.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

STOCO, Rui. **Abuso do direito de estar em juízo**: direito de reparação por má-fé processual. Academia de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Disponível em <<http://www.apejur.com.br/downloads/artigo-abuso.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2011.

TAVARES, Filipe Marcarenhas. **Sham litigation**: o abuso do direito de ação. Disponível em <<https://jus.uol.com.br/revista/texto/18730>> Acesso em: 06 de out. de 2011.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. IN: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.