

ABUSO DO PROCESSO CIVIL: CRITÉRIOS PARA SUA CONSTATAÇÃO

Luiz Octávio David Cavali¹

Resumo: Este trabalho constrói uma fórmula para facilitar a constatação do abuso do processo civil em casos concretos. Inicia estudando o abuso do direito na sua esfera privada. Logo após trata da inseparabilidade das matérias processual e privada. Na esfera processual analisa o princípio da probidade como sendo a regra geral de conduta das pessoas que participarem no processo. Após verifica o objeto do abuso do processo. Depois estuda os elementos essenciais e acidentais do abuso do processo. Conclui o trabalho tecendo uma fórmula de cinco passos, que une os elementos estudados para facilitar a constatação do abuso do processo em casos concretos. O método utilizado é o dedutivo, através de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais.

Palavras-chave: Abuso do direito. Processo Civil. Abuso Processual.

1 Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB); aluno da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC); conciliador judicial no Juizado Especial Cível da Capital; advogado em Florianópolis. E-mail: luizcavalli@ymail.com

1 INTRODUÇÃO

Afirmar que o processo é um simples instrumento à disposição das partes e do Estado é sonegar sua extrema importância como pacificador social. O objetivo do processo é muito maior que uma sentença final acerca de determinado assunto. O escopo desse instituto é, analisando o seu papel no seio da sociedade, a pacificação social. Tal afirmação não significa negar os aspectos políticos e jurídicos do processo, mas ratificar a sua importância primordial de pacificador. Para tanto, os processualistas, com o decorrer do tempo e as experiências pretéritas e presentes, acabaram por desvincular-se do apego às formas e passaram a preocupar-se mais com a efetividade do processo. Através desse posicionamento, defendendo a instrumentalidade das formas, grandes evoluções foram operadas nos processos, objetivando torná-los mais eficazes.

Todavia, esse instrumento de ímpar relevância na sociedade civilizada não tem obtido o sucesso almejado em sua teoria. Em outras palavras, temos um código de processo civil extremamente avançado, em harmonia com os avanços da doutrina internacional, mas que não alcança de forma integral seus objetivos no caso concreto. Entre as várias facetas dessa ineficiência, podemos destacar o fator tempo. Nosso processo é conduzido de tal maneira que o litigante mal intencionado pode fazê-lo perdurar por anos, piorando os efeitos do dano marginal do processo. Sabe-se que uma decisão, mesmo que perfeitamente justa no tocante ao direito, não poderá ser considerada justa se concedida tardiamente.

Afirma-se que o abuso do direito processual é um dos fatores que contribui para o problema da ineficiência da prestação judicial. Como afirmado, nosso código é muito avançado e da mesma forma o é no tocante ao abuso do direito processual. Além de dispor de forma geral sobre o abuso, trata específica e expressamente das atitudes ímprobas. Porém, verifica-se que, mesmo com tais previsões, o litigante de má-fé tem conseguido sucesso em sua jornada contra o tempo.

O presente trabalho tem por objetivos a ratificação da teoria do abuso do processo e a criação de uma abordagem prática para tal teoria. Ocorre que, em pesquisa efetuada, constatou-se que a doutrina brasileira é escassa no que tange ao abuso do processo, apresentando reduzido número de exemplares específicos acerca dessa matéria e pequenas referências de pouca profundidade nas coleções que tratam de toda a matéria de processo civil. Ainda, observou-se que a doutrina especializada preconiza a abordagem profundamente teórica, o que não se critica, uma vez que tal abordagem é imprescindível para a aplicação prática. Contudo, é imperiosa a existência de um estudo que, sem perder o contato com a teoria, aborde o tema de uma forma prática, constituindo uma verdadeira ferramenta nas mãos dos operadores do direito.

O abuso do direito processual é, sem dúvida, um grande contribuinte para a demora da prestação jurisdicional evidenciada no processo brasileiro. Afirmar a teoria e criar ferramentas de utilização contra tal abuso significa contribuir para a celeridade e, por conseguinte, para a efetividade da prestação jurisdicional. Para tanto, será analisado primeiramente o abuso do direito civil, do qual o abuso processual deriva. Em seguida, estudaremos a probidade processual, regra geral de conduta das partes no processo, para, enfim, estudarmos os elementos do abuso processual. Feitas essas análises, objetiva-se criar uma fórmula prática para facilitar a constatação do abuso do processo, que deverá conter requisitos suficientes para que sua aplicação ocorra de forma segura e eficaz.

2 ABUSO DO DIREITO CIVIL

Para que possamos efetuar o estudo do atual sistema de repressão ao abuso no processo, é imperioso analisarmos o funcionamento da teoria do abuso na esfera privada. Nosso Código Civil de 2002 possui uma previsão específica para o abuso do direito, em consonância com as mais modernas correntes internacionais:

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.

Apesar da translucidez do artigo, ainda surgem posições divergentes na doutrina acerca de determinadas características inerentes à aplicação da teoria do abuso do direito. Portanto, para que se faça uma análise segura do abuso na esfera processual, é importante analisarmos seus requisitos, além da questão inerente ao elemento subjetivo na esfera privada, tendo por escopo nos posicionarmos diante das divergências doutrinárias que surgem sobre essas questões.

Cuida-se, aqui, de demonstrar os requisitos mínimos para a configuração do abuso do direito, mantendo-se naqueles que a doutrina demonstra certo consenso, ou pelo menos arrazoada discussão, para não nos aventurarmos em requisitos pouco difundidos e de grande controvérsia, tendo em vista que o objetivo do presente trabalho é o aprofundamento na esfera *processual* do abuso.

Para que se possa falar em abuso do direito é necessário que o agente esteja em exercício de um *direito subjetivo*, pois o direito objetivo (norma) não pode ser alvo de abusos. Ademais, há de ser destacado que o agente deve ser o titular do direito subjetivo, uma vez que se não o for, não existirá o direito, ou seja, não haverá o que abusar.

A qualificação da norma civil brasileira para o exercício do direito subjetivo que configura abuso do direito trata do manifesto excesso dos limites dos fins econômicos e sociais, da boa-fé e dos bons costumes. É nesse ponto que se denota o brilhantismo do legislador em relação à teoria do abuso do direito. Ao utilizar uma *cláusula aberta* deixou margens para o julgador poder moldar o caso à norma, garantindo uma sentença segura para cada situação. Além disso, não engessou a norma com critérios específicos. Deixou-a fluir de acordo com as nuances sociais, fazendo que mesmo com mudanças no panorama social a norma continue contemporânea.

Feitas essas observações, é necessário discutir sobre a exigência, ou não, do elemento subjetivo para a configuração do abuso do direito. Em simples análise ao art. 187 do Código Civil, percebe-se que, como requisito para sua configuração, tal norma previu situações objetivas: manifesto excesso dos fins econômicos e sociais, da boa-fé e dos costumes. Em momento algum o artigo deixa brechas para que se exija a investigação da culpa do agente para configurar o abuso. Majoritariamente, aponta a doutrina: “No ato abusivo há violação da finalidade do direito, de seu espírito, violação essa aferível objetivamente, independentemente de dolo ou culpa” (Alvino Lima *apud* NERY JUNIOR, 2002, p. 109). E ainda: “O atual Código, de forma elegante e concisa, prescinde da noção de culpa, no art. 187, para adotar o critério objetivo-finalístico. É válida, portanto, a afirmação apresentada de que o critério de culpa é acidental e não essencial para a configuração do abuso” (VENOSA, 2005, p. 592).

Imprescindível é ter-se em mente o histórico da teoria do abuso do direito e as evoluções teóricas operadas. O Direito abandonou aos poucos a teoria subjetivista, progredindo paulatinamente para a aplicação da teoria objetivista, onde a investigação do ânimo do agente não é necessária. O código civil utilizou claramente como parâmetros as ideias defendidas pela teoria objetivista, mas “Não exige a lei o elemento subjetivo, ou a intenção de prejudicar, para a caracterização do abuso de direito, bastando que seja distorcido o seu exercício” (DUARTE, 2007, p. 124). A posição da lei é latente, utilizando-se dos mesmos termos (fins sociais, boa-fé, bons costumes) utilizados pela doutrina objetivista.

Todavia, ainda encontram-se posições dissentes que entendem ser necessária a investigação do elemento subjetivo para a caracterização do ato abusivo. Rui STOCO (2002), apoiando-se em doutrinadores como BARROS MONTEIRO (1995), CARVALHO SANTOS (1956) e LUNA (1959) cria o raciocínio de que se o abuso do direito é equiparado a um ato ilícito, além dos requisitos específicos do abuso (exceder manifestamente os limites impostos pelo fim eco-

nômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes) o ato teria que percorrer os requisitos do ato ilícito, ou seja, a análise de culpabilidade. Ademais, o referido autor defende a aplicação da gradação da culpa, de forma que apenas seriam puníveis os atos cometidos com culpa grave (sentido lato).

Em que pese o posicionamento desse ilustre jurista, discordamos de tal entendimento. Afirmar que o abuso do direito fica subordinado às características do ato ilícito é limitar a aplicação da teoria do abuso apenas para os casos de responsabilidade civil. Sabe-se que o abuso do direito ocorre também em áreas diversas da responsabilidade civil e nem por isso deverá deixar de ser aplicada tal teoria. Reforçando tal posicionamento, colaciona-se entendimento de Silvío RODRIGUES:

A teoria do abuso de direito extravasa do campo da responsabilidade civil, e a ideia que a inspira guarda autonomia para aplicar-se a todos os campos do direito, gerando consequências outras que não apenas a obrigação de reparar, pecuniariamente, o prejuízo experimentado pela vítima (RODRIGUES, 2002, p. 56).

Destarte, não estando limitado ao conceito de ilícito, ou seja, independente dos requisitos deste, o abuso do direito prescinde da demonstração de culpa, sendo configurado com, apenas, a ocorrência dos requisitos demonstrados na lei civil vigente.

2.1 Aplicação da Teoria Privada no Processo Civil

O Direito deve ser considerado como um todo. Suas divisões são exclusivamente didáticas e administrativas, de forma que não se excluem de uma matéria institutos de outra (salvo exceções expressamente previstas) pelo simples fato de estarem sob nomenclaturas diferentes. Destarte, os direitos processuais também podem ser objetos de abuso, sendo afirmado que “tais atos [processuais] não gozam de qualquer ‘imunidade’, não estando protegidos por nenhum tipo de invólucro que possa retirar a responsabilidade do agente pela sua prática” (ABDO, 2007, p. 18).

Tais observações são feitas para que, principalmente, dispense-se o elemento subjetivo para a configuração do abuso processual exigido por muitos juristas. Tal interdependência não significa que o abuso processual não possua normas próprias, pois, como demonstraremos neste trabalho, suas regras são peculiares e sua prevenção, quando bem aplicada à teoria, mais eficaz.

3 A PROIBIDADE NO PROCESSO CIVIL

Mesmo que se defenda fundamentalmente ser o processo uma investigação da verdade sob o manto do contraditório, não restam dúvidas de que, sob a perspectiva das partes, o processo constitui-se mesmo em um combate, ou um jogo como a metáfora de CALAMANDREI (1999). No artigo 14 do Código de Processo Civil encontram-se as regras que devem ser observadas pelos combatentes ou jogadores, pois diante das diversas “armas” que podem ser escolhidas pelas partes, exige-se que elas se pautem pelo chamado *fair play* processual. Tais regras são de extrema importância, não podendo ser olvidadas em nenhum processo, uma vez que o escopo do processo não é apenas a solução da lide entre as partes, e sim a pacificação social.

Portanto, diante da impossibilidade de moralmente ser exigida a lealdade no processo, nosso código processual impôs deveres que estampem tais condutas em seu artigo 14. Todos esses se resumem na lealdade processual. Veja-se o inciso I “expor os fatos em juízo conforme a verdade”. O jogador leal não falta com a verdade, busca sua vitória sem utilizar-se de ardis como a mentira. Relevante a interpretação dada por COUTURE (1989) ao afirmar que a exigência pura da verdade não traduz o que se deseja no processo. Aduz o ilustre doutrinador que a lealdade, sim, que deve ser exigida, por ser mais ampla e ter mais eficácia, tendo em vista que a verdade isolada e pura nem sempre traduz lealdade. Conclui o jurista: “Em nosso modo de ver, o dever de dizer a verdade existe, porque é um dever da conduta humana. Porém, o que o processo precisa não é somente a

verdade formal, precisa da lealdade, do jogo limpo e não do subterfúgio” (1989, p. 253, tradução nossa).

O inciso II “proceder com lealdade e boa-fé”, traduz nitidamente o dever de probidade processual. No inciso III “não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento”, temos uma perfeita demonstração do *fair play*, onde não se procede com razões que se sabe não serem fundadas. O inciso IV exige a lealdade através da proibição da prática de atos desnecessários, uma vez que atuar dessa forma consiste em malícia procrastinatória, o que não se coaduna com lealdade. Quanto ao previsto no inciso V, esse constitui uma verdadeira aplicação do *contempt of court*, que deixou de ser uma simples análise de direito comparado para tornar-se uma matéria necessária quando tratamos do abuso do processo. Constitui esse inciso mais uma norma repressora da falta de lealdade do que dispositiva da necessidade dessa.

O *caput* do art. 14 não limita o dever de probidade apenas para as partes, sendo esse dever estendido para todos aqueles que de qualquer forma participam do processo. Ressalte-se que originalmente o Código de Processo Civil previa a submissão do dever de probidade apenas para as partes e procuradores. Todavia, sob a égide do atual código esse dever se estende ao juiz, às partes e seus procuradores, ao Ministério Público, aos intervenientes, testemunhas etc. Endossando tal afirmação, encontramos previsões como a do art. 133, que trata da responsabilidade do juiz, e a do art. 314, quando da omissão em declarar-se impedido ou suspeito, que demonstram a aplicação do dever de probidade ao juiz. No tocante ao Ministério Público, encontram-se previsões como a do art. 85, que o responsabilizam no caso de dolo ou fraude, sem mencionar a aplicação das sanções dos arts. 16 a 18 para os casos em que agir como parte.

Pertinente comentar sobre a responsabilidade pelo abuso do advogado no processo civil. Nosso código não tratou de sancionar exclusivamente o advogado (exceto quando em causa própria), tendo em vista tomar por base que esse representa os interesses de seu clien-

te – a parte. Mas merece destaque a lição de CARNELUTTI: “o defensor, que busca a vitória e não a justiça, e conhece melhor do que a parte o valor jurídico dos fatos, pode ser tentado, por sua vez, de ocultar aqueles, cujo conhecimento por parte do juiz considera nocivo para seu cliente” (2001, p. 222). Desse modo, o abuso pode ser cometido exclusivamente pelo advogado, sem que seu cliente tenha a menor noção do que está sendo efetuado em seu processo. Porém, como o advogado não é sujeito da relação jurídica processual, não poderá ser responsabilizado pelo dano do processo, submetendo-se apenas aos preceitos do Estatuto da Advocacia e ao Código de Ética e Disciplina da OAB. Então, inevitavelmente, a parte terá de arcar com o resultado processual danoso causado por seu procurador. Não obstante tais previsões, o presente trabalho tem por foco o abuso cometido pelas partes (pelos atos praticados por seus advogados), tendo em vista a variedade de manifestações que podem apresentar e suas peculiaridades.

3.1 A Eficácia do Dever de Probidade

Merece destaque o posicionamento divergente na doutrina acerca da imperatividade dos deveres expostos no art. 14 do CPC. O problema surge com a afirmação de que tais previsões não passariam de normas programáticas e que por não disporem de sanções pelo seu descumprimento não obrigariam as partes a respeitá-las.

Tratando do dever de lealdade, Rui STOCO (2003) afirma que este só será aplicável quando coincidir com alguma outra norma sancionadora do Código de Processo Civil. Partindo desse raciocínio, afirma que “significa que a disposição contida no inciso II do art. 14 do CPC tem natureza apenas programática, mas sem efetividade ou poder de coerção, na medida em que não estabelece nenhuma sanção para a hipótese de a parte ou seus procuradores agir com deslealdade” (p. 53).

Com todo o respeito ao posicionamento do ilustre jurista, discordamos ao compreender que: se a parte age em desacordo com o

inciso II, age com deslealdade e má-fé. Não precisamos que o legislador faça remissões expressas para podermos concluir que nesse caso (litigância de má-fé) aplica-se a responsabilidade por dano processual exposta no art. 18² do CPC. Tal norma não faz referência à condição ou previsão específica para a punição contra a má-fé. Releve-se que o entendimento de que as previsões sobre a probidade são apenas programáticas, é resultado de outro posicionamento: da tachatividade das previsões sobre litigância de má-fé, onde se entende que somente se considera abuso do processo o que estiver previsto como tal no código processual. Tal corrente, também não merece guarida, vez que o abuso do direito opera exatamente onde esse não alcança, em outras palavras, o abuso atua às margens do Direito. Assim, é inconcebível que para que se configure um abuso esse precise estar previsto pela norma, pois é essa que será desviada. Dessa forma, em nossa compreensão, afirmamos que: constatado o ato ímprobo, não é necessário que se enquadre em um dos incisos que o código especificamente descreve como litigância de má-fé para ser punido. Na mesma esteira, afirma Nelson NERY JUNIOR: “Não é ônus, mas dever de probidade e lealdade processual, que deve ser observado pelas partes e seus procuradores. Caso a parte ou seu procurador descumpra o dever de probidade, fica sujeita à sanção prevista do CPC, arts. 16 a 18, independente do resultado da demanda” (2007, p. 206). Em síntese, “quem se comportar como *improbis litigator*, usando de má-fé ou práticas antijurídicas, responderá por perdas e danos e a outras sanções específicas (arts. 16 a 18), uma vez que compete às partes [...] proceder com lealdade e boa-fé” (MARQUES, 1997, p. 497).

Analisados os deveres processuais, que são as regras básicas de conduta no processo, passa-se ao estudo do abuso do processo. Para uma completa análise dessa teoria precisa-se, primeiramente, compreender exatamente *o que* se abusa, pois o termo abuso do processo

2 Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

é genérico. No caso concreto, ao aplicar-se a teoria do abuso, será necessário precisar onde e como ocorreu o abuso. Nesse sentido, o próximo capítulo inicia-se com estudo do objeto do abuso processual.

4 OBJETO DO ABUSO PROCESSUAL

Antes de se estudar o objeto do abuso é importante fazer uma observação: o abuso somente pode ser cometido por um sujeito inserido na relação jurídica processual. Se o ato for cometido por alguém fora dessa relação, será inexistente ou ilícito, mas não abusivo. Além de ser um sujeito processual, o agente precisa atuar no processo para que exista a possibilidade de o abuso ocorrer. Essa atuação do sujeito ocorre de acordo com uma posição ou situação em que ele se encontra no processo, portanto, é no exercício de tal situação que pode vir a ocorrer o abuso. Em análise comparativa com a esfera privada, assim como o abuso do direito ocorre quando o sujeito exerce seu *direito subjetivo* em relação a outrem extrapolando seus fins, no processo civil, o abuso ocorrerá quando o sujeito, em exercício de sua *situação jurídica subjetiva processual*, exceder os fins que a norma previu para ela. Em suma, “vale dizer, se o direito subjetivo, no campo do direito privado, é o objeto do abuso, esse mesmo papel é desempenhado no processo pelas situações ou posições subjetivas processuais” (ABDO, 2007, p. 61).

Contudo, o termo situação ou posição jurídica subjetiva compõe um feixe de possibilidades (deveres, ônus, faculdades etc.) que não combinam com o conceito de direito subjetivo. Na verdade, o termo direito subjetivo sequer se enquadra no âmbito processual, pois nesse não existe contraprestação imediata ao exercício do direito, ou seja, tal exercício não gera uma obrigação correlata. Poderia entender-se que a resposta apresentada pelo Estado em assumir a jurisdição fosse contraprestação pelo exercício de ação, porém, na verdade “é do próprio interesse do Estado, que assume para si o encargo de outorgar tutela a quem tiver razão, que a justiça se faça e os

conflitos se eliminem: *interesse rei publicae* a pacificação social que pelo processo se promove” (DINAMARCO, 2005, p. 210).

Entende-se como situação jurídica subjetiva processual a posição em que “se encontra um *sujeito* que detém todas as *condições* para a eventual *prática de um ato* ou *exercício de um comportamento*, o qual será valorado positiva ou negativamente, segundo a sua conformidade ou não com um modelo previamente estabelecido na norma” (CORDEIRO *apud* ABDO, 2007, p. 61). Em síntese, as situações jurídicas subjetivas correspondem quase sempre aos atos processuais, às situações em que algo será realizado no processo. A relação jurídica processual é complexa, sendo uma cadeia interligada de situações jurídicas. Como exemplo, podemos usar a fase postulatória: através de seu *poder* o autor ajuíza a demanda, por conseguinte, o juiz tem o *dever* de despachar. Após o despacho o escrivão terá o *dever* de citar o réu. Citado, este terá o *ônus* de contestar e de provar suas alegações e após isso, novamente caberá ao juiz o *dever* de emitir um despacho. O que se percebe é uma cadeia de atos que, em cada um deles, poderia ter sido praticado um ato abusivo: a demanda poderia ser descabida, o juiz poderia propositadamente demorar no despacho, o escrivão poderia protelar a citação, o réu poderia alegar fatos irreais etc. Pretende-se demonstrar que o abuso ocorre exatamente na situação jurídica subjetiva e por isso afirmamos ser essa o verdadeiro objeto do abuso do processo.

4.1 As Posições Jurídicas Subjetivas

Para que possamos, no final deste estudo, tecer uma fórmula genérica de constatação do abuso do processo, é necessário que tenhamos conhecimento das diversas formas que o objeto desse abuso pode se apresentar. Nesse sentido, acompanhamos a doutrina de CARNELUTTI (2000), que estabelece como situações jurídicas subjetivas passivas a *sujeição*, o *ônus*, e a *obrigação* (dever). Distingue-as como passivas, pois a vontade do sujeito é vinculada à subordinação de um interesse. Como situação neutra classifica a *faculdade*

dada à liberdade da vontade do agente. Por fim, como situação ativa³ inclui o *poder* como representativo de supremacia.

A *sujeição*, considerada uma conduta passiva inativa, corresponde ao estado cujas partes se encontram em relação ao provimento jurisdicional. É a situação jurídica processual em que mais dificilmente ocorrerão abusos, pois a parte se encontra em posição de sujeição à autoridade, sendo inerte e restando pouquíssima margem para a ação abusiva.

A próxima situação passiva seria o *ônus*, que, no entender de CARNELUTTI (2000), se reflete em um sacrifício em proveito próprio. O ônus não se confunde com um dever, uma vez que o seu descumprimento é ilícito. Por sua vez, quando descumprido não traz multas ou sanções pelo cometimento de ilícito, apenas a possibilidade de agravar a situação da parte dada à sua ausência de manifestação.

Quanto aos *deveres*, no entender do mestre italiano, consubstanciam-se em um sacrifício movido por interesse alheio. Podemos exemplificar que o interesse de que as partes atuem de forma proba é de toda a sociedade, mas pode não ser o interesse das partes. O descumprimento de um dever corresponde a um ilícito punido pelo ordenamento.

Nas situações passivas, merece destaque é que o descumprimento de um ônus normalmente traz mais malefícios do que o descumprimento de um dever. Veja-se o exemplo: é mais gravoso ao réu não contestar (ônus de defender-se) e vir a sofrer os efeitos da revelia do que produzir uma prova inútil (descumprimento de dever) e vir a ser multado pela litigância de má-fé. Por isso, existem mais ônus do que deveres em nosso ordenamento.

3 CARNELUTTI (2000) ainda inclui Direito Subjetivo como uma situação ativa, mas adverte que este pode se confundir com faculdades, ônus ou deveres. Tendo em vista nosso posicionamento supra, de que a relação jurídica processual não comporta direitos subjetivos, não trataremos dessa subdivisão das situações ativas.

Adentrando nas situações neutras encontramos a *faculdade*. Tal situação é classificada pela maioria dos doutrinadores como ativa⁴, todavia adotamos o posicionamento de CARNELUTTI, que as classifica como neutras pelo fato de representarem muito mais uma liberdade do que uma supremacia, como verificado nas condutas ativas. São poucas as *faculdades puras* em âmbito processual. Além de poucas, as *faculdades puras* apresentam reduzida relevância, pois seus resultados se exaurem na própria esfera jurídica do agente. Mas quando uma faculdade toma dimensões relevantes acaba por tornar-se outra modalidade de situação subjetiva. Veja-se o exemplo da faculdade que o autor tem de, enquadrando-se nos requisitos para entrar com ação no Juizado Especial, optar livremente por entrar em uma Vara Cível por intermédio do procedimento ordinário. Ao utilizar-se dessa faculdade (escolha do procedimento) a conduta do autor gerou efeitos além de sua esfera jurídica, transformando-se em um poder.

Por fim, analisamos as situações ativas. O poder é “a capacidade de produzir efeitos sobre a esfera jurídica alheia” (DINAMARCO, 2005, p. 206). Nesse sentido, será poder todo ato que não tratar de interesse exclusivo do agente, resultando em deveres, ônus, sujeições ou até faculdades para outra pessoa. Destaque-se que essa correlação não é necessariamente entre as partes do processo. Exemplificamos com o poder de ação, que, pelo seu exercício, imediatamente gera ao juiz o dever de despacho.

Explicadas as modalidades de situações subjetivas processuais, destacamos que o abuso do processo ocorre com mais frequência na utilização de *poderes, deveres e ônus*. Todavia, como já afirmado, para que se configure o abuso do processo, não é necessário apenas ser o titular de uma situação jurídica subjetiva e exercê-la. É imprescindível que no seu exercício ocorra o abuso. Para que esse possa ser constatado, nos próximos itens destacaremos os elementos que compõem o abuso processual.

4 Destaque para o posicionamento de: DINAMARCO (2005) e ABDO (2007).

5 ELEMENTOS DO ABUSO

Neste item pretende-se discorrer sobre os requisitos necessários à configuração de um abuso do processo. Elencamos os requisitos sem os quais não pode existir o abuso, além disso, incluímos elementos acidentais que podem auxiliar na constatação do abuso processual. Como elementos essenciais temos a aparência de legalidade no exercício da situação jurídica subjetiva e o desvio de finalidade. Porém, como o objetivo do presente trabalho é contribuir para a prestação jurisdicional, construindo uma fórmula *segura e eficaz* de constatação do abuso do processo, elencamos outros elementos acidentais que possam facilitar e fortalecer a configuração do abuso do processo. Entre eles destacamos a falta de seriedade do ato, a ilicitude e ilegitimidade do escopo visado pelo agente, a lesividade causada à administração da Justiça e a presença de dolo ou culpa.

5.1 Aparência de Legalidade

O primeiro requisito para a ocorrência de um ato abusivo é que seja exercido da forma prevista pela lei em uma situação jurídica subjetiva. Qualquer desvio dessa fórmula inicial transforma-o em ilícito ou inexistente, mas não abusivo. Justifica-se pelo seguinte: o exercício da situação jurídica subjetiva deve ser nos moldes previstos pela legislação processual. Apenas pelo exercício legítimo de uma situação subjetiva que, cumulados os requisitos abaixo, se configura abuso do processo.

Ao exercer uma situação jurídica subjetiva de forma irregular, o agente estará incorrendo em qualquer coisa, menos abuso de direito. Exemplificamos: quando o réu exercita sua situação jurídica subjetiva de contestar fora do prazo. Nesse caso, não há abuso do processo e sim mero descumprimento de ônus processual. Agora, o réu que contesta cumprindo com os requisitos vigentes e dentro do prazo, porém traz uma versão falaciosa dos fatos, está incorrendo em abuso. Nesse sentido, “a violação de uma regra processual não é

abusiva por si só em qualquer caso, pois nem todo erro é um abuso” (TARUFFO, 1998, p. 8, tradução nossa).

Portanto, é na aparência de legalidade que se encontra o abuso. Repetimos: se não é legal, sequer se fala em abuso. Agora, sendo um exercício legalmente previsto, adicionado dos requisitos que veremos abaixo, configurar-se-á abuso do processo.

5.2 Desvio de finalidade

Além do exercício de situações jurídicas processuais aparentemente legais, para que seja configurado como abusivo, o ato requer o desvio de sua finalidade⁵. Em suma, significa dizer que o ato será formalmente correto (cumprir seus requisitos, foi apresentado no prazo etc.), mas foi utilizado com um fim que não o previsto na lei. Portanto é nos efeitos pretendidos que se configura o abuso, uma vez que no ato em si não é possível verificá-lo. Nesse sentido: “A má-fé processual, nas suas variadas configurações, vai sempre dirigida a conseguir no processo um efeito jurídico que sem o engano não poderia se conseguir” (CALAMANDREI, 1999, p. 230).

Ratificamos: o ato abusivo é formalmente perfeito, os seus objetivos é que serão contrários aos previstos pelo ordenamento. De mesmo entendimento, afirma TARUFFO: “um ato ou conduta que não envolva uma má aplicação de uma regra processual pode ser abusivo, quando, por exemplo, é realizado para atingir objetivos ilegais ou impróprios” (1998, p. 8, tradução nossa). Como bem sintetiza Helena Najjar ABDON, a “discrepância (ou o desvio) existe em relação aos *fins previstos* pelo sistema para determinados meios e os *fins efetivamente pretendidos* pelo agente com a prática do ato, no *livre* exercício das *situações subjetivas* de que é titular” (2007, p. 91).

5 Insta destacar que o termo “desvio de finalidade” é utilizado de forma genérica, pois em pesquisa à doutrina, verificaram-se diversos termos e interpretações, mas a grande maioria estava inserida no conceito do termo desvio de finalidade.

Assim, mesmo na esfera processual, acabamos por retomar os conceitos do direito privado. O uso de uma situação jurídica processual será abusivo sempre que incidir na qualificadora do art. 187 do Código Civil: não cumprimento do fim social ou econômico ou em desacordo com a boa-fé e os bons costumes. Ora, o fim social do processo é a pacificação social, ou, pelo menos, a reconstituição do direito material da forma que era para ter ocorrido antes da lesão ao direito, através de uma sentença *justa*. Qualquer ato que tenha por finalidade outra coisa que não esse fim social estará eivado de desvio de finalidade.

5.3 Demais itens caracterizadores do abuso

Ao verificar os elementos estruturais do abuso do processo, Helena Najjar ABDON (2007) conclui que ater-se exclusivamente ao desvio de finalidade pode não trazer a eficácia desejada para a teoria do abuso do processo. Fundamenta que, além da dificuldade em identificar a *finalidade* de determinados instrumentos processuais, a utilização isolada desse critério pode ser muito rigorosa. Diante disso, a referida autora efetuou notável pesquisa doutrinária para averiguar quais outros elementos que, somados ao desvio de finalidade, podem configurar o abuso do processo. A autora demonstra quatro diferentes critérios a serem adicionados ao desvio de finalidade: *falta de seriedade do ato, a ilicitude e ilegitimidade do escopo visado pelo agente, a lesividade causada à administração da Justiça e a presença de dolo ou culpa*. Classificamos esses elementos como acidentais, ou seja, acatamos sua utilização sempre que for para conceder mais segurança à aplicação da teoria do abuso do processo.

A falta de seriedade encontra semelhança com o dispositivo do *mero capricho* do Código de Processo Civil de 1939 (art. 3º). O que caracteriza essa conduta é o propósito injustificado que, obviamente, não se coaduna com os fins do processo.

O critério da *ilicitude ou ilegitimidade do escopo visado pelo agente* é o que maior aplicabilidade prática se pode conceder. Tal critério

é intimamente ligado com o desvio de finalidade (quando não confundido com ele). A ilicitude ou ilegitimidade do escopo significa que o objetivo desejado pelo agente é outro, não o previsto para o ato e, ainda, que esse objetivo é reprovado pelo ordenamento. Assim, a grande maioria dos atos praticados com desvio de finalidade acabará por transparecer um objetivo ilícito. Como exemplo pode-se mencionar a conduta do sucumbente que interpõe recurso protelatório. Verifica-se a ocorrência de desvio de finalidade, pois em vez de interpor o recurso por entender como incorreta a sentença aplicada objetivando retificá-la, o recorrente apenas objetivou “ganhar tempo”, o que não é a finalidade de um recurso. Analisando-se a mesma conduta sob o viés da ilicitude do escopo, verifica-se que o objetivo pretendido (protelar o feito) é, além de diverso da finalidade de um recurso, um ilícito previsto no art. 17, VII, do CPC.

O terceiro critério demonstrado pela autora é o da *lesividade causada à administração da Justiça*. Tal critério é, em nosso entender, resultado de todo e qualquer abuso, e pode ser cumulado com o desvio de finalidade em todas as hipóteses abusivas que ocorram em um processo. Qualquer embaraço, demanda indevida, defesa sem fundamento etc. em um processo, não atrasa o seu julgamento apenas, mas de todos os outros que estão na “fila”. Por isso, qualquer abuso é um obstáculo para a administração da Justiça. De mesmo posicionamento demonstra-se GUIMARÃES (2006), ao afirmar que o abuso do processo ofende diretamente a *dignidade da justiça*.

O critério da *culpa ou dolo* merece análise mais minuciosa, dada a divergência doutrinária existente sobre tal elemento. Devido à exigência desse elemento, parte da doutrina entende que para a configuração do abuso do processo é necessária a investigação do ânimo do agente. Inobstante esse ter exercido, de forma legítima e livre, uma situação subjetiva processual com desvio de finalidade, essa corrente entende que é necessária a ocorrência de culpa grave ou dolo. Rui STOCO (2002) defende que, embora o artigo 17 do CPC, que estabelece as condutas maliciosas, tenha adotado critérios objetivos

para a apuração do abuso, ainda assim não é dispensada a verificação da culpa. Segundo o autor: “Não se pode confundir o critério objetivo na lei para disciplinar e coibir as condutas tidas como indesejáveis com responsabilidade objetiva” (p. 94).

Todavia, sabe-se que a investigação do ânimo do agente é penosa e inviabiliza a aplicação do abuso do processo. Diante disso, o próprio Rui STOCO flexibiliza seu posicionamento ao analisar as hipóteses do art. 17 do CPC, entendendo que “em determinadas circunstâncias a aferição da litigância de má-fé, segundo a moldura estabelecida no Código de Processo Civil, é *objetiva* e, em algumas hipóteses, independe de prova” (2003, p. 107, grifo nosso). Dessa não difere muito a posição de THEODORO JÚNIOR (2005), entendendo que o elemento subjetivo é pressuposto do abuso do processo, mas que existem hipóteses aventadas pelo legislador que prescindem da demonstração desse elemento. Afirma que “dentro do elenco do art. 17, há, porém, situações em que se torna difícil configurar o dolo e, por isso, o legislador omitiu a referência à *intenção* do agente, autorizando a presunção de má-fé a partir de análise objetiva da ocorrência” (2000, p. 115).

Em sentido oposto ao dessa corrente, surgem os objetivistas, com entendimento de que a configuração do abuso do processo prescinde de análise subjetiva. Fundamentando no atual Código Civil, em seu art. 187, Helena Najjar ABDO (2007) aduz que como no direito privado optou-se pelo critério objetivo-finalístico, o mesmo deve ser adotado em uma relação jurídica processual. Portanto, para os adeptos da teoria objetivista “basta demonstrar o desvio do direito para que se evidencie as hipóteses aludidas, com o intuito de que não se deve extremar a valoração da prova quando se está frente a um elemento subjetivo de difícil demonstração” (LUCAS SOSA, 2000, p. 52, tradução nossa), pois é “inconveniente exigir a presença de fatores subjetivos (dolo, culpa) para permitir seu funcionamento [teoria do abuso do processo], pois pode-se muito bem produzir ‘desvios processuais’ sem que se medeie culpa ou malícia de

ninguém” (PEYRANO, 2000, p. 72, tradução nossa). Então, os objetivistas aglomeram critérios auferíveis de forma externa ao ânimo para configurar o abuso.

Nosso posicionamento situa-se na linha mediana entre as correntes demonstradas, dando preferência para a posição objetivista. Entendemos que o código processual, ao afirmar que se reputa litigante de má-fé aquele que agir de acordo com as condutas do art. 17, está presumindo o elemento subjetivo (má-fé). A experiência forense com as hipóteses aventadas no artigo é tamanha, que o legislador optou por presumir a má-fé quando ocorrida qualquer dessas, uma vez que a prova do elemento subjetivo inviabilizaria o processo. Dessa maneira, presumida a má-fé, não há que ser investigado o elemento subjetivo do agente. Todavia, como já afirmamos, entendemos que as hipóteses de abuso processual não podem ser tachativas, podendo vir a ocorrer um abuso do processo não previsto no art. 17 do CPC. Nessa situação, como o legislador não presumiu a má-fé, deverá ser verificado se houve desvio de finalidade na situação subjetiva exercida. Ocorrendo tal desvio, há de ser verificado qualquer dos outros elementos que em conjunto com o desvio de finalidade configuram abuso do processo. Na remota hipótese de, junto com o desvio de finalidade, não existir nenhum critério objetivo, como o fim ilícito ou o dano à Justiça, recorrer-se-ia para a análise do elemento subjetivo. Mas destacamos que: (a) é pouco provável que exista uma espécie de abuso do processo que não se enquadre nas hipóteses em que o legislador pressupôs a má-fé; (b) se tal abuso vier a ocorrer, naturalmente terá, no mínimo, um fim ilícito ou ilegítimo, podendo ser constatado objetivamente. Nesse sentido, abarcamos a teoria subjetivista com *última hipótese* para que o litigante ímprobo não deixe de ser punido pelo fato de adotar-se essa ou aquela teoria.

Por fim, entendemos ser de grande importância a descrição destes elementos, tendo por objetivo dar maior segurança para a aplicação da teoria do abuso do processo. Tal segurança é necessária, pois a má utilização desta teoria pode, na verdade, ser um benefício ao

litigante ímprobo, que encontrará em uma penalização mal fundamentada, uma brecha para protelar o feito. Feitas estas observações sobre os outros elementos que podem vir a caracterizar o abuso do processo destacamos: (a) tratam-se de meras hipóteses, sem o cunho de exaurir a matéria, sendo que mais caracterizadores resultantes da prática forense podem surgir; (b) o caso concreto é que servirá de termômetro para a aplicação da teoria. Aplicando-a segundo os critérios da proporcionalidade, poderá ocorrer de não se encontrar nenhum destes critérios além do desvio de finalidade e mesmo assim ser justa a responsabilização por abuso do processo.

5.4 Prova do dano

Outro ponto sob o qual existe muita divergência na doutrina é a necessidade de prova do dano para indenizar-se o abuso processual. Antes de iniciar-se o cotejo doutrinário acerca da necessidade, ou não, da prova do dano, merecem destaque as formas de danos que podem ocorrer como resultado de um abuso. Em apertada síntese, os danos podem ser: (a) diretamente patrimoniais, que, naturalmente, necessitam de uma pormenorização; (b) potencialização do dano marginal, auferível pelo simples resultado procrastinatório do abuso; (c) dano para a eficiência da administração da Justiça; e (d) danos morais decorrentes do abuso.

Quanto à responsabilização pelo dano patrimonial, entendemos que essa deve ocorrer apenas quando a redução patrimonial tenha efetivamente ocorrido. Por isso, a punição deve ser proporcional, portanto, destacamos que, em sede de dano patrimonial, deve existir algum parâmetro para estabelecer a indenização que seja palpável. Não é possível que seja indenizado um prejuízo que sequer se sabe se ocorreu. Na inexistência de dano patrimonial, preferimos direcionar a indenização sob o viés do dano marginal que será explicado abaixo.

Ainda em relação ao dano patrimonial, é importante esclarecer que esse se assemelhará à indenização decorrente de responsabili-

dade civil⁶. Nesse sentido, infere a doutrina: “Assim configurada, a responsabilidade civil por litigância de má-fé constitui autêntica *indenização e não multa*. Consequentemente, só será imposta se houver prejuízo. Sem que sequer um prejuízo potencial ou presumido exista, não há o que indenizar” (DINAMARCO, 2005, p. 266). Posicionamo-nos ao lado desse entendimento, concluindo ser necessária a demonstração de alguma consequência originada do abuso, e que a indenização por danos exclusivamente patrimoniais necessita da comprovação do dano.

Merece destaque a outra forma de dano originada pelo abuso do processo e de fácil comprovação: *o dano marginal*. No entender de CALAMANDREI (1999) o dano marginal é um efeito normal, ocorrido em todo processo, é o simples incômodo de ter de lidar com o processo por toda sua duração. Ocorre que um ato abusivo agrava tal dano, sendo esse agravamento indenizável. Assim, por meio do abuso processual “o dano marginal do processo, decorrente da demora na entrega da prestação jurisdicional, foi agravado pelo litigante de má-fé, com a prática dos atos descritos no art. 17. Só isso já é suficiente para configurar prejuízo material, passível de indenização” (BEDAQUE, 2008, p. 64). Logo, para demonstrar o prejuízo sofrido, é necessário apenas demonstrar o abuso, pois, em decorrência desse, automaticamente estará agravado o dano marginal.

Quanto ao dano para a eficiência da administração da Justiça, já nos posicionamos afirmando que todo e qualquer abuso afeta negativamente os serviços judiciários. Todavia, entendemos que esse tipo de dano não deve ser levado em conta para indenizar a outra parte, mas sim para configurar a aplicação da *multa* de 1% do art. 18 do CPC decorrente do abuso. Essa justificativa é feita pelo fato de que a simples ocorrência do abuso justifica sua penalização, independentemente de prejuízo patrimonial da parte lesada. Então, configurado o

6 Tal afirmação não invalida nosso posicionamento *supra* de que o abuso não se equipara ao ilícito e não se resume aos casos de responsabilidade, vez que no atual ponto do estudo estamos abordando apenas um dos resultados que podem ser gerados pelo abuso do processo.

abuso, sua simples existência causa prejuízo à administração da Justiça, sendo devida a multa (e não indenização) pelo abuso processual.

Ainda quanto ao dano resultante do abuso, interessante colacionar posições doutrinárias que afirmam existir a possibilidade de configuração de dano moral decorrente do abuso. No dizer de MEIRELLES DE OLIVEIRA: “se o juiz afere a conduta ímproba e a parte prejudicada não alega prejuízos materiais, a indenização só é devida pelos danos morais, pois o litigante foi atingido no seu direito de ter um processo pautado pela probidade” (*apud* ABDO, 2007, p. 233). Aponta no mesmo sentido Rui STOCO, alegando que “a sanção estabelecida no § 2º do art. 18 pode, cumulativamente, ainda que decorrente do mesmo fato, ensejar a reparação por dano moral” (2003, p. 99).

Em análise ao demonstrado, pode-se concluir que, configurado o abuso, sempre existirá danos, tanto para a parte, quanto ao Estado. Para o Estado o prejuízo encontra-se na complicação da administração da Justiça. Para a parte, sempre haverá o agravamento do dano marginal, comprovado pela simples existência do abuso, isso sem mencionar a possibilidade de demonstração dos danos patrimoniais e morais sofridos.

6 FÓRMULA PARA A CONSTATAÇÃO DO ABUSO

Ultrapassado este estudo basilar, eminentemente teórico, objetivamos neste capítulo construir uma fórmula objetiva que sirva de ferramenta para a constatação de qualquer tipo de abuso ocorrido no processo (previsto tachativamente, ou não). Todavia, assim como afirmou BARBOSA MOREIRA (2004) que não existem “fórmulas mágicas” para resolver os problemas do processo, enfatizamos que também não existe uma fórmula mágica para resolver o problema do abuso do processo. Diversos são os fatores que influenciam na ineficácia prática da teoria do abuso do processo e com o presente artigo pretendemos eliminar um deles: a falta de conhecimento sistematizado e aplicação correta da teoria. Muitas vezes o receio de

sancionar indevidamente faz com que o juiz releve um ou outro abuso no processo, outras vezes, na empolgação de punir o abuso, o juiz acaba por ser duro demais com a sanção e entrega de bandeja ao litigante ímprobo uma sentença que facilitará suas intenções procrastinatórias. O mesmo se diga em relação aos advogados, que, por desconhecerem a teoria, deixam de denunciar ao juiz do processo o abuso cometido pela outra parte.

Objetivamos com o presente trabalho tecer breves observações eminentemente teóricas para fundamentar a construção prática dessa fórmula. Inobstante as diversas abordagens previstas pelo Código de Processo Civil, precisamos garantir a aplicação da teoria do abuso do processo para qualquer tipo de atuação maliciosa, mesmo a que não esteja prevista no código processual.

Tecer conceitos peremptórios em Direito é uma tarefa arriscada e, normalmente, fadada a ser superada. Portanto, construiremos uma “fórmula” para constatação do abuso da maneira mais flexível possível, sem afirmar que seja a única aplicável e que sua eficácia será plena, pois, como já afirmado, o abuso é resultado da criatividade maliciosa do litigante de má-fé, criatividade difícil de superar.

Feitos esses comentários, passemos à fórmula:

Primeiro passo: ocorrido o ato pelo qual se indaga ser abusivo ou não, deve-se verificar se esse ato foi praticado por um dos sujeitos da relação processual e se ele era o titular da situação jurídica processual. Tal constatação é necessária para diferenciar os atos abusivos de atos ilícitos ou até inexistentes.

Segundo passo: sendo o agente o titular da situação jurídica, deve ser analisado se o exercício dessa situação ocorreu de forma regular, enquadrando-se nos moldes previstos pela legislação. Essa ressalva é feita, pois se o ato não cumprir com os requisitos legais, será ilícito, intempestivo, irregular, mas nunca abusivo, ou seja, não estará dotado de *aparência de legalidade*.

Terceiro passo: verificar qual a finalidade prevista pela lei para o ato. Em suma, todos os atos processuais possuem alguma finalidade

específica no processo. Alguns atos, quando observados de forma *microscópica*, podem apresentar dificuldades na constatação de sua finalidade. Para tanto, recomendamos que em atos de difícil análise utilize-se da visão *macroscópica* do processo, ou seja, analise-se a finalidade do ato concomitantemente com o fim objetivado pelo processo. Nesse sentido, significa verificar qual a função que esse ato representa para a solução do litígio e a pacificação social.

Quarto passo: comparar a finalidade prevista pela lei para o ato com a finalidade objetivada pelo litigante. Tal verificação pode ocorrer de forma mais fácil que o passo anterior (o que não o torna desnecessário). Mas toda vez que existe um abuso no processo, ao analisar o ato praticado, pode-se facilmente verificar que o mesmo se desviou de sua finalidade, uma vez que sua intenção não será a solução rápida e justa do processo. Qualquer ato que, cumprindo os requisitos anteriores, objetive obstar a justiça das decisões estará sendo praticado com desvio de finalidade.

Quinto passo: verificar se além do desvio de finalidade existe algum dos outros elementos caracterizadores do abuso: *falta de seriedade do ato, a ilicitude e ilegitimidade do escopo visado pelo agente, a lesividade causada à administração da Justiça e a presença de dolo ou culpa*. 180

Esclarecemos que a experiência forense mostra-nos que, na maioria dos abusos, os atos estarão acompanhados de um escopo ilícito e de um resultado danoso à administração da Justiça. Apenas a título exemplificativo, destacamos: defesas infundadas, atos procrastinatórios, pretensões contra fato incontroverso etc. Todas essas formas, além de apresentarem desvio em sua finalidade, possuem um objetivo ilícito e causam danos à administração da Justiça.

7 CONCLUSÃO

Encerrado o estudo, pode-se verificar que seu principal objetivo foi cumprido: a criação de uma fórmula para a constatação do abuso do processo civil. Estudado primeiramente o abuso privado,

verificou-se que ele adota a teoria objetivista, prescindindo da análise do elemento volitivo para a configuração do abuso. Tal análise foi relevante, pois o estudo processual não se desvencilha completamente da matéria privada. Nesse sentido, o estudo iniciado exclusivamente pela esfera processual traria uma análise superficial e isolada.

Analisada a esfera privada, passou-se para a verificação das regras do processo civil. No estudo do dever de probidade, verificou-se sob quais aspectos devem se pautar as condutas de qualquer pessoa que venha a participar do processo. Sumariamente, concluiu-se que todas essas regras estão inseridas no dever de probidade, o conhecido *fair play* processual. Tendo sido a pesquisa efetuada dessa forma, começou-se pelo *dever-ser*, ou seja, pela conduta proba, para posteriormente verificar como *não deve ser*, ou seja, a conduta abusiva, ou ímproba.

Para o estudo do abuso do processo, constatou-se que seria necessário primeiramente compreender o que pode ser alvo dessas condutas ímprobas. Dissecou-se as diversas situações jurídicas subjetivas para compreender em que situações atua o litigante ímprobo. Verificou-se que as condutas estampadas em poderes, deveres e ônus são as mais comumente utilizadas para o abuso processual.

Analisado o objeto, passou-se para os elementos do abuso. Verificou-se que além da aparência de legalidade, para que se configure o abuso, é necessário o desvio de finalidade. Nesse sentido, foram aglomerados outros elementos acidentais com o fito de assegurar a aplicação da teoria do abuso do processo. Além disso, foi refutada a teoria que exige como elemento *essencial* do abuso do processo a investigação do ânimo do agente, por entendermos que o abuso configura-se independentemente desse.

Reunidas as informações essenciais sobre o abuso processual, criou-se uma fórmula para facilitar a constatação desse vício. Justifica-se essa necessidade por verificar-se que muitas vezes os abusos ocorrem e não são reprimidos, e, por outras, são demasiadamente reprimidos, sem a fundamentação necessária para tal. Com a fórmula apresentada, objetiva-se suprir os operadores do Direito com o

mínimo necessário para que se reduza a incidência do abuso, a fim de contribuir com a celeridade processual.

Como afirmamos em nossos comentários iniciais, a Justiça entregue fora do tempo, por mais correta que seja, não será integralmente justa. Esperamos que com o presente trabalho tenhamos contribuído com os operadores do Direito, na busca de maior efetividade da prestação jurisdicional e aproximação ao verdadeiro conceito de Justiça.

ABUSE OF THE PROCESS: ELEMENTS FOR AN EFFICIENT AND SECURE ASCERTAINMENT

Abstract: The study constructs a formula for the ascertainment of the abuse of the process. It initiates studying the abuse of the right in its private sphere. After that it concludes about the inseparability of the procedural and private substances. In the procedural substance it analyzes the principle of probity as being the general rule of behavior of the people who participates in the process. After this, it studies the object of the abuse of the process. In the sequence, it verifies which are the essential and accidental elements of the abuse of the process. Concludes building a formula for the ascertainment of the abuse without getting apart from the practical application. The methodology applied to jurisprudence and bibliographical research was deductive.

Keywords: Abuse of the rights. Civil Process. Abuse of the process.

REFERÊNCIAS

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

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil III*. Tradução de Luiz Abezia, Sandra Drina Fernandez Barbery e Sandra Drina Fernandez. Campinas: Bookseller, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Direito Processual Civil I*. Tradução de Júlia Jimenes Amador. Campinas: Peritas, 2001.

_____. *Sistema de Direito Processual Civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do Direito no Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1989. t. III.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DUARTE, Nestor; PELUZO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado*. Barueri: Manole, 2007.

GUIMARÃES, Milena de Oliveira. O abuso do direito de recorrer como ato atentatório à dignidade da justiça. In: NERY JUNIOR, Nelson Nery (Coord.); WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos, v. 9).

LUCAS SOSA, Gualberto. Abuso de Derechos Procesales. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 4.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Código de Processo Civil Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEYRANO, Jorge W. Abuso de los Derechos Procesales. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

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

TARUFFO, Michele. General Report. In: TARUFFO, Michele (Coord.). *Abuse of Procedural Rights: comparative standards of procedural fairness*. New Orleans: Kluwer Law International, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de Direito Processual no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.