



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

O princípio da boa-fé como fundamento jurídico da vedação ao abuso do direito de recorrer

the principle of objective good faith as a foundation of the abuse of the right to appeal prohibition

Marília Siqueira da Costa

Master of Laws in Civil Procedure (University of São Paulo). LLM in Business Law (Fundação Getúlio Vargas - GVLaw). Bachelor of Laws (Federal University of Bahia). Lawyer in Salvador/BA.

Resumo: O presente trabalho se propõe a fazer uma análise do fundamento de justificação para limitar o abuso no exercício do direito de recorrer, especificamente, do fundamento normativo para a sua vedação e, ao final, proceder a uma análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de apresentar a principal dificuldade para o reconhecimento e, conseqüentemente, a sanção do abuso do direito de recorrer.

Palavras-chave: PRINCÍPIO DA BOA-FÉ - ABUSO DE DIREITO – RECURSO.

Abstract: This paper aims to analyze the justification basis to limit the exercise of the right to appeal, specifically the normative basis for the prohibition of abuse of this right and, in the end, to proceed with an analysis of precedents of the Superior Court

of Justice, with the aim of presenting the main difficulty for recognition and, therefore, the sanction correspondent to the abuse of the right to appeal.

Keywords: PRINCIPLE OF OBJECTIVE GOOD FAITH - ABUSE OF RIGHTS – APPEAL.

1. INTRODUÇÃO

A teoria do abuso de direito pode ser compreendida como uma reação a determinadas práticas que, apesar de possuir vestes de legitimidade, atingem negativamente a esfera jurídica de terceiros, seja de forma individual ou coletiva¹. Ao longo de seu desenvolvimento, percebeu-se que havia algo de errado (anormal) no “exercício do direito”; era preciso, então, que se desse uma resposta ao erro, ou melhor, que se criasse uma justificativa consistente para sua punição e/ou reparo.

Decorreu-se desta constatação, a ideia da necessidade de flexibilização dos direitos subjetivos, ou melhor, uma flexibilização do amplo espaço de liberdade que lhes é pressuposto, a partir da imposição de limites ao seu exercício de modo a impedir que sujeitos, pelas mais diversas razões, não praticassem atos que, com vestes de legitimidade, fossem contrários ao ordenamento jurídico em que estavam inseridos. A teoria surgiu no âmbito do direito civil, mas logo se espalhou para os mais diversos âmbitos do direito, revelando que, em verdade, pertence à sua teoria geral.

A sua aplicação ao processo foi inevitável, por razões óbvias: o processo é palco de constante exercício de posições jurídicas legítimas voltadas a assegurar interesses absolutamente contrapostos. Ainda bem que foi assim.

Por outro lado, é também, no processo, que se verificam as maiores dificuldades de identificação do ato abusivo e, conseqüentemente, de sua punição; a dificuldade de identificação acaba por criar entraves à elaboração de um discurso de justificação para a aplicação da sanção correspondente. Isso porque, como bem pontua Michele Taruffo, no processo, o exercício do direito, na maioria dos casos, está relacionado à concretização de uma garantia constitucional ou fundamental².

Um dos grandes problemas, portanto, é encontrar fundamento de justificação para limitar o abuso no exercício de posições jurídicas processuais, o que, além dos parâmetros para sua identificação, inclui identificar a norma jurídica limitadora deste exercício.

1. Nesse sentido, Menezes de Cordeiro esclarece que “se trata de um instituto surgido em diversas manifestações periféricas, para resolver problemas concretos”. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*: estudo de direito civil e de direito processual civil, com exemplo no requerimento infundado da insolvência à luz do Código de 2004. Coimbra: Almedina, 2006.
2. TARUFFO, Michele. *Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)*. Traduzido por Lorena Miranda Santos Barreiros. Revista de Processo, ano 34, n. 177, nov./2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 163.

Diante da necessidade de se estabelecer um recorte em função do propósito do presente trabalho, optou-se por restringir a análise ao direito de recorrer, buscando o seu fundamento limitador no ordenamento jurídico, para ao final, por uma análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, demonstrar que uma das maiores dificuldades para o reconhecimento e sanção do abuso do direito de recorrer decorre, justamente, da falta de uma argumentação justificadora consistente, capaz de conferir legitimidade à decisão que venha eventualmente sancionar o exercício abusivo do direito de recorrer.

2. O ABUSO DO DIREITO

2.1. A teoria do abuso do direito

Como consequência da confusão conceitual entre “noção” e “teoria” a doutrina costuma dividir o marco inicial da teoria do abuso do direito entre o século XIX, como uma reação ao formalismo da Escola da Exegese, e o remoto Direito Romano³. Entretanto, é preciso ter claro que “noção” refere-se à percepção empírica da realidade e “teoria”, ao produto científico da sistematização de um saber⁴; entre a percepção da realidade e a sistematização do conhecimento a ela referente, certamente, leva-se um tempo.

No caso, a percepção da realidade foi acerca da “relatividade dos direitos subjetivos” e a correspondente necessidade de que a eles fossem estabelecidos “contornos internos”. Esta percepção pode ser identificada já no direito romano “*summum jus, summa injuria*” (supremo direito, suprema injustiça) e “*male enim nostro jure uti non debemus*” (não devemos fazer mal uso de nosso direito)⁵.

A teoria, por sua vez, começou a ser desenvolvida pela doutrina francesa no final do século XIX, sendo o cerne do raciocínio a injustiça decorrente do exercício de direitos de forma absoluta; destacam-se as obras de Raymond Saleilles, “*Essai d’une théorie générale de l’obligation d’après le projet de Code civil allemand*”; Porcherot, “*De l’abus de droit*”; e Louis Josserand, “*L’abus des droit*”⁶.

Destacou-se acima a palavra doutrina, pois há quem sustente que a origem da teoria do abuso estaria nos julgamentos dos casos da falsa chaminé (1855) e Clément-Bayard x Coquerel (1955), ambos decididos pelo Poder Judiciário francês; no entanto, a eles não pode ser atribuída a origem da teoria, uma vez que lhes faltava a sistematização característica das teorias. No entanto, isso não pode lhes retirar a importância

3. JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. Salvador: Juspodivm, 2006, P. 57.

4. Idem, p. 57.

5. Idem, p. 59.

6. Idem, p. 63.

para o posterior desenvolvimento da teoria e por serem relevantes indicativos de uma mudança de pensamento do judiciário da época que começava a transitar da ótica individualista, que marcou todo o século dezoito, para o solidarismo.

Entre as propostas de sistematização do abuso de direito, com a tentativa de lhe conferir fundamento e estabelecer características de identificação, foram desenvolvidas a teorias ditas internas, externas e, ainda, a que optamos por adotar e chamar de mista, proposta Antonio Menezes de Cordeiro.

As teorias internas, basicamente, defendem que a limitação do direito deveria ser extraída internamente do seu próprio conteúdo, de modo que a desconsideração desses limites internos daria lugar ao abuso⁷. Nesse sentido, destaca-se Louis Josserand, como expoente do seu desdobramento na doutrina funcional⁸, que, partindo da ideia de que os direitos subjetivos são concebidos com uma determinada função, defende ser abusivo o exercício do direito que desrespeita esta função⁹.

As externas, por sua vez, buscam fundamento limitador no sistema, ou seja, o abuso decorreria do desrespeito de normas jurídicas alheias ao próprio direito subjetivo; constituindo-se como uma limitação comum aos exercícios dos direitos¹⁰. Desse modo, ainda que o exercício do direito estivesse no espaço de liberdade conferido pela norma cuja incidência faz irradiar o direito subjetivo, ele seria considerado abusivo caso violasse preceitos normativos externos que compõem o ordenamento em que está inserido.

Há, também, a mista, proposta por Antonio Menezes de Cordeiros que, ao que parece, é a que mais bem consegue justificar a limitação ao exercício de um direito subjetivo, oferecendo uma proposta análise conjunta dos limites intrínsecos ao próprio direito e daqueles impostos pelo ordenamento jurídico em que está inserido.

Menezes Cordeiro fixa, como primeira premissa, que no abuso de direito, há, sim, efetivas limitações ao exercício de posições jurídico-subjetivas. No entanto, ressalva as seguintes características de tais limitações: (i) somente podem ser determináveis no caso concreto; (ii) correspondem a exigências globais que podem se projetar em exercícios precisos; (iii) ordenam-se em função de princípios gerais, com destaque para tutela da confiança e a primazia da materialidade subjacente; (iv) equivalem a regra de conduta segundo a boa-fé¹¹.

7. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. cit., p. 65.
8. Menezes Cordeira cita, ainda, a doutrina dos atos emulativos e as doutrinas interpretativas, sobre as quais não se irá discorrer para não fugir ao recorte. Idem, p. 66.
9. JOSSERAND, Louis. *L'esprit des droit et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droit*. 2 ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939.
10. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. cit., p. 65.
11. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. cit., p. 71.

Em termos gerais, afirma que “o sistema, no seu conjunto, tem exigências periféricas que se projectam no interior dos direitos subjectivos, em certas circunstâncias. E é o desrespeito por essas exigências que dá azo ao abuso do direito”¹². Propõe, portanto, uma noção de disfuncionalidade sistêmica, mas que não é extraída do simples somatório de normas, porquanto há áreas cuja funcionalidade não se prendem a nenhuma norma específica; a razão disso é que no tecido jurídico há ilhas de não-funcionalidade (aquelas, a princípio, indiferentes para o direito).

Os direitos subjetivos seriam, portanto, o próprio sistema, uma vez que dele fazem parte e contribuem diretamente na sua composição; os próprios direitos subjetivos se limitam, para dentro e para fora, de forma sintética¹³. Afinal, não há o sistema e os direitos subjetivos como objetos apartados, pois aquele é formado por estes. Assim, as liberdades e limitações dos direitos subjetivos serão decorrentes do sistema – conjunto de direito subjetivos, que forma o tecido jurídico, o qual é conformado, ainda, por ilha de não-funcionalidade.

Por fim, vale esclarecer que o abuso de direito equivale não só à prática de uma conduta relacionada ao exercício de um “direito”¹⁴, mas, sim, ao exercício de disfuncional (numa visão sistêmica) de qualquer posição jurídica¹⁵. Entretanto, para facilitar a linguagem e tornar mais fluído o texto, será utilizada, como regra, a expressão “abuso de direito” ou “exercício abusivo de direito”. O esclarecimento, aqui, parece-nos suficiente para que o leitor compreenda o conteúdo que se atribuirá à expressão ao longo do texto.

2.2. A boa-fé objetiva como fundamento jurídico da vedação ao abuso de direito

O exercício abusivo de um direito constitui ato ilícito¹⁶, na medida em que viola uma norma que compõe o ordenamento jurídico¹⁷. A boa fé, por sua vez, constitui norma que, nas palavras de Menezes de Cordeiro, exprime os valores fundamentais do sistema¹⁸. Juntamente com a boa fé, os direitos subjetivos compõem o sistema;

12. Idem, p. 72.

13. Idem, ibidem.

14. As aspas aqui servem para destacar que, mais a frente, defender-se-á não se tratar exatamente do exercício de um direito, pois a conduta, em essência, configura ato ilícito.

15. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. cit., p. 76

16. Apesar de não se pretender, pelas limitações impostas pelo recorte, discorrer a respeito do que se entende por ato ilícito, é importante aqui destacar, pelas posições contrárias, que se adota o posicionamento no sentido de que o ato ilícito não pressupõe dano, o que o pressupõe a responsabilidade, bem assim que a aparência de legitimidade do ato não é critério apto a descaracterizar o abuso enquanto ato ilícito, colocando-o em outra categoria.

17. JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. cit., p. 95.

18. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. cit., p. 75.

formam, assim, um todo que se pretende coeso e coerente. O exercício dos direitos subjetivos deve, pois, observar os deveres impostos pela boa fé, pois, como dito, ela mesma se projeta para dentro do conteúdo dos próprios direitos subjetivos, limitando-os desde o nascedouro.

Ocorre que, com isso, surge um importante obstáculo a ser superado: a boa-fé constitui conceito indeterminado e, portanto, carece de valoração e concretização¹⁹. Ou seja, a sua aplicação, com identificação dos efeitos correspondentes, dependerá *sempre* do caso concreto e do contexto de regulação em que está inserido²⁰. Haverá, então, inevitavelmente, algum arbítrio por parte do julgador, o qual, por outro lado, será balizado por certos parâmetros²¹; estes parâmetros serão oferecidos pelo ordenamento jurídico em que se está inserido, ou seja, pelas regras e princípios e, ainda, pelas normas extraídas dos precedentes e súmulas considerados vinculantes pelo direito positivo, já que, assim sendo, passam a compor o próprio ordenamento.

Vale ainda esclarecer, para que bem se saiba do que se está falando, que (i) a noção jurídica de boa-fé traz consigo duas acepções distintas: a boa-fé objetiva (norma jurídica) e a boa-fé subjetiva (fato); e (ii) ao se falar em violação à boa fé, fala-se na violação à boa fé objetivamente considerada. Vejamos, brevemente, a diferença entre as noções.

A boa fé subjetiva traduz a ideia de um estado de ignorância desculpável, isto é, a ignorância de determinadas eventualidades, quando o sujeito adotou todos os deveres de cuidado impostos ao caso, deveres estes que irão variar de acordo com as situações em jogo²². Nesse sentido, claras são as palavras de Fredie Didier Jr. e Daniela Bomfim que sintetizam a noção de boa-fé subjetiva como “o estado psicológico de crença do indivíduo na legitimidade da situação fática que lhe é apresentada”²³.

A boa fé objetiva, a sua vez, é a norma impositiva de conduta compatível com os preceitos de ética e lealdade de uma determinada comunidade, delimitada no tempo e no espaço. Há a imposição de uma regra geral de conduta que, justamente por sua generalidade, irradia por todo o sistema e para todas as condutas reguladas e também para as não reguladas. E, aqui, perceba-se que, mesmo as condutas não reguladas (acima ditas não-funcionais), acabam por ter relevância jurídica se violarem a regra geral de conduta imposta pela boa fé objetiva.

Mas não é só. Além de proibir e impor determinadas condutas, a boa-fé objetiva cria situações jurídicas ativas e passivas ao incidir no seu suporte fático respectivo²⁴. A

19. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 1189.

20. *Idem*, p. 1189.

21. *Idem*, p. 1191.

22. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. cit., p. 516.

23. DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. *Pareceres*. Salvador: *Juspodivm*, 2014, p. 170.

24. DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: *Juspodivm*, 2015, p. 104.

boa-fé subjetiva (ou seu correspondente na má-fé), assim, é fato que compõe o suporte fático de incidência boa-fé objetiva (norma jurídica), e, também, de outras normas²⁵.

A capacidade de irradiar-se por todo o sistema faz que a boa-fé objetiva seja um de seus pilares de sustentação; fundamento, pois, para impedir a prática de qualquer ato que lhe seja contrário, inclusive, atos que, a princípio, estariam sendo praticados no espaço de liberdade conferido pelo direito subjetivo titularizado pelo sujeito²⁶, mas que, em verdade, não estão, pois, como dito, já nascem eles limitados pela boa-fé objetiva.

Isso se deve justamente ao fato de que a boa fé “exprime os valores fundamentais do sistema”; nesse sentido, Menezes Cordeiro é preciso ao concluir que afirmar a necessidade de respeitar a boa fé no exercício de direitos é mesmo que dizer que se devem observar os vetores fundamentais do próprio que sistema que confere aos sujeitos a titularidade de direitos²⁷.

A respeito do tema, o raciocínio exposto por Eduardo Jordão é bastante claro e bem merece ser acolhido ao se tratar em fundamento jurídico do abuso de direito. Ele diz, na linha aqui defendida, que o abuso de direito é conduta proibida pelo ordenamento jurídico, por violar uma norma que o compõe, o princípio da boa-fé ou boa-fé objetiva²⁸. Isso porque as proibições ou permissões de conduta não decorrem dos dispositivos normativos (textos), mas, sim, das normas deles decorrentes, para cuja extração requer-se uma interpretação sistemática²⁹.

Afasta-se, com isso, qualquer argumento de que a falta de dispositivo normativo específico para proibir o abuso de direito seria impeditivo de sua vedação ou esvaziaria fundamentação nesse sentido; do mesmo modo, afasta-se argumento no sentido de que, para que haja vedação ao exercício abusivo de um direito, haveria de ter previsão específica da conduta proibida.

Relembre-se que mais acima restou dito, pelos critérios de Menezes de Cordeiro, que a limitação deve ser feita no caso concreto³⁰. Ou seja, a partir do caso concreto,

25. DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 01. cit., p. 104.

26. Sobre o tema, Talita Romeu situa a limitação ao exercício de direito subjetivos como uma das funções (função negativa) da boa-fé objetiva. ROMEU, Talita Macedo. *A proibição de comportamento contraditório aplicada ao direito processual civil*. (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012, p. 26.

27. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. cit., p. 76

28. JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. cit., p. 100.

29. Idem, *ibidem*.

30. Essa análise de limitação não deve ser feita apenas pelo órgão julgador, mas, antes e principalmente, pelo sujeito titular do direito que, ao exercê-lo, deve ter consciência do seu espaço de liberdade. É válido, aqui, inclusive, destacar a lição de Teori Zavaski sobre a atuação dos enunciados normativos no plano social. Segundo ele, este fenômeno comporta-se em três momentos distintos: i) o da formulação abstrata dos preceitos normativos; ii) o da identificação da norma individualizada formada concretamente a partir da incidência da norma abstrata no suporte fático; e iii) o da execução da

tendo por fundamento os deveres irradiados pela incidência do princípio da boa-fé (norma), verificar-se-á se se trata ou não de conduta que fere estes deveres; se se trata ou não de conduta exercida com abuso de direito e que, por isso mesmo, merece ser sancionada.

Nesse sentido, foi a postura do legislador que, com acerto, positivou a boa-fé, nos artigos 187³¹ e 188³², CC/2002, como fundamento jurídico de vedação ao abuso do direito³³, que ainda cuidou de excluir a necessidade de aferição de culpa para sua configuração; ao que nos parece, justamente por não ser a culpa ou dolo elementos constitutivos do ato ilícito (o ilícito não pressupõe culpa do agente).

O artigo 187, CC/2002, é muito semelhante ao artigo 334 do Código Civil Português³⁴, que, também, estabelece, como limites ao exercício de direitos, aqueles impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé (objetiva) e pelos bons costumes. Note-se, então, que, além da boa-fé objetiva, impõe-se a necessidade de respeito aos limites impostos pelos seus fins econômicos ou sociais, acaba por dar, a cada um, peculiaridades que devem observadas, para eventual configuração do abuso.

Ademais, como bem pontua Menezes Cordeiro, cada direito está inserido num regramento próprio, o que acaba, também por essa razão, por dar relevância à análise do caso concreto. Este fato não impede, entretanto, que sejam estabelecidos parâmetros norteadores de sua identificação que seriam os seguintes: (i) titularidade de uma posição jurídica; (ii) prática de uma conduta pautada nesta titularidade de posição jurídica³⁵; (iii) ilicitude da conduta, qualificada pela aparência de licitude; e (iv) violação aos deveres/valores decorrentes da boa-fé objetiva.

Como se vê, na linha do legislador, entende-se que o elemento subjetivo, culpa ou dolo, não compõem o suporte fático para conformação do abuso de direito; a sua

norma, ou seja, a sua transformação em comportamento humano, sendo que este segundo momento não compõe atividade exclusiva do Poder Judiciário que somente atuará nos casos em que não houver espontaneidade no cumprimento e divergência na identificação da norma. ZAVASCKI, Teori Albino. *Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados*. In: Leituras complementares de processo civil. 8. ed. Fredie Didier (org.). Salvador: JusPodivm, 2010, p. 450.

31. 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.
32. Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; [...]
33. Ainda que não houvesse dispositivo expresso de vedação ao abuso de direito, esta poderia ser extraída do sistema, afinal, norma e texto não se confundem, não sendo este necessário para que aquela exista.
34. Art.º 334º - Abuso do direito É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.
35. Eduardo Jordão destaca que não há qualquer direito sendo exercido, porquanto o exercício irregular o retiraria do espaço de liberdade conferido pelo direito subjetivo, tornando ilícito o ato jurídico praticado. JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. cit., p. 108.

presença ou não poderá influenciar, posteriormente, nas consequências decorrentes do abuso³⁶.

No que concerne à aparência de licitude do ato, vale destacar que, via de regra, ela chancela a conduta em face daquele a quem causará dano, na medida em que aquele que se sujeita à conduta a percebe como algo que deve ser aceito, pois se encontra supostamente dentro da esfera legítima de atuação do titular do “direito”, e, com isso, acaba se resignando, o que coloca o agente abusador em posição de vantagem³⁷.

Desse modo, fica fácil perceber que o ato abusivo constitui ato ilícito³⁸, sendo que a diferença em relação ao ilícito não-abusivo é que, neste último caso, não há aparência de licitude³⁹. Com base nisso, Eduardo Jordão apresenta o seu conceito de abuso de direito que ora se adota: “*é o ato ilícito que, embora aparentemente tenha sido perpetrado no exercício de um direito, viola princípios gerais limitadores dos direitos subjetivos*”⁴⁰.

E, como fundamento jurídico principal da limitação encontra-se, pelas razões já expostas, o *princípio da boa-fé*. Do que decorre, como já destacado, a mais absoluta desnecessidade de previsão típica das condutas abusivas, justamente, por ser a boa-fé objetiva uma cláusula geral, o que lhe confere abertura no antecedente e no consequente.

A partir dessas noções que constituem as premissas teóricas deste ensaio, passa-se à análise da aplicação do instituto do abuso do direito do processo, para, em seguida, tratar do abuso do direito de recorrer, de modo a demonstrar a necessidade de a análise do caso concreto sempre partir fundamento jurídico ora proposto.

2.3. O abuso de direito no processo

Por ser a boa-fé objetiva o fundamento jurídico que limita o exercício de posições jurídicas, é impositivo que, antes de adentrar propriamente no abuso de direito no processo, trate-se, ainda que brevemente, da aplicação do princípio da boa-fé ao processo, inclusive, identificando, dentro do regramento processual, o texto legal de que se extrai a boa-fé enquanto norma; ou seja, fundamento jurídico-positivo da boa-fé no processo.

Como visto, a boa-fé objetiva exprime valores fundamentais do sistema e, por isso mesmo, irradia-se por ele limitando todo tipo de conduta, no que se incluem⁴¹,

36. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. cit., p. 77.

37. JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. cit., p. 109.

38. Nesse sentido, DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v.01. cit., p. 111 e JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. cit., p. 111.

39. JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. cit., p. 110.

40. Idem, p. 111.

41. De acordo com Menezes de Cordeiro, o primeiro setor fora do direito civil a ser atingido pela boa fé foi, justamente, o processo civil.

por óbvio, os fatos jurídicos processuais, entendendo-se este qualificativo como próprio dos fatos que produzem efeitos no processo. Ser processual ou não, portanto, não depende do momento, nem tampouco da forma como foi praticado, mas, sim, se houve ou não irradiação de eficácia para dentro do processo⁴².

No âmbito do processo civil, o fundamento jurídico-positivo da boa-fé objetiva é extraído do artigo 5º, CPC, que possui a seguinte redação: “*aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé*”.

Cuida-se de dispositivo que se encontra localizado entre as normas fundamentais do diploma processual, o que, associado à sua natureza de cláusula geral, faz do princípio da boa-fé processual baliza para a aplicação de todas as suas normas, consolidando-o na posição de um dos pilares do direito processual civil brasileiro.

Destaque-se, ainda, que o citado art. 5º relaciona-se com a norma da boa-fé, pois exige um padrão de conduta objetivamente considerado e, portanto, independente das intenções do sujeito⁴³.

Nesse contexto, é válido o alerta feito por Menezes de Cordeiro, no sentido de que nenhuma posição jurídico-subjetiva está imune aos valores fundamentais do ordenamento em que está inserida, afinal, se assim não fosse, ter-se-ia o risco de eventual direito subjetivo suscetível ao exercício ilimitado tornar-se irreconhecível, por se colocar para fora do próprio ordenamento⁴⁴. As posições jurídicas processuais, por essa razão, não estão imunes aos limites impostos pelo princípio da boa-fé.

A proibição de abuso de direitos processuais figura, então, como uma das concretizações do princípio da boa-fé processual; esta norma é, pois, o fundamento jurídico de limitação do exercício de posições jurídicas processuais⁴⁵.

Cuida-se de instituo que já tinha lugar no direito processual civil brasileiro desde o Código de Processo Civil de 1939, que, em seus artigos 3º⁴⁶ e 63º⁴⁷, conferiu ao

42. Utiliza-se o conceito de fato jurídico processual proposto por Paula Sarno que o define como o “fato ou complexo de fatos que, juridicizado pela incidência da norma processual, é apto a produzir efeitos dentro do processo.” (BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência*. Revista de processo, ano 32, n. 148, jun./2007, p. 309).

43. DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 01. cit., p. 104.

44. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. cit., p. 85.

45. De acordo com Helena Abdo, a aplicação do abuso do direito ao processo implica reconhecer, como objeto do abuso, as inúmeras posições ou situações subjetivas processuais, consistentes em ônus, faculdades, poderes e deveres intrínsecos à relação processual. Isso porque traduzem, com maior precisão, as posições ocupadas pelos sujeitos processuais. ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 51/52.

46. Art. 3º Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro. Parágrafo único. O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo.

47. Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes

instituto tratamento amplo e genérico⁴⁸. Notava-se, todavia, uma confusão entre o abuso do direito e sua responsabilização quando presente o dano; desde já, porém, o elemento subjetivo não era pressuposto genérico de sua conformação, muito embora estivesse previsto na hipótese do artigo 63.

Apesar de sua positivação não ser recente, destacou-se, logo no início desse trabalho, o alerta feito por Michele Taruffo de que há uma grande dificuldade de aplicação do abuso ao processo, pois, na maioria dos casos, o exercício de direitos está relacionado à concretização de uma garantia constitucional ou fundamental⁴⁹. É dizer: uma vez que as condutas praticadas pelos sujeitos da relação jurídicas processuais são voltadas à concretização de garantias constitucionais, torna-se difícil a identificação da saída do espaço de liberdade a ele conferido pelo direito subjetivo de que é titular e, conseqüentemente, a aplicação de sanção para punir a conduta.

Ainda que por outra perspectiva, Calamandrei, colocando o processo como um jogo, também destaca a dificuldade de aplicação do abuso ao processo, uma vez que, no mecanismo posto pelo princípio dispositivo, não é tarefa fácil delimitar até onde chegam os “direitos de uma sagaz defesa” e em que ponto começa “o engano reprovável”⁵⁰. Identifica, ainda, com razão, um ponto em comum entre as condutas que violam a boa-fé: por meio desta conduta, a parte consegue a produção de certo efeito jurídico, sem que estejam presentes os pressupostos legais exigidos para tanto; ou seja, por meio de conduta de má fé, obtém efeito que sem ela não seria possível⁵¹.

Nesse contexto, Calamandrei explica que a lógica da prática da conduta de má fé tem por objeto criar um efeito psicológico diverso daquele produzido pelo ato legitimamente praticado, compondo parte da sua tática de jogo⁵², para sagrar-se vitorioso ou, quando menos, reduzir os efeitos da derrota, pondo-se em situação de vantagem.

manifestamente infundados, será condenada a reembolsar À vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.

§ 1º Quando, não obstante vencedora, a parte se tiver conduzido de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, o juiz deverá condená-la a pagar à parte contrária as despesas a que houver dado causa.

§ 2º Quando a parte, vencedora ou vencida, tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação, será condenada a pagar o décuplo das custas.

§ 3º Si a temeridade ou malícia for imputável ao procurador o juiz levará o caso ao conhecimento do Conselho local da Ordem dos Advogados do Brasil, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

48. THEODORO JR., Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. IN: MOREIRA, José Carlos Barbosa (org.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 94.

49. TARUFFO, Michele. *Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)*. cit., p. 163.

50. CALAMANDREI, Piero. El proceso como juego. In: *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires: EJE, 1962, p. 269.

51. Idem, p. 270.

52. Idem, ibidem.

Ocorre que atravessar ou não a linha tênue entre a defesa sagaz e o engano reprovável, segundo ele, irá depender da habilidade do advogado, o que está relacionado diretamente aos efeitos psicológicos produzidos no juiz⁵³. Muito embora não seja este o posicionamento ora adotado, pontua-se que, ao que parece, a ideia proposta por Calamandrei é no sentido de que a configuração ou não do abuso irá depender da estratégia adotada pelo advogado na forma de conduzir o processo e de praticar os atos ao longo procedimento, considerando os efeitos psicológicos produzidos no juiz e na parte contrária.

Pois bem. No processo, as partes, autor e réu, são titulares, cada uma delas, de direito de ação e direito de defesa; cuida-se de direitos constitucionalmente garantidos, que são irradiados, respectivamente, do artigo 5º, XXXV e LV, CF/1988.

O conteúdo desses direitos é formado, em seus desdobramentos, por muitas das posições jurídicas assumidas pelas partes ao longo do procedimento; entre elas, figura o direito de recorrer e o direito de resposta ao recurso, razão por que serão expostas algumas linhas a seu respeito, para, ao final, tentar fixar critérios de identificação do abuso no processo, que possam ser aplicados ao abuso de direito de recorrer.

O enunciado do art. 5º, XXXV, CF/1988, possui a seguinte redação: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito*”. Desse enunciado normativo, extrai o chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição, cuja incidência no mundo dos fatos faz irradiar uma gama de efeitos, entre os quais se destaca o direito fundamental de ação.

O direito fundamental de ação, a sua vez, possui conteúdo complexo, comportando situações jurídicas diversas: o direito de provocar o judiciário, o direito de escolher o procedimento e o *direito ao recurso*, por exemplo⁵⁴. O direito de provocar o judiciário decorre justamente da impossibilidade de excluir da apreciação jurisdicional a lesão ou ameaça de lesão a direito, que, em verdade, cuida-se da impossibilidade de excluir a *alegação* de lesão ou ameaça de lesão. Este espaço de acesso, no entanto, não é absoluto.

Ao sujeito, não é dado recorrer ao Poder Judiciário sem que tenha a pretensão de obter tutela de seus interesses; o filtro inicial é feito pela análise das condições da ação e presença dos pressupostos processuais. O filtro, seguinte, sugere-se seja feito a partir dos deveres irradiados pela boa-fé objetiva; a forma como se demanda e o conteúdo por ela veiculado, portanto, não podem fugir à análise do julgador. A razão é simples: no mais das vezes, a saída do espaço de liberdade, com a transmutação do ato lícito em ilícito somente é percebida no mérito ou, ainda, por uma visão global, considerando outras demandas.

Entretanto, esta imposição de análise do mérito para verificação de respeito à boa-fé objetiva faz surgir a seguinte dificuldade: se o direito material não está vincu-

53. *Idem*, p. 271.

54. DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 01. cit., p. 177.

lado ao direito processual e se a simples improcedência do pedido não constitui ato ilícito, como identificar o exercício abusivo do direito de ação? Infelizmente (ou não), esta resposta não pode ser dada, como já apontado, de forma abstrata e apriorística, é preciso que se analise o caso concreto, com suas nuances. Este é o primeiro critério: a análise do abuso de direito no processo, adotando a posição acima exposta de Menezes de Cordeiro, deve ser feita sempre à luz do caso concreto.

No que concerne ao direito à defesa ampla, muito embora seja também titularizado pelo autor, constitui fundamento principal das garantias conferidas ao réu, garantias estas que, durante longo tempo, foram levadas ao extremo, colocando-o em posição de privilégio. Isso porque acaba por servir de fundamento para obstaculizar a invasão da esfera jurídica do demandado antes que houvesse “plena realização da oportunidade de defesa”⁵⁵.

Luiz Guilherme Marinoni faz importante alerta no sentido de que a preocupação exacerbada com o direito de defesa acaba por colocar o tempo (demora do processo) a favor do réu que, mesmo quando sem razão, tem o bem mantido em sua esfera jurídico-patrimonial, o que implica frequente abuso de direito de defesa pelo réu⁵⁶. Sugere, então, que o tempo seja encarado como um ônus, e, não, como algo indiferente à posição das partes no processo; só assim se poderá falar em concretização do princípio da isonomia no processo^{57,58}.

Assim, insere a antecipação dos efeitos da tutela como mecanismo inibitório do exercício abusivo de direito, por meio da retirada do réu de sua posição de conforto, garantida pelo tempo de duração do processo. Note-se que o estabelecimento deste instrumento é uma reação decorrente do reconhecimento da existência de limites ao exercício do direito de defesa e da necessidade de impedir que sejam estes limites ultrapassados.

Entretanto, seja no exercício do direito de ação, seja no exercício do direito de defesa, ou, ainda, nos desdobramentos nas mais diversas posições jurídicas processuais, depara-se com a enorme dificuldade de identificar quais os elementos são aptos a configurar uma situação fática qualificada como abuso de direito.

Na tentativa de facilitar a identificação das situações que ultrapassam os limites do regular exercício de um direito subjetivo, o legislador elencou algumas hipóteses típicas de litigância de má-fé no art. 80, CPC/2015: (i) dedução de pretensão ou defesa contrárias a texto legal expresso ou fato incontroverso; (ii) alteração da verdade dos fatos; (iii) utilização do processo para alcance de objetivo ilegal; (iv) resistência

55. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 367.

56. *Idem*, *ibidem*.

57. *Idem*, p. 368.

58. Este raciocínio será utilizado mais a frente para o objeto de análise do presente trabalho.

injustificada ao andamento do processo (ou seja, utilização indevida do tempo do processo; (v) atuação temerária em incidente ou ato do processo; (vi) provocação de incidentes manifestamente infundados; (vii) interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório.

Primeiro, é preciso destacar que as hipóteses acima transcritas não são taxativas⁵⁹, constituindo apenas uma reação do sistema aos casos vivenciados na prática que se entendeu por bem estabelecer previsão normativa expressa de repressão. A não taxatividade decorre, justamente, da natureza de cláusula geral da boa-fé objetiva, que, pela abertura no antecedente e no conseqüente, comporta todas as situações que violem os deveres por ela impostos; amplia, portanto, o leque de situações que podem ser consideradas como abusivas.

Segundo, todas essas hipóteses de litigância de má fé pressupõem uma posição jurídica processual legítima titularizada pela parte e que, ao ser exercida, ultrapassa os limites de liberdade por ela conferidos. Isso permite afirmar que os incisos do artigo 80 são hipóteses fáticas configuradoras de abuso de direito no processo; essa afirmação, apesar de ter ares de obviedade, é importante, na medida em que nem todo ato de má fé constitui abuso de direito. Como visto, além da violação aos deveres decorrentes da boa-fé objetiva (a boa-fé subjetiva é pressuposto fático da boa-fé objetiva), há de se ter a titularidade de um direito subjetivo (ou situação jurídica subjetiva).

Terceiro, a abertura da boa-fé objetiva, ao tempo de possibilita impedir e sancionar uma diversidade de atos praticados pelas partes no processo, traz consigo a dificuldade de sua aplicação (problema de concretização acima já destacado), pela dificuldade de se definir as condutas que devem ou não ser objeto de sanção.

Atenta ao problema de identificação do abuso no processo (ainda pouco enfrentado pela doutrina e jurisprudência – frise-se) e, conseqüentemente, de sua sanção, Helena Abdo propôs os seguintes critérios: (i) o uso anormal de singular situação subjetiva titularizada por um sujeito processual (objeto do abuso); do que decorre a (ii) aparência de legalidade do ato; (iii) o desvio de finalidade, apontado pela autora como um dos principais critérios a ser considerado, que adota como premissa teórica a noção de instrumentalidade do processo; razão pela qual defende que (iv) a violação da regra processual não de *per se* abusiva; (v) necessidade de análise de cada caso concreto para verificação de outros elementos além do desvio de finalidade.⁶⁰

Com o mesmo propósito, sugere-se, aqui, os seguintes critérios, com base nas premissas teóricas anteriormente fixadas: (i) titularidade de uma posição jurídica processual (no que se inclui o direito ao recurso); (ii) exercício de ato, seja pela forma,

59. Nesse sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Da responsabilidade das partes por dano processual. In: *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 286.

60. ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. cit., p. 99 e ss.

seja pelo conteúdo, fora do espaço de liberdade conferido pela norma, configurando, portanto, prática de ato ilícito; (iii) ilicitude qualificada pela violação à boa fé objetivamente considerada.

Esclareça-se, por oportuno, que o dano não é pressuposto, para a configuração do abuso – é pressuposto para se pretender responsabilidade civil pelo ato – e o elemento subjetivo somente vai ser necessário nas hipóteses previstas pelo legislador, constituirá, pois, um *plus* de determinadas hipóteses típicas de abuso. Passa-se, então, à análise do direito de recorrer e o abuso no seu exercício.

3. O DIREITO DE RECORRER

3.1. Conteúdo

O recurso constitui um dos instrumentos instituídos com a finalidade de corrigir possíveis erros existentes nas decisões judiciais⁶¹, mas não o único; há outros, sobre os quais não se discorrerá. Há, ainda, uma segunda razão para a sua existência decorrente da própria natureza humana: a não conformação com uma decisão que lhe seja desfavorável⁶²; essa não conformação, inclusive, é, via de regra, o motivo de exercício abusivo do direito de recorrer e, por isso mesmo, merece destaque.

No ordenamento jurídico, o recurso (conceito jurídico-positivo) pode ser definido como “remédio voluntário idôneo a ensejar dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”⁶³⁻⁶⁴.

Desse conceito, algumas conclusões podem ser extraídas: (i) a sua interposição não constitui uma obrigação para a parte, mas, sim, um direito potestativo, sendo para ela uma faculdade exercê-lo ou não; (ii) o recurso não inicia um novo processo (o que não se confunde com novo procedimento), mas dá continuidade a um já existente, mantendo o estado de litispendência; (iii) tem por objetivo reformar, invalidar, esclarecer ou integrar a decisão impugnada.

Pode-se, também, estabelecer a sua natureza jurídica enquanto uma extensão do próprio direito de ação exercido inicialmente no processo, ainda que se reconheça a existência de posicionamento em sentido contrário⁶⁵. Note-se que o fato de ser ele uma extensão do direito de ação não obsta a sua interposição pelo réu ou, por

61. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 231.

62. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 2.

63. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 11. ed. cit., p. 233.

64. Não houve alteração dos dispositivos do CPC/1973 para o CPC/2015 dos quais é possível extrair o conceito de recurso, sendo ainda aplicável o conceito acima transcrito proposto por José Carlos Barbosa Moreira.

65. Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 11. ed. cit., p. 236; DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*.v.01, p. 177.

outras palavras, a titularidade do direito de recorrer pelo réu, dada a bilateralidade do direito de ação⁶⁶.

O direito de recorrer compõe, portanto, o conteúdo do direito de ação e, também, o do direito de exceção, sendo o seu exercício o desenvolvimento do direito de acesso aos tribunais⁶⁷. E, assim como o direito de ação/exceção, possui conteúdo complexo, fazendo irradiar, com a instauração do procedimento recursal, diversas situações jurídicas processuais⁶⁸.

Um ponto é especialmente relevante para o presente trabalho: ao se conferir à parte o direito de recorrer, ou seja, de dar continuidade à discussão de um direito que já fora certificado, por órgão julgador competente, acaba por estabelecer ou, quando menos, destacar o conflito entre tempo e “justiça” da decisão – aqui, dizendo-se justiça como solução conforme ao direito. É dizer: retarda-se a estabilidade esperada com a prestação da tutela jurisdicional, que é o objetivo maior de o Estado avocar para si o poder de solucionar os litígios existentes na sociedade.

Com efeito, para manter o equilíbrio no conflito suscitado, devem ser estabelecidos e respeitados os limites ao exercício do direito de recorrer, para que não se imponha à outra parte, injustificadamente, os males decorrentes do tempo do processo. Afinal, o processo, como bem se sabe, é uma marcha para frente, com um fim determinado: estabilizar a relação das partes por meio da prestação da tutela jurisdicional; e o tempo, para o alcance desse fim, deve ser qualificado pela razoabilidade, fala-se, pois, em duração razoável do processo.

Passa-se, então, a demonstrar que um dos limites ao exercício do direito de recorrer é o respeito aos deveres impostos pelo princípio da boa-fé; cuida-se de fundamento jurídico para vedação à interposição de recurso que ultrapasse o espaço de liberdade conferido pelo direito subjetivo, constituindo-se, na linha até então proposta, como ato ilícito.

3.2. Limites ao exercício do direito de recorrer e os deveres decorrentes da boa-fé objetiva

Como se defendeu linhas acima, a boa-fé objetiva, por ser uma cláusula geral, possui abertura no antecedente e no seu consequente, fazendo irradiar uma gama de direitos e deveres para os sujeitos cujos atos praticados atraíam sua incidência. Viu-se, também, que a boa-fé objetiva é norma que permeia todo o ordenamento jurídico, limitando o exercício de direitos subjetivos, incluindo-se aí, aqueles irradiados de atos processuais; aplica-se, pois, a norma da boa-fé ao processo.

66. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 11. ed. cit., p. 236.

67. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais*. v03. 13. ed. Salvador: *Juspodivm*, 2016, p. 88.

68. *Idem*, *ibidem*.

Se assim é, a boa-fé limita as situações jurídicas processuais subjetivas⁶⁹ (utilizando, aqui, uma categoria mais ampla), entre as quais se insere o direito ao recurso e as situações jurídicas irradiadas pela instauração do procedimento recursal, já que, como visto, o direito ao recurso possui conteúdo complexo. Nessa linha, tem-se que a boa-fé objetiva impõe limites não só ao exercício do direito de recorrer, por meio do ato de interposição do recurso, mas, também, ao exercício de todas as situações jurídicas processuais titularizadas pelas partes no procedimento recursal.

Com isso, pode-se concluir que, pela abertura da cláusula geral de boa-fé, ter-se-á uma infinidade de situações fáticas que podem ultrapassar o espaço de liberdade conferido ao sujeito titular do direito de recorrer, por violarem os deveres de comportamento leal, ético e cooperativo. Ou seja, extrai-se daí uma atipicidade de condutas que podem ser tidas como abusivas, sendo elas relativas tanto ao ato de interposição de recurso e quanto aos demais atos praticados com vestes de legitimidade ao longo do procedimento recursal. Afasta-se, também aqui, qualquer argumento no sentido de que as situações positivadas no Código de Processo Civil seriam taxativas; as hipóteses típicas são apenas de uma reação do sistema à prática desta espécie de conduta, como forma de cancelar a sua vedação.

Uma das previsões típicas de exercício abusivo do direito de recorrer encontra-se no art. 80, VII, CPC/2015, que reputa litigante de má-fé aquele que interpõem recurso com o intuito manifestamente protelatório e, como sanção, prevê a aplicação de multa, cujo valor deverá ser superior a 1% do valor da causa até o limite de 10%, além de impor o dever de indenizar a parte contrária, em caso de prejuízo, e o ônus arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. Destaque-se que, nesse caso, o legislador optou por requerer a presença do dolo para configuração da hipótese normativa.

Ao tratar sobre o tema, Paulo Lucon apresenta algumas situações fáticas que têm o potencial de vir a configurar abuso no exercício do direito de recorrer: (i) recurso interposto para atacar matéria preclusa; (ii) recurso que questiona “entendimento consolidado pela jurisprudência”; (iii) erro na escolha da espécie do recurso (fungibilidade recursal); (iv) existência de vício/falta de fundamentação no recurso⁷⁰. Destaca, todavia, que os fatos isolados não têm o condão de configurar hipótese de abuso, demandando a presença de elementos outros a serem observados no caso concreto.

É preciso, então, pontuar a distinção entre a mera falta de técnica processual e o ato abusivo; para que se tenha abuso de direito processual, é preciso que, aliado

69. Na classificação proposta por Marcos Bernardes de Mello, o direito subjetivo é uma espécie do gênero “situação jurídica”, sendo, pois, um dos efeitos dos fatos jurídicos (lato sensu). MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia – 1ª Parte*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.

70. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso do exercício do direito de recorrer. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2011, p 15 e ss.

ao desrespeito à norma, haja o *plus* consubstanciado na violação aos deveres impostos pela boa-fé. É preciso, pois, que se configure, no suporte fático, conduta desleal, contrária aos preceitos da ética e da cooperação ou que falte com a verdade.

3.3. As dificuldades de identificação do abuso do direito de recorrer e suas consequências

A identificação, ou melhor, o efetivo reconhecimento do exercício abusivo do direito de recorrer, no entanto, está longe de ser tarefa fácil⁷¹. Talvez por isso, ainda não se tenha implementado um mecanismo efetivo de punição para os sujeitos que assim agirem. Passe-se à análise de alguns aspectos que dificultam a aplicação de meios aptos a inibir a prática do abuso no âmbito recursal.

Primeiro. Como já pontuado, a mera falta de técnica processual não pode ser considerada como situação configuradora do exercício abusivo do direito de recorrer, visto que não se pode admitir o simples erro como conduta desleal e ética; erra-se, por diversas razões, inclusive (e principalmente) por falta de conhecimento. Por essa razão, seria razoável impor consequências jurídicas extras àquelas já previstas para a não observância correta de determinada regra.

A título exemplificativo, tem-se o caso do erro na escolha do recurso cabível, afinal, não saber que determinada decisão é impugnável por agravo, e não por apelação, por si só, não pode ser tido como abuso. Diverso, entretanto, é o caso em que houve decurso do prazo para interposição do recurso cabível, por exemplo, agravo de instrumento, e a parte faz uso de outro instrumento processual, para, por via transversa, driblar os efeitos da preclusão.

Segundo. A formação do conteúdo da cláusula geral de boa-fé, fundamento jurídico da vedação ao abuso de direito, depende de aplicação concreta, dada a infinidade de situações que podem ser por ela abarcadas. É problema já alertado da concretização da boa-fé que, além de requerer atenta análise do caso concreto, impõe um ônus argumentativo reforçado para o intérprete, na medida em que preciso elaborar um consistente discurso de justificação para afirmar a presença, no caso, de violação aos amplos deveres impostos pela boa-fé objetiva (norma). Nesse ponto, é que se percebe a importância do papel da jurisprudência para a consolidação do abuso do direito.

No que concerne às consequências possíveis de se aplicar ao ato (ilícito) caracterizador do abuso de direito, Barbosa Moreira sugere a existência de duas classes.

A um, a eliminação dos efeitos decorrentes do “comportamento incorreto”⁷² que, no âmbito do recorte proposto, revela-se no não conhecimento do recurso ou,

71. Nesse sentido: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso do exercício do direito de recorrer. cit., p. 13

72. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Da responsabilidade das partes por dano processual. cit., p. 286

em caso de ele atingir o objetivo pretendido, na decretação de invalidade da decisão que o julgou, retornando as partes ao estado anterior.

A dois, a aplicação de sanções de naturezas diversas, as quais podem ser divididas em quatro espécies: restrição ou perda de direitos ou faculdades processuais do agente abusador, aplicação de multas processuais, penas propriamente ditas e imposição ao transgressor de obrigação de reparar os prejuízos por ele causados com seu “comportamento incorreto”⁷³. Para que possam ser aplicadas, no entanto, requer-se a sua positivação.

Destacadas as dificuldades de reconhecimento das situações que configuram exercício abusivo de direito de recorrer e as possíveis consequências a serem irradiadas a partir da incidência da boa-fé objetiva, volta-se à análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça, por ser ele um dos maiores responsáveis na conformação do conteúdo da boa-fé na sua faceta de vedação ao abuso do direito de recorrer.

4. O TRATAMENTO DO ABUSO DO DIREITO DE RECORRER PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao longo do presente trabalho, pode-se notar que a maior dificuldade do abuso de direito, dentro ou fora do processo, é o seu reconhecimento, para a aplicação da sanção respectiva ou de outro instrumento apto a inibir a sua prática. Isso porque a boa-fé objetiva, como fundamento jurídico limitador do exercício dos direitos subjetivos, tem a si inerente o problema de concretização, por sua abertura e conteúdo complexo.

Com isso, a todo tempo, questiona-se quais são as situações fáticas que atraem a incidência do princípio da boa-fé por ultrapassarem o espaço de liberdade conferido aos titulares das situações jurídicas subjetivas. Disso, contata-se a importância do papel dos órgãos julgadores, notadamente os tribunais superiores, no nosso caso, o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, no auxílio para composição do conteúdo da boa-fé objetiva aplicada ao processo.

No que concerne, especificamente, ao recorte do presente trabalho, observa-se a relevância do seu papel para conformar as situações fáticas que podem ser enquadradas como exercício abusivo do direito de recorrer. Por essa razão, selecionou-se alguns precedentes para análise dos fatos e fundamentos utilizados para justificar a vedação ao abuso de direito, com especial destaque ao abuso de direito de recorrer.

No caso do Recurso Especial n. 1.518.085/RS, interposto no curso de ação de consignação em pagamento, em que a autora pretendia pagar o valor de imóvel e o processo fora extinto sem exame do mérito por falta de interesse processual, pois a propriedade do bem já havia de consolidado com a Caixa Econômica Federal.

73. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro*. Temas de direito processual civil. Primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 18 e ss.

Apesar de a purgação da mora ter sido tentada pela autora/recorrente antes da formalização da arrematação, considerou-se que (i) de 240 parcelas a autora somente havia adimplido 8; (ii) propôs diversas ações revisionais tendo por objeto o contrato de financiamento; (iv) a autora se manteve no imóvel por 7 anos, mesmo com o pagamento de apenas 8 parcelas; (v) não houve notícia de efetiva tentativa de pagamento e recusa do recebimento dos valores.

Com base nisso, o STJ decidiu pela manutenção da arrematação que somente não tinha tido o auto assinado, argumentando o seguinte: “tem-se na hipótese concreta dos autos uma situação atípica, que afronta de forma manifesta o dever de atuação leal e proba, imposta aos contratantes nos termos do art. 422 do CC/02. Ao desbordar os limites do razoável, a conduta da recorrente resulta em abuso do direito e deve sim ser afastada.”

Utilizou-se, pois, como fundamento jurídico, o princípio da boa-fé e, como consequência de sua incidência, afastou-se os efeitos jurídicos pretendidos pelo agente abusador que, no caso, pretendia a não formalização da arrematação.

Especificamente sobre abuso de direito de recorrer, tem-se, como precedente ilustrativo, o julgamento dos “EDcl nos EDcl nos EDcl no Recurso Especial n. 1.236.276 – MG”, em que, ao reconhecer o intuito procrastinatório dos terceiros embargos de declaração opostos pelo sucumbente, aplicou multa e determinou a imediata remessa dos autos para vara de origem.

Para justificar seu posicionamento, sustentou que “o inconformismo com o resultado do julgado não é suficiente à interposição continuada de embargos declaratórios, uma vez que inexistem quaisquer dos vícios ensejadores de seu cabimento, vindo a configurar abuso do direito de recorrer”. Nenhum outro argumento substancial foi apresentado, a revelar a ausência do dever de argumentação consistente acima destacado; não se mostrou o fundamento jurídico utilizado para a vedação, tampouco se desincumbiu do dever de demonstrar o momento em que se ultrapassou a linha entre a mera inobservância de regra processual e a conduta que viola os deveres da boa-fé objetiva.

Por outro lado, no julgamento do “AgRg no ARE no AgRg no RE nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no Agravo de Instrumento nº 603.448 – GO”, apresentou-se a seguinte fundamentação para justificar a vedação à interposição do recurso apreciado:

“[...] não se desconhece que o ora agravante, devidamente assistido por seus advogados, tem, de forma temerária, interposto, neste e em diversos outros feitos em trâmite nesta Corte, um elevado número de recursos e incidentes processuais sem quaisquer fundamentos legais, todos relacionados ao mesmo processo no Tribunal de origem, configurando, assim, nítido abuso do poder de recorrer.”

Ou seja, reconheceu-se a ocorrência de abuso tanto pela forma que se vinha praticando os atos, quanto pelo conteúdo por ele veiculado, pela ausência de funda-

mentos relativos ao processo que fora interposto. Como consequência do abuso, e não da norma desrespeitada, aplicou-se multa em 2% sobre o valor da causa, ficando a interposição de novo recurso condicionado ao seu depósito.

Finalmente, por apresentar uma consequência jurídica distinta das citadas ao longo deste trabalho, traz o precedente formado no julgamento dos “EDcl nos EDcl nos EDcl no Recurso Especial n. 1.327.433 – PR”, interposto no curso de ação penal, com sentença condenatória.

No caso, reconhecido o intuito protelatório, para alcance de prescrição da pretensão punitiva, já que, além de suspeita renúncia no último dia do prazo para a oposição de embargos de declaração, foram opostos 3 (três) embargos de declaração, o STJ entendeu aplicar-se o entendimento de que é devida a imediata remessa dos autos ao órgão de origem, para início de cumprimento da pena, antes mesmo que se operar o trânsito em julgado da decisão⁷⁴; somente não aplicou a consequência nestes termos, pois havia recurso pendente no STF, razão pela qual estabeleceu uma pequena alteração na medida e determinou a imediata remessa ao STF.

Aplicou-se, como consequência, o imediato trânsito em julgado da decisão, com baixa dos autos, uma vez que não é possível a aplicação de multa na esfera penal; confira-se a fundamentação utilizada, em semelhança às anteriores:

“[...] observa-se que a recorribilidade vazia, infundada, como *in casu*, tão somente com nítido intuito protelatório, configura abuso do direito de recorrer e não é admissível em nosso ordenamento jurídico, notadamente em respeito aos postulados da lealdade e boa-fé processual, além de se afigurar desvirtuamento do próprio cânone da ampla defesa”.

Mais uma vez, reconheceu-se, na linha defendida ao longo deste trabalho, a boa-fé objetiva como fundamento jurídico para vedação ao exercício do direito de recorrer, sendo os deveres impostos pela boa-fé os limitadores do espaço de liberdade das partes ao interpor um recurso, bem como na prática dos atos processuais no curso do procedimento recursal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação da teoria do abuso de direito ao processo foi inevitável, por razões óbvias: o processo é palco de constante exercício de posições jurídicas legítimas voltadas a assegurar interesses absolutamente contrapostos.

Entretanto, é também, no processo, que se verificam as maiores dificuldades de identificação do ato abusivo e, conseqüentemente, de sua punição, sendo estes

74. Na época, não havia tido a mudança de entendimento acerca da possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, no entanto, destaca-se o precedente, dada a solução apresentada de determinação de imediata certificação do próprio trânsito em julgado.

os grandes desafios à efetivação dos meios para inibir a prática de atos abusivos. Há uma peculiaridade que merece ser relembada: no processo, o exercício do direito, na maioria dos casos, está relacionado à concretização de uma garantia constitucional ou fundamental, de modo que saber quando termina o espaço de liberdade de um sujeito e começa o do outro torna-se ainda mais difícil.

Não obstante isso, o problema não pode e não deve ser ignorado, cabendo à doutrina e jurisprudência (com destaque para esta última) indicar os parâmetros necessários para o enfrentamento das questões envolvendo o abuso de direito, impedindo que agentes abusadores alcancem determinados efeitos jurídicos por meio da prática de atos ilícitos.

Com efeito, o primeiro passo consiste em encontrar a norma jurídica limitadora do exercício do direito de recorrer, para, a partir dela, tentar estabelecer o suporte fático de sua incidência e as consequências daí decorrentes. Nesse intuito, apontou-se, no presente trabalho, o princípio da boa-fé ou a boa-fé objetiva como fundamento jurídico da vedação ao abuso de direito, em que se inclui o abuso do direito de recorrer.

O alcance dessa constatação se deve, principalmente, ao fato de, no ordenamento jurídico brasileiro, como em outros tantos, a boa-fé objetiva exprime valores fundamentais do sistema, permeando todo ele como forma de limitar os direitos subjetivos decorrentes da incidência das normas que compõem o nosso ordenamento nos fatos da vida. E, como texto não se confunde com norma e esta é extraída da interpretação de todo o ordenamento, viu-se que os direitos subjetivos já nascem limitados, tanto pelo princípio da boa-fé, quanto pelos outros direitos subjetivos; afinal, não há um sistema e os direitos subjetivos, pois estes são o próprio sistema.

Pontou-se, também, que, além da titularidade do direito subjetivo e o seu exercício em desconformidade com os deveres impostos pela boa-fé, outro critério importante para se compreender e aplicar a teoria do abuso do direito, é que haverá sempre a necessidade de analisar o caso concreto para bem se definir se o caso é ou não apto a configurar uma situação de abuso de direito.

No que concerne, especificamente, ao abuso de direito de recorrer, constatou-se que se cuida de direito de conteúdo complexo que compreende o próprio ato de interposição do recurso, como todas as situações jurídicas subjetivas irradiadas pela instauração do procedimento recursal. Assim, pode-se falar em abuso de direito de recorrer ao se exercer o direito ao recurso, mas, também, na forma como se conduz o procedimento recursal, de forma que a composição da situação de abuso, em determinados casos, poderá levar em conta não só o próprio ato de recorrer, como os atos que lhe antecederam, conformando o suporte fático de incidência do princípio da boa-fé.

Como consequência do fundamento jurídico de vedação ao abuso do direito de recorrer ser a boa-fé objetiva e por ser ela uma cláusula geral que permite abertura no antecedente e no seu consequente, viu-se que as hipóteses fáticas caracterizadoras de abuso de direito de recorrer previstas no Código de Processo Civil não são taxativas. Há, pois, um amplo espaço de configuração de abuso de direito de recorrer, bastando

que, ao exercer o direito que lhe é conferido, a parte acabe por violar os deveres de lealdade, ética, cooperação e compromisso com a verdade decorrentes do princípio da boa-fé; não é suficiente que se desrespeite uma regra processual, é preciso que este desrespeito/inobservância venha com um *plus*: a violação à boa-fé objetiva.

A partir da análise de alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça, demonstrou-se a sua importância no preenchimento do conteúdo amplo do princípio da boa-fé, enquanto norma jurídica que veda o exercício abusivo do direito de recorrer. O seu papel revela-se em dois momentos: o auxílio na identificação dos fatos fundamentais que devem ser observados no caso concreto e na determinação das consequências jurídicas que podem ser aplicadas. Vale lembrar que a aplicação de sanções efetivas, como penalidades e multas requerem a presença de previsão legal expressa.

Perceba-se, por fim, que o problema do abuso no processo é, também, uma questão de administração de justiça, na medida em que desvia a atividade jurisdicional da finalidade a que está destinada⁷⁵: prestar tutela adequada e efetiva. Evidente, pois, a necessidade de maior preocupação e desenvolvimento do tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. *Responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro*. Temas de direito processual civil. Primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência*. Revista de processo, ano 32, n. 148, jun./2007.
- CALAMANDREI, Piero. El proceso como juego. In: *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEA, 1962.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013.
- _____. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo: estudo de direito civil e de direito processual civil, com exemplo no requerimento infundado da insolvência à luz do Código de 2004*. Coimbra: Almedina, 2006.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- _____; BOMFIM, Daniela Santos. *Pareceres*. Salvador: Juspodivm, 2014.
- _____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais*. v. 03. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Da responsabilidade das partes por dano processual. In: *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

75. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro*. cit., p. 16.

- JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. Salvador: Juspodivm, 2006.
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- JOSSERAND, Louis. *L'esprit des droit et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droit*. 2 ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Abuso do exercício do direito de recorrer. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia – 1ª Parte*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- TARUFO, Michele. *Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)*. Traduzido por Lorena Miranda Santos Barreiros. Revista de Processo, ano 34, n. 177, nov/2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- ROMEU, Talita Macedo. *A proibição de comportamento contraditório aplicada ao direito processual civil*. (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012.
- THEODORO JR., Humberto. *Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro*. IN: MOREIRA, José Carlos Barbosa (org.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados*. In: *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Fredie Didier (org.). Salvador: JusPodivm, 2010.