

Apontamentos sobre o abuso do direito de demandar e seu conteúdo histórico¹

Petruska Laginski*

Resumo

O direito de demandar atualmente tornou-se garantia constitucional a todo cidadão, que, tendo direito seu lesado ou na iminência de lesão, possa postular a tutela jurisdicional, sendo a ação judicial um dos meios para reparar um dano ou evitá-lo. Uma análise da evolução da legislação pátria, acerca do abuso do direito de demandar, mostra que o surgimento do tema no Brasil, restrito a descrição da responsabilidade da parte no processo, ocorreu já no período entre a proclamação da Independência e a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973. Numa segunda fase, que vai do período entre a publicação e a entrada em vigor do Código de 1973 até a lei 8.954/94, a legislação contempla a extensão da responsabilidade aos procuradores. Finalmente, considerando até os dias atuais, a legislação faz a inserção da responsabilidade e sanção a todos aqueles que participam no processo, especialmente com as alterações processadas no CPC pela Lei 10.358 de 27/12/01. A busca de um novo modelo processual, que trate apropriadamente do tema, especialmente a questão dos recursos, penalizando aqueles que se utilizam do processo em desrespeito à realização do direito como uma promoção da pessoa humana, deve estar em consonância com o compromisso social de propiciar a todos o acesso à justiça, à celeridade no julgamento, e à efetividade da decisão final.

Palavras-chave

Abuso do direito de demandar. Deslealdade processual. Conteúdo histórico. Responsabilidade das partes e dos procuradores.

NOTES ON THE ABUSE OF THE RIGHT TO DEMAND AND ITS HISTORICAL CONTENT

Abstract

The right to the lawsuit nowadays has become a constitutional guarantee for all citizens, that having their right cheated out or in the eminence of being cheated out, are able to

* Advogada em Marília/SP; mestranda em Direito pelo UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília.

claim the jurisdictional defense. One of the ways to repair damage or at least avoid it is the judicial action. An analysis of the evolution of the native country's legislation about the abuse of the right to the lawsuit shows that the introduction of the theme in Brazil, restricted to the description of the responsibility of the party in the lawsuit, had already occurred in the period between the Independence Proclamation and the validity of the Civil Suit Code of 1973. On a second phase from the publication and validity of the 1973 code until the 8.954/94 law, the legislation contemplates the extension of the responsibility of attorneys. Finally, considering up to now, the legislation inserts the responsibility and the penalty to all those who take part in the lawsuit, especially with the alterations on the Civil Suit Code through the 10.358 law from 12/27/01.

The search for a new process model which deals with the theme appropriately, especially the appeals, punishing those who use the lawsuit to disrespect the law fulfillments as a elevation of the human being, must be in accordance with the social commitment of propitiating the access to justice for everyone, the celerity of the trial, and the effectiveness of the final decision.

Keywords

Abuse of the right to the lawsuit. Process disloyalty. Historical content. Responsibility of parties and attorneys.

NOTAS SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO A DEMANDAR Y SU CONTENIDO HISTÓRICO

Resumen

El derecho a demandar, en la actualidad, se ha convertido en garantía constitucional de todo ciudadano, quien al tener su derecho lesado o en la inminencia de lesión puede postular la tutela jurisdiccional, siendo la acción judicial uno de los medios para reparar un daño o evitarlo. Un análisis de la evolución de la legislación patria, sobre el abuso del derecho a demandar, muestra que el surgimiento del tema en Brasil, restringido a la descripción de la responsabilidad de la parte en el proceso, tuvo lugar ya en el periodo entre la proclamación de la Independencia y la entrada en vigor del Código de Proceso Civil de 1973. En una segunda fase, que va del periodo entre la publicación y la entrada en vigor del Código de 1973 hasta la ley 8.954/94, la legislación contempla la extensión de la responsabilidad a los procuradores. Finalmente, considerando hasta los días actuales, la legislación hace la inserción de la responsabilidad y la sanción a todos aquellos que participan en el proceso, especialmente con las alteraciones procesadas en el Código de Proceso Civil por la ley 10.538 de 27/12/01. La búsqueda de un nuevo modelo procesal, que trate apropiadamente el tema, especialmente la cuestión de los recursos, penalizando a aquellos que usan el proceso para desrespetar la realización del derecho, como una promoción de la persona humana, debe estar en consonancia con el compromiso social de proporcionar a todos el acceso a la justicia, a la celeridad en el juicio y a la efectividad en la decisión final.

Palabras clave

Abuso de derecho a demandar. Deslealtad procesal. Contenido histórico. Responsabilidad de las partes y de los procuradores.

1 Introdução

As disciplinas que procuram estudar a história e o conteúdo do direito sempre serviram de fundamento para a criação ou aprimoramento das instituições, seja de caráter material ou processual.

Aos estudiosos do direito torna-se regra obrigatória compreender as mudanças ocorridas nos mais diversos setores da sociedade: político, econômico, cultural e social; e os seus reflexos no mundo jurídico, para que a lei não se torne *letra morta*, distante da realidade.

O direito é, portanto, uma ciência em constante aperfeiçoamento, acompanhando, ainda que tardiamente, as necessidades da evolução do próprio ser humano. Ilustrando, deve ser citada a Constituição Federal brasileira de 1988 que, em resposta aos anseios da sociedade, reconheceu e inseriu no rol de proteção do Estado, como entidade familiar, a união entre duas pessoas, do sexo oposto, que convivem com ânimo matrimonial, além de estender o conceito de família a qualquer um dos pais e seus descendentes.

No mesmo sentido, o direito processual procura especializar suas instituições a fim de atender as necessidades daqueles que buscam, através do processo, defender a efetivação de seus direitos subjetivos.

Mas a reclamação, enquanto exigência da satisfação dos direitos subjetivos, não se transformou no direito de demandar por acaso. O crescimento populacional e o surgimento das cidades, dos Estados, o desenvolvimento do comércio e a necessidade de uniformizar os litígios, além de submetê-los a uma autoridade judiciária (inicialmente particular e posteriormente através de funcionários públicos), foram apenas um dos motivos que levaram ao desenvolvimento do processo civil, e em especial da preocupação com o abuso desse direito.

Atualmente outros fatores (proliferação de faculdades de direito sem especial atenção ao conteúdo e qualidade do currículo) comprometem a qualidade técnica dos profissionais do direito que, por conseguinte, afetam diretamente o sistema jurídico brasileiro.

Assim, o estudo da evolução histórica processual demonstra a resposta dos legisladores ao clamor da sociedade jurídica, em se estabelecerem limites ao direito de demandar ou, em outras palavras, fixarem punições ao abuso do direito de demandar.

É através deste método que construiremos o presente artigo sobre o abuso do direito de demandar e formas de punir a má-fé processual.

2 Apontamentos sobre o Abuso do Direito de Demandar

O conflito de interesses é tão antigo quanto o reconhecimento do direito subjetivo. Assim temos que o reconhecimento de um direito subjetivo impõe a uma sociedade, seja ela primitiva ou moderna, o dever de apresentar um julgador, para dirimir os conflitos surgidos em decorrência da não-observância deste direito, seja para salvaguardá-lo da ameaça de lesão ou para repará-lo.

O direito de demandar atualmente tornou-se garantia constitucional a todo cidadão, que, tendo direito seu lesado ou na iminência de lesão, possa postular a tutela jurisdicional, sendo a ação judicial um dos meios de reparar um dano ou evitá-lo. O Poder Judiciário tem um importante papel, não só na prestação da tutela jurisdicional, como também na condução do processo, tornando-o eficaz e imune a condutas reprováveis, que possam prejudicar as partes.

Dá-se o nome de litigante às partes que no processo figurem como autor, réu, exequente, executado, assistente, interveniente de toda ordem, Ministério Público e Fazenda, e por extensão os Advogados. Por sua vez, intitula-se litigante de má-fé a parte que apresente comportamento desleal,

ultrapassando os limites legais do direito de demandar, realizando as condutas previstas no art. 17 do CPC – Código de Processo Civil.

Primeiramente, em se tratando de direito de demandar, cumpre definir o conteúdo da expressão *ter um direito*.

Ter um direito, da antigüidade até a idade medieval, significava possuir determinados privilégios, que protegiam os interesses de uma classe em detrimento de outras. Assim, por exemplo, a condição de escravo não permitia que este possuísse qualquer direito em relação aos seus senhores, bem como aos súditos não eram conferidos direitos como: a preservação da propriedade privada e a proibição do confisco.

O direito era estabelecido verticalmente, ou seja, conferido segundo os interesses da classe dominante. Exemplo desta situação é passagem comentada por Cristiano Paixão Araújo Pinto, ao falar sobre os direitos na sociedade do oriente antigo e o Código de Ur-Nammur:

A organização da sociedade segue os padrões já estabelecidos no Código de Ur-Nammur. Assim, há um estrato de homens livres, uma camada de homens dotados de personalidade jurídica, mas com liberdade limitada (pode-se chamá-los “subalternos”) e uma parcela de escravos (equiparados

a um bem móvel). Não é difícil concluir que o Código dará um tratamento diferenciado a cada um desses segmentos: “Por exemplo, aquele que, espancando a filha de um homem livre, faz com que ela aborte, pagará uma indenização de 10 ciclos de prata; se tratar da filha de um subalterno, 5 ciclos; de um escravo, apenas 2” (PINTO apud AYMARD, 2003, p.49-50).

Igual descrição, relativa ao conceito de direito como privilégios, apresenta Bobbio:

No estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos Cidadãos (BOBBIO, 1992, p.61).

Já Faoro, ao comentar as Ordenações do Reino de Portugal, na sua vigência também incidentes no Brasil, denota a relação de verticalidade:

As Ordenações não regulam, não disciplinam, relações jurídicas individuais, tendo em conta a harmonia dos interesses que pugna. O direito se dirigia ao delegado real, ao agente do soberano, e daí se projetava ao indivíduo, instrumento de desígnios superiores, vigiado de cima, do alto, sem autonomia moral e sem incolu-

midade jurídica (FAORO, 2001, p.85).

Esta relação de verticalidade existente no conceito de direito antigo, a partir do séc. XVIII, torna-se uma relação de horizontalidade, pois estabelece os direitos como universais e recíprocos, contrariando a hierarquia de grupos.

Ter um direito, a partir de então, é possuir uma faculdade ou um poder que o direito objetivo confere à pessoa, frente a outras, de modo universal e recíproco. É a liberdade de uma pessoa, coexistindo com a liberdade de outra pessoa, ambas conferidas pelo direito objetivo.

Esta é a base da doutrina kantiana do Direito, derivada da máxima:

o Direito é o conjunto das condições, por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de um outro, segundo uma lei universal da liberdade (BOBBIO, 1997, p.70).

Neste conceito kantiano encontramos o fundamento dos requisitos para se *ter um direito*, ou seja, a universalidade e a reciprocidade. O Direito, portanto, é o limite da coexistência entre os arbítrios ou as liberdades (direitos), ou o *Direito*

[...] é o que possibilita a livre coexistência dos homens, a coexistência em nome da liberdade, porque somente onde a liberdade é limitada, a liberdade

de um não se transforma numa não-
liberdade para os outros, e cada um
pode usufruir da liberdade que lhe é
concedida pelo direito de todos os ou-
tros de usufruir de uma liberdade igual
à dele (BOBBIO, 1997, p.71).

Assim, a pessoa que possui o di-
reito, na verdade, gera a outra pessoa
ou ao Estado, o dever, a obrigação de
respeitá-lo. Este dever pode apresentar-
se por distintas formas: como um de-
ver de abster-se de determinada
conduta, ou como uma obrigação de
fazer algo.

Mas, também, existe posiciona-
mento diferenciado, como pode ser ob-
servado no pensamento de Michael
Freeman:

Igualmente controversa é a idéia de
"direitos". A palavra "direitos" na
língua inglesa está associada à pala-
vra "correto". Alguma coisa é "direi-
ta" se é correta ou verdadeira. Uma
ação é – moralmente falando –, di-
reita se for requerida ou, pelo menos,
permitida pela moralidade. A passa-
gem de "direito" para "direitos" é,
contudo, arrojada e controversa. Pro-
vavelmente, todas as culturas têm
concepção de certo e errado, mas o
conceito de "direitos" é moderno e
ocidental. Ações ou políticas são cer-
tas ou erradas, mas pessoas têm di-
reitos. A linguagem dos direitos é
possessiva. Alguns filósofos rejeitam
esse traço possessivo do conceito de
"direitos". As pessoas não têm di-
reitos do mesmo modo como têm ca-

beças. Diz-se que os direitos são, por-
tanto, místicos. Podemos, certos o-
positores admitem, ter direitos legais,
mas eles derivam de sistemas legais
particulares, e não são universais.
Além disso, muitas culturas do mun-
do estão firmadas em deveres, e não
em direitos, e, mesmo no Ocidente,
são muitos os que argumentam que
a ênfase nos direitos, e não nos deve-
res, conduz a uma sociedade egoísta
e desordenada. Para essas objeções,
existem duas respostas simples. Pri-
meiro, dizer que uma pessoa tem um
direito não é reivindicar que esteja
de posse de alguma "coisa" metafísi-
ca estranha. É dizer que, de acordo
com uma norma ética que estamos
invocando, as pessoas têm, moral-
mente, direito a alguma coisa, e que
alguém tem a obrigação de provê-la.
Por exemplo, se dizemos que toda
criança tem direito a cuidado físico e
emocional, estamos reivindicando
que as crianças têm, moralmente, o
direito àquele cuidado, e que alguém
é obrigado a provê-lo. Essa descrição
do que são direitos mostra que o de-
bate direitos x deveres é falso. A lin-
guagem dos direitos nunca é um
complexo discurso moral, e sempre
requer um relato correspondente dos
deveres (FREEMAN, 2001, p.91-
92).

Em se tratando de direito de de-
mandar, é um direito porque universal
ou pertencente a todos e, também, recí-
proco enquanto visto sob três aspectos: a)
confere igual direito à parte contrária,
exercido através da reconvenção e em al-
gumas hipóteses de ações incidentais; b)

estabelece que para todo direito de de-
mandar seja assegurado o direito da am-
pla defesa; c) determina sanções ao abuso
do direito de demandar;

Não se pode deixar de lembrar
que o direito de demandar gera ao Es-
tado o dever de respeito ao acesso à jus-
tiça, além da fiscalização e punição pelo
abuso.

A relação de universalidade e re-
ciprocidade entre as partes no processo
não parece, neste momento, apresentar
maiores complicações.

Mas ao conferir legitimidade para
reconhecer e aplicar sanção ao abuso do
direito de demandar, o legislador em
verdade chamou para o Estado a res-
ponsabilidade de punir aqueles que pas-
saram a utilizar-se do processo, além de
um instrumento de exercício legítimo
do direito de demandar, como um me-
canismo para impedir, protelar, emba-
raçar ou desobrigar o cumprimento de
uma provável sentença condenatória.

Tal qual o instituto da revelia, a
condenação ao abuso do direito de de-
mandar surgiu como evolução do estu-
do jurídico para garantir a prestação da
tutela jurisdicional, bem como a lisura
no processo judicial.

O longo caminho percorrido pela
legislação brasileira, quando diz res-
peito à matéria sobre o direito de de-
mandar, constata a preocupação em se

criarem mecanismos para punir não só
a conduta abusiva das partes, mas tam-
bém dos advogados e atualmente de to-
dos os que participam do processo: entre
eles oficiais, magistrados, escrivões e
peritos. Por isto, na seqüência serão
analisados os aspectos históricos que
resultaram na forma como é concebido
atualmente o direito de demandar. Com
isto será mais fácil compreender a sis-
temática envolvida no processo como
um todo e poder indicar eventuais pon-
tos frágeis e passíveis de abuso, objeti-
vando a coerência do sistema.

3 Breve Conteúdo Histórico

A evolução da legislação pátria
acerca do abuso do direito de deman-
dar é nitidamente marcada por três fa-
ses distintas: 1) surgimento do tema no
Brasil, restrito à descrição da responsa-
bilidade da parte no processo, ou pe-
ríodo entre a proclamação da Independência e a entrada em vigor do Código
de Processo Civil de 1973; 2) extensão
da responsabilidade aos procuradores,
ou o período entre a publicação e en-
trada em vigor do Código de 1973 até
a lei 8.954/94; e, finalmente 3) período
entre a entrada em vigor da lei 8.954/
94 até os dias atuais, com a inserção,
na legislação, da responsabilidade e san-
ção a todos aqueles que participam no
processo, especialmente com as altera-

ções processadas no CPC pela Lei 10.358 de 27/12/01.

3.1 Surgimento do tema: a responsabilidade exclusiva da parte

O Brasil, no período imediato à proclamação da independência, não possuía condições de produzir normas próprias para reger o país. Ainda imerso na forte influência do pensamento jurídico português, não restou outra alternativa que a de adotar inicialmente as normas portuguesas até então vigentes, no que não contrariasse a soberania nacional, além do que fosse disposto na Constituição de então.

Assim, por força de um decreto, de 20 de outubro de 1823, da Assembléia Geral Constituinte, as leis até então vigentes, inclusive no tocante ao processo civil, promulgadas em Portugal ou no Rio de Janeiro pelos reis portugueses, continuaram a vigorar no Brasil (SANTOS, 1997, p.52).

Somente em 25/11/1850 foi promulgado o Código Comercial, destinado a regular as atividades comerciais, e que, embora vigorasse conjuntamente com as Ordenações Filipinas, apresentava algumas disposições sobre a matéria processual, como simplificação dos atos processuais, redução de prazos e melhor disciplina dos recursos.

Desde a aprovação do Código Comercial até 1939, as disposições criadas para punir o abuso do direito de demandar não deixaram de retratar uma certa preocupação com a malícia processual, embora muito mais no sentido de se introduzir a teoria da probidade processual, do que efetivamente procurar responsabilizar o litigante de má-fé. Por este fato, a matéria permaneceu dispersa em vários capítulos da legislação que se seguiu, seja nos códigos estaduais de processo ou na consolidação das leis referentes à Justiça Federal de 1989, sem entretanto, utilização prática.

Bevilaqua (1956, p.281; LEÃO, 1982, p.26) ao comentar o art. 100, do Código Civil de 1917, admitiu a entrada da teoria que condenava o abuso do direito de demandar no Brasil.

Somente com a revolução de 1930, demonstrou-se o propósito de uma revisão geral das leis do país, que já não mais atendiam aos anseios da nação, instalando-se em 1934 a Assembléia Constituinte que elaborou uma nova Constituição para a República, fortemente influenciada pela cultura francesa e italiana.

Com a Constituição de 1934, por força do art. 11 das Disposições Transitórias, passou-se a organizar um projeto de Código de Processo Civil e Comercial. Vale lembrar que, até 1939, data do novo Código, havia jurisdições separadas para as áreas cível e comercial.

Entretanto, por ocasião da conclusão do projeto, o país sofreu o golpe de 1937 (o chamado Estado Novo), com a outorga de uma Carta Constitucional que, mantendo a *unidade do direito processual*, estabeleceu também a *unidade da justiça comum*, com a supressão da Justiça Federal.

Em atendimento aos preceitos da Carta, o Ministro Francisco Campos encarregou uma comissão para oferecer um projeto do Código de Processo Civil. Mas em meio à turbulência entre os seus membros, quanto às diretrizes a serem imprimidas ao estatuto, resultou o trabalho em separado de Pedro Batista Martins, erigido em projeto oficial, dado à publicação em 04 de fevereiro de 1939, para receber sugestões.

O projeto recebeu várias críticas, sendo as objeções especialmente dirigidas ao princípio autoritário que o orientava, conseqüência também de uma política autoritária, imposta ao país, em pleno regime ditatorial, de tão dolorosa recordação.

Em 18 de setembro de 1939, acolhidas algumas críticas, foi aprovado o Código, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1940.

Não obstante tais circunstâncias, na sua elaboração, o Código de 1939 adotou doutrinas modernas, tomando o processo como instrumento do Estado no

desempenho da função jurisdicional, e norteado pelos princípios da oralidade, da publicidade, do dispositivo e do princípio do juiz ativo.

Mas, por outro lado, apresentava muitos e reconhecidos defeitos, especialmente no concernente aos processos especiais, aos recursos e à execução.

Pode-se dizer que o país atravessou, nessa fase, uma grande crise de processo e de justiça, reflexo da política do período, que trouxe normas pouco precisas, sem grandes resultados práticos.

Alcides Mendonça de Lima leciona que o:

Código de Processo Civil de 1939, vigente até 31 de dezembro de 1973, foi o primeiro diploma nosso que traçou regras em torno do "princípio da probidade" que, evidentemente, abrange a vedação do "abuso do direito de demandar" (1980, p.57-66).

Na vigência do CPC de 1939, a figura do litigante de má-fé ou da lide temerária estava especificamente disciplinada em seu art. 3º e 63. Entretanto, outros dispositivos internos ao código também tiveram a finalidade de conter o abuso do direito de demandar.

O artigo 3º formava a base da matéria: "Art. 3º – Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por mero capricho, emulação ou erro grosseiro."