

# NOVOS DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

ATAS DAS II JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS  
DE RESPONSABILIDADE CIVIL

COORDENADORES

MAFALDA MIRANDA BARBOSA • NELSON ROSENVALD • FRANCISCO MUNIZ





I



J

O presente livro foi realizado no âmbito das actividades da Área de Investigação “Risco, Transparência e Litigiosidade”, integrada no projecto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito: Pluralidade | Vulnerabilidade | Indecidibilidade” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UID/DIR/04643/2019).

#### EDIÇÃO

Instituto Jurídico  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

#### CONCEPÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

#### CONTACTOS

[institutojuridico@fd.uc.pt](mailto:institutojuridico@fd.uc.pt)  
[www.ij.fd.uc.pt](http://www.ij.fd.uc.pt)  
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

#### ISBN

978-989-8891-56-3

#### DEPÓSITO LEGAL

XXX

© JUNHO 2019

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**NOVOS DESAFIOS  
DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

ATAS DAS II JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS  
DE RESPONSABILIDADE CIVIL

COORDENADORES

MAFALDA MIRANDA BARBOSA · NELSON ROSENVALD · FRANCISCO MUNIZ

## ÍNDICE

Nota Introdutória.....	ix
RESSARCIMENTO DOS DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS NO CONFRONTO ENTRE OS SISTEMAS DE <i>COMMON LAW</i> E CONTINENTAIS .....	1
Adelaide Menezes Leitão	
A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO PROSPETO.....	11
Alexandre de Soveral Martins	
A ILICITUDE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DEMAIS ENTIDADES PÚBLICAS: NOTAS ESPARSAS SOBRE O PROBLEMA DA FRUSTRAÇÃO DA CONFIANÇA .....	27
Ana Raquel Gonçalves Moniz	
DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS.....	39
António Barreto Menezes Cordeiro	

ERRO-VÍCIO CULPOSO E A FORMAÇÃO DA VONTADE NAS PESSOAS COLETIVAS.....	55
Diogo Costa Gonçalves	
ALGUMAS QUESTÕES EM TORNO DO ILÍCITO POR OFENSA AO CRÉDITO E AO BOM NOME. O ARTIGO 484.º DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS .....	69
Filipe de Albuquerque Matos	
ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL. UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS ORDENAMENTOS LUSO- -BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO .....	103
Francisco Muniz	
DAS FUNÇÕES RECONSTITUTIVA E PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. PROPOSTA DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS .....	121
Henrique Sousa Antunes	
ALGUMAS NOTAS SOBRE A PROBLEMÁTICA DE DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS EM SEDE DE RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ..	145
Hong Cheng Leong	
<i>RELIANCE</i> : EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS SOCIAIS COM BASE NA CONFIANÇA DEPOSITADA NA INFORMAÇÃO RECEBIDA (V. 2.0) .....	165
José Ferreira Gomes	
RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS: À DESCOBERTA DA ILICITUDE.....	201
Karenina Tito	
ENTRE A ILICITUDE E O DANO .....	219
Mafalda Miranda Barbosa	
A NOTAÇÃO DE RISCO E A PROTECÇÃO DOS INVESTIDORES. UM DESAFIO AO DIREITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	269
Manuel Carneiro da Frada	

AS FRONTEIRAS ENTRE A RESTITUIÇÃO DO LUCRO ILÍCITO E O ENRIQUECIMENTO POR INTROMISSÃO .....	277
Nelson Rosenvald	
DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO PELO INTERESSE POSITIVO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO .....	317
Pablo Malheiros da Cunha Frota	
RESPONSABILIDADE CIVIL E PRESCRIÇÃO.....	357
Pedro Pais de Vasconcelos	
RESPONSABILIDADE COMERCIAL — PRIMEIRA QUESTÃO.....	379
Pedro Leitão Pais de Vasconcelos	
REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROVEDORES PELO CONTEÚDO POSTADO POR USUÁRIOS NA INTERNET .....	401
Rafael de Freitas Valle Dresch	
ALGUNS DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES E AS REDES SOCIAIS .....	415
Renata Vilela Multedo	

## NOTA INTRODUTÓRIA

Nos dias 8 e 9 de novembro de 2018, realizaram-se as II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil. Esta segunda edição de um evento que começa a marcar anualmente a vida académica dos dois países teve como mote a ilicitude, os danos puramente patrimoniais e os novos desafios da responsabilidade civil. Foram muitas as questões analisadas e profundo o debate que se estabeleceu entre todos os participantes. A obra que agora se dá à estampa congrega algumas das intervenções que tiveram lugar no referido congresso. O seu objetivo é, por isso, claro: registar para memória futura um momento privilegiado de partilha de experiências judicativas e doutrinárias entre Portugal e o Brasil, em matéria de responsabilidade civil.

Os coordenadores

Mafalda Miranda Barbosa | Nelson Rosenvald | Francisco Muniz

Janeiro de 2019



# ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL

UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS ORDENAMENTOS  
LUSO-BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO

FRANCISCO MUNIZ

## 1. Sintetização da problemática e delineamento do percurso da investigação: a edificação de relações de responsabilidade civil extracontratual no contexto do exercício abusivo do direito de ação

Não é recente a discussão acerca da natureza do direito de ação, seu conteúdo e limites. A plurivocidade do conceito de “ação”, bem como os questionamentos da acurácia técnico-dogmática da correlata expressão “direito de ação”<sup>1</sup> e a defesa do uso de terminologia distinta em sua substituição<sup>2</sup>, decorrem dos distintos pressupostos gnoseoló-

---

<sup>1</sup> Para Pontes de Miranda, deve-se evitar a expressão “direito de ação”, a qual ensejaria uma confusão entre ação e a ligação dela ao direito. Não existiria direito à pretensão ou direito à ação. A pretensão de que é dotado o direito subjetivo possui diversos elementos, dentre os quais a “ação”, compreendida como o remédio jurídico processual. A ação seria, assim, inerente ao direito e um dever correspondente ao Estado, desde que arvorou para si a tutela jurídica e a realização da justiça. Cf. Pontes de MIRANDA, *Tratado das ações*, t. I, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo: RT, 1972, 116.

<sup>2</sup> Nogueira defende a utilização da expressão “Direito fundamental à jurisdição”, pois evitaria confusão terminológica com as distintas acepções do significante “ação”: ação em sentido material, no sentido processual, etc. Cf. Pedro Henrique Pedrosa NOGUEIRA, *Teoria da ação de direito material*, Salvador: JusPodivm, 2008, 45 e s.

gicos que sejam estabelecidos para a compreensão dos citados termos, do contexto e das finalidades a que se destinam o seu uso.

A multiplicidade de conteúdos encerrados no que se compreende por direito de ação<sup>3</sup> e a historicidade<sup>4</sup> das distintas construções conceituais impõem a delimitação previa do significado utilizado e, por conseguinte, a fixação das premissas tomadas por ponto de partida de um estudo que vise analisar as possíveis consequências do seu exercício abusivo, especificamente nas hipóteses que o abuso implica danos a partir dos quais se possa pensar na edificação de uma responsabilidade civil.

Na tradição jurídica luso-brasileira, o direito de ação pode ser extraído do direito de acesso à justiça<sup>5</sup>, que possui uma dimensão prestacional mais ampla e engloba diversos deveres para o Estado (*e. g.*, garantir a razoável duração do processo, o patrocínio judiciário gratuito, etc.)<sup>6</sup>. Também o direito de acesso à justiça pode ser considerado contingente e deve ser compreendido a partir dos diversos influxos (sociais, econômicos, etc.) que norteiam a contínua cons-

<sup>3</sup> Paula Costa e SILVA, *Acto e Processo: O Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 150.

<sup>4</sup> Calmon de Passos, na década de 60 do Século xx, ressaltava a historicidade do conceito de direito de ação, ao aderir à conclusão de Riccardo Orestano, para quem apenas com referência a um ordenamento concreto seria possível determiná-lo. Cf. J. J. Calmon de PASSOS, *A ação no direito processual civil brasileiro*, Salvador: Jus Podivm, 2014, 27. A concepção porosa do direito de ação pode ser evidenciada pelas inúmeras conceituações extraídas em distintos contextos históricos e quadrantes jurídicos diversos. Para uma ilustração da miríade de concepções que podem ser observadas, vide os entendimentos colacionados em: João de Castro MENDES, *O direito de ação judicial: estudo de processo civil*, Lisboa: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1957, 12-14. Décadas depois da publicação da obra de Mendes, ainda frisava Antunes Varela que o tema permanecia controverso, cf. João de Matos Antunes VARELA, “O direito de ação e a sua natureza jurídica”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 3824 (1993) 325-326. Ao tratar do direito de ação, limitar-se-á neste trabalho a apresentar as compreensões necessárias ao desenvolvimento da problemática, por ser impossível neste tipo de trabalho apresentar e tratar de uma lista exaustiva de autores que desenvolveram a questão. Nesse mesmo sentido desenvolveu Luigi Paolo COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova: Cedam, 1970, 44.

<sup>5</sup> Acesso à justiça compreendido como a síntese da garantia de acesso aos tribunais e ao direito, prevista no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Nesse sentido: Ronnie Preuss DUARTE, *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 19. No Brasil, o direito de acesso à justiça pode ser inferido do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no artigo 5.º, xxxv, da Constituição Federal (CF).

<sup>6</sup> J. J. MENDONÇA / Florentino dos SANTOS, *Acesso equitativo ao direito e à justiça*, Coimbra: Almedina, 2016, 166.

trução dos ordenamentos jurídicos<sup>7</sup> e umbilicalmente vinculado à intencionalidade normativa<sup>8</sup> que cada sistema de direito visa proteger.

Parte-se, portanto, da noção de que o direito de ação consubstancia o exercício concreto do direito de acesso à justiça e decorre da solicitação de uma providência estatal para a resolução de uma controvérsia e atribuição de uma determinada tutela, com a devida observância dos predicados impostos pelo ordenamento jurídico para a entrega de uma solução justa (no contexto luso-brasileiro, podem ser exemplificados o direito a um processo sem dilações indevidas, ao contraditório efetivo, etc.).

O direito de acesso à justiça é um “direito processual fundamental”<sup>9</sup> intimamente vinculado à proteção do sentido do direito enquanto direito, à tutela da pessoa e toda a carga axiológica a ela conferida, bem como à garantia da efetividade dos direitos de que dispõem a pessoa, uma vez que é o recurso ao Poder Judiciário, em um cenário de vedação da autotutela, que poderá resguardá-los<sup>10</sup>.

Se a salvaguarda do acesso ao direito e aos tribunais foi um objetivo político inserido no contexto da consolidação dos direitos humanos no século xx, um grande dilema dos ordenamentos jurídicos no século xxi é reafirmar o direito de acesso à justiça e, ao mesmo tempo, apresentar respostas ao seu uso abusivo em um cenário de aumento exponencial do número de litígios judiciais, que traz consigo uma crescente intolerância à utilização desarrazoada do direito de ação<sup>11</sup>.

A consolidação dos direitos processuais fundamentais se deu concomitantemente a um crescente aumento no volume de litigância<sup>12</sup>, fenômeno que abrange países com distintos níveis de desenvol-

<sup>7</sup> J. J. MENDONÇA / Florentino dos SANTOS, *Acesso equitativo ao direito e à justiça*, 388.

<sup>8</sup> “a intenção normativa é, portanto, uma exigência que se funda em valores e que uma comunidade histórico-socialmente concreta pretende que se realize na prática”, cf. leciona Fernando José BRONZE, *Lições de introdução ao Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 173.

<sup>9</sup> A expressão colhida em J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2003, 446.

<sup>10</sup> Ronnie Preuss DUARTE, *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*, 87.

<sup>11</sup> “The current litigation explosion places an increasingly intolerable burden on the nation’s courts.” (Milton HANDLER / Richard A. De SEVO, “The Noerr Doctrine and it’s sham exception”, *Cardoso Law Review* 6 (1984) 54.

<sup>12</sup> O fenômeno da explosão dos números de litígios judiciais não decorre, entretanto, de uma pueril conclusão de que as sociedades contemporâneas se tornaram consciente de seus direitos e as pessoas passaram a exercer o direito de ação com maior intensidade. Referindo-se especificamente ao caso norte-americano, Ol-

vimento e que muitas vezes se veem igualmente assolados com a utilização desmedida do sistema judicial, a exemplo de Portugal, Brasil e Estados Unidos<sup>13</sup>. Neste cenário contemporâneo, caracterizado por sociedades cuja população está mais consciente dos direitos de que dispõe e nas quais os tribunais judiciais são vistos como a principal (e praticamente exclusiva) forma de se alcançar justiça<sup>14</sup>, surgem os “litigantes frívolos”<sup>15</sup>, a aforar ações inúteis e ações que, ainda que possuam utilidade para o autor, extrapolam os limites da litigância responsável por descuidar a teleonomologia<sup>16</sup> do direito de ação e pro-

---

son elenca uma miríade de interesses concorreram para que o sistema jurídico fosse moldado para incentivar o aumento da litigiosidade, ao concluir que “America did not begin litigating more and harder because its population suddenly took into its head to become more contentious. We got more lawsuits because those who shaped our legal system wanted more lawsuits. The American litigation explosion was no enigmatic Big Bang from out of a void. It had a long, traceable fuse.” (Walter K. OLSON, *Litigation explosion: what happened when America unleashed the lawsuit*, New York: Truman Talley Books Dutton, 1991, 5).

<sup>13</sup> Miguel Carlos Teixeira PATRÍCIO, *Análise econômica da litigância*, Coimbra: Almedina, 2005, 156.

<sup>14</sup> Por evidente, não se descarta da existência de particularidades e tendências que fogem a esta regra geral. Nos EUA, por exemplo, apesar do elevado número de litigância em números proporcionais e absolutos, a limitação do acesso à justiça no que tange a um largo espectro de direitos é um fenômeno que provocou, *v. g.*, a diminuição do número de ações coletivas relativas a direitos civis (como casos de discriminação relacionadas a vínculos trabalhistas) em mais de 95%, cf. Sarah STASZAK, *No day in court: access to justice and the politics of judicial retrenchment*, New York: Oxford University Press, 2015, 18. A mesma *Scholar* da Universidade de Harvard (p. 8-9) afirma que um conjunto de fatores levaram à limitação do acesso à justiça: o desenvolvimento e proliferação de práticas de soluções alternativas de litígios, mudanças nas regras processuais sobre as ações coletivas e sobre julgamentos sumários e acordos, o crescimento das agências estatais de regulação, esforços para proteger grupos de indivíduos ou atores governamentais de serem processados (imunidades qualificadas), o uso da 11.<sup>a</sup> Emenda para proteger Estados de serem processados na suas próprias cortes, a limitação dos remédios legais que incentivam a busca por um procedimento judicial, diminuição de honorários sucumbenciais, danos punitivos, e tentativas de limitar a jurisdição das cortes para ouvir determinadas demandas ou estabelecer novos remédios nos termos da lei, entre outras medidas.

<sup>15</sup> “A *litigância frívola* pode ser definida como a litigância com baixa probabilidade de êxito provocada pelo queixoso. Este, qual *improbis litigator*, decide levar a questão a Tribunal mesmo apercebendo-se de que o valor que irá obter é inferior aos custos que terá que suportar (supondo-se, naturalmente, que esses custos não são em tal montante que até um *litigante legítimo* se veja nesta situação...)”, cf. Miguel Carlos Teixeira PATRÍCIO, *Análise econômica da litigância*, 63.

<sup>16</sup> Expressão trabalhada por Fernando José Bronze e descrita como “um teleologismo de fins e de valores”, conforme síntese de Linhares em José Manuel Aroso LINHARES, “Juízo ou decisão? Uma interrogação condutora no(s) mapa(s) do

vocar consequências ilícitas.

À semelhança da generalidade dos direitos, o direito de ação possui limites ao seu manejo, cuja transposição leva o sujeito ao terreno da ilicitude<sup>17</sup>. Não se confunde, entretanto, delinear os limites e formas de concretizar o seu exercício legítimo com a estipulação de um dever de não propor ações ou de não sucumbir após a propositura de uma demanda perante os tribunais<sup>18</sup>: é da definição das possibilidades e dos pressupostos para a responsabilidade civil por ilícitos que decorrem do manejo abusivo do direito de ação como um instrumento para causar danos<sup>19</sup>.

Buscar-se-á, em síntese, responder na presente investigação ao seguinte questionamento: quais as possíveis respostas que o direito da responsabilidade civil dos ordenamentos jurídicos de Portugal, do

---

discurso jurídico contemporâneo”, in Fernando José BRONZE *et al.*, coord., *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, 233.

<sup>17</sup> Por todos, vide: Pedro de ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má-fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Coimbra: Almedina, 2006, 67.

<sup>18</sup> É oportuno, neste ponto, o alerta de Dinamarco: “as situações concretas devem ser interpretadas com sensata razoabilidade, de modo a evitar a repressão a condutas que somente revelem astúcia ou espírito de luta, sem transbordar para o campo do excesso. Como em todo combate, reprimem-se os golpes baixos mas sem golpes não há combate. Golpes leais não são reprimidos porque fazem parte de jogo.” (Cândido Rangel DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, 6.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2009, 274). Descabido, portanto, considerar a arena processual um espaço de luta livre, conforme também pontuou Stoco (ainda que, conforme se verá neste trabalho, com uma visão mais estreita sobre o que se poderá considerar um exercício abusivo do direito de ação): “Não se pode conceber que o indivíduo que arrasta outro a uma demanda da qual estava incontestavelmente livre deva eximir-se ao ressarcimento dos prejuízos que lhe causou. Nem se diga, empregando o argumento por nós acima exposto, que tal fato deriva da própria natureza humana, que não pode à primeira vista distinguir o justo do injusto; a nossa hipótese é de um direito incontestável aos olhos de toda gente até mesmo daquele que tem a vista obscurecida pelo próprio interesse.” (Rui STOCO, *Abuso do direito e má-fé processual*, São Paulo: RT, 2002, 145).

<sup>19</sup> Não se olvida a existência das hipóteses em que o direito de ação implica a incidência das normas gerais de responsabilidade civil, denominadas por Menezes Cordeiro de responsabilidade pela ação ou culpa *in agendo* (António Menezes CORDEIRO, *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”*, Coimbra: Almedina, 2014, 150). O autor (*ibid.*, 200) assevera que estas hipóteses de culpa *in agendo* estão geralmente ligadas às situações em que o ilícito perpetrado a partir do processo emanem efeitos para além dos autos onde se verifique o problema. Limita-se, entretanto, o escopo do presente trabalho ao estudo da modalidade de ilicitude configurada a partir do abuso de direito e suas possíveis implicações no âmbito da responsabilidade civil.

Brasil e de países que adotam sistemas de inspiração inglesa (*Common Law*) apresentam para a hipótese em que o exercício do direito de ação causa danos aos demandados e/ou a terceiros?

O percurso a ser desenvolvido até a apresentação das conclusões formuladas para o problema apresentado passa, primeiramente, pelo delineamento da origem e pressupostos do conceito de direito de ação, bem como do seu sentido e limites de seu exercício regular. Em razão dos limites objetivos e espaciais da presente investigação, não se adentrará nos pormenores das distintas concepções existentes acerca dos conceitos de direito de ação e de abuso de direito (para uma análise mais aprofundada das problemáticas inerentes a cada um dos termos, bem como uma análise crítica de cada um deles, remete-se o leitor para as obras referenciadas de maior fôlego ao longo do presente trabalho), mas se buscará apresentar os pressupostos que nos levam a adotar as concepções defendidas.

Em seguida, apresentar-se-á a compreensão do abuso do direito nos países que adotam o sistema da *Common Law*, bem como algumas hipóteses que podem ser consideradas uma expressão de abuso de direito de ação naquele sistema: *malicious prosecution* e *abuse of process*.

Por fim, buscar-se-á evidenciar a existência de um problema comum aos distintos ordenamentos jurídicos investigados (o abuso do direito de ação), cujas respostas partem de fundamentos semelhantes: a necessidade de se resguardar a teleonomologia do direito de acesso à justiça.

## 2. Da compreensão do conceito de direito de ação à configuração de seu exercício abusivo no direito luso-brasileiro

Delimitar o direito de ação como a possibilidade de se buscar uma tutela jurisdicional dotada de predicados necessários à atribuição de uma decisão justa acerca de uma pretensão implica concluir que a existência de direito material não é pressuposto da existência do direito de ação<sup>20</sup>; seu exercício legítimo encontra-se, entretanto, vinculado à observância da finalidade e sentido do processo, bem como aos

---

<sup>20</sup> J. J. Calmon de PASSOS, *A ação no direito processual civil brasileiro*, 20. Em Portugal, no mesmo sentido, Lebre de Freitas entende que “é hoje pacificamente entendido como um direito público totalmente independente da existência da situação jurídica para a qual se pede a tutela judiciária, afirmando-se como existente ainda que ela na realidade não exista, a afirmação basta à existência do processo com o consequente direito à emissão de sentença.” (José Lebre de FREITAS, *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, 79).

valores fundamentais do sistema jurídico, configurando-se um poder correlacionado a diversos deveres jurídicos<sup>21</sup>.

Para se compreender os limites do direito de ação, o seu sentido deve ser cotejado com o sentido da responsabilidade civil que possa a ele ser vinculado, em decorrência do exercício ilegítimo do direito de propor uma demanda em juízo. Distinguir, na esteira do pensamento de Hannah Arendt e do pensamento capitaneado por Castanheira Neves, entre o objetivo, ou seja, a serventia que é dada a determinado instituto jurídico (“para que” serve), e o seu sentido, aquele que atribui significância dignificante a algo (“em nome de quê”), possui a importância de demarcar os pressupostos ético-axiológicos de um dado instituto jurídico e evitar que ele seja atirado em uma cadeia de utilidades desprovida de um princípio último<sup>22</sup>, apartado da intencionalidade que o informa e que lhe apresenta um sentido do direito enquanto direito<sup>23</sup>. O abuso será verificado, por conseguinte, quando o exercício de um direito se encontre em dissonância com o seu sentido e colida com os princípios normativos do direito enquanto direito<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> João de Matos Antunes VARELA, “O direito de acção e a sua natureza jurídica”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 125/3824-3826-3831 (1993) 317.

<sup>22</sup> Acerca dos problemas de um paradigma utilitarista de compreensão dos meios e fins das ações humanas desprovidos de um princípio justificante: Hannah ARENDT, *The human condition*, Chicago: University of Chicago Press, 1998, 153-154.

<sup>23</sup> Acerca da perquirição do sentido do direito, colhem-se as lições de Pinto Bronze, a partir do pensamento de Castanheira Neves, que, assim como Hannah Arendt, também atribui à concepção de sentido um viés axiológico: “...sentido é diferente da mera descrição de um fenómeno porque o sentido tem imediatamente a ver com o homem, toca-o interpelantemente, impondo-lhe a assunção de um compromisso com os outros e com as coisas. (...) um sentido não é susceptível de ser considerado empírico-analiticamente (não pode descrever-se na sua mera objectividade), pois só se compreende prático-intencionalmente...” (Fernando José BRONZE, *Lições de introdução ao Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 149) e continua adiante: “uma ordem de direito não é apenas uma ordem com a estrutura, as funções, as notas caracterizadoras e os efeitos que analisámos. Tem também um sentido que importa compreender. E um sentido, já o sabemos, só pode ser compreendido num universo significante. De modo que a pergunta para nós circunstancialmente decisiva deve formular-se assim: o que é que, no universo de valores por mediação dos quais nos compreendemos uns aos outros como sujeitos éticos, é então o direito?” (*ibid.*, 153). É, pois, o sentido do direito, denominado por Castanheira Neves de “princípio normativo”, lastreado em sua axiológica validade fundamentante (*ibid.*, 463). Nas palavras do próprio C. Neves: “o primeiro sentido da ideia de direito é, certamente, o do respeito incondicional da pessoa humana (...) ser pessoa é ser sujeito de direito e o direito só pode sê-lo de pessoas.” (A. Castanheira NEVES, “O papel do jurista no nosso tempo”, in *Digesta*, vol. 1, Coimbra Editora, 1995, 40).

<sup>24</sup> Mafalda Miranda BARBOSA, *Estudos de teoria geral do direito civil*, Lisboa: Principia, 2017, p. 131. Nos dizeres de Barbosa (ob. cit., p. 122) “O abuso do di-

Pautados na reafirmação da personalidade<sup>25</sup>, na consideração de que responsabilizar alguém significa considerá-lo como pessoa, e não como objeto, os conceitos de liberdade e responsabilidade estão intrinsecamente ligados à configuração da dignidade da pessoa humana<sup>26</sup> e à teleonomologia da responsabilidade civil<sup>27</sup>, instituto este que busca evitar que os desígnios de uma pessoa sejam realizados às custas do sacrifício injustificado de outrem<sup>28</sup>.

Não se há de falar, pois, em liberdade de exercício de direito de ação sem a correlata responsabilidade por todos os danos que podem ser causados em decorrência do manejo de direitos processuais, sejam culposas ou dolosas as condutas: dissociar a íntima relação entre a responsabilidade e a liberdade implicaria macular o substrato comum ao sentido que norteia a responsabilidade civil e o direito fundamental de acesso à justiça, que é resguardar a pessoa humana e os direitos que lhe são inerentes.

No direito português, a vedação ao abuso de direito está consagrada<sup>29</sup> no artigo 334.º do Código Civil e pode ser exprimido como o exercício do direito que respeita a estrutura formal do texto da lei,

---

reito configura-se, assim, como uma contradição entre os dois polos que entretencem o direito subjetivo. A sua estrutura formal reconhecida pelo ordenamento jurídico e o fundamento normativo que integra esse mesmo direito e lhe confere materialidade devem estar em conformidade. Quando esta não é detetada, ocorre o anunciado abuso.”

<sup>25</sup> Também a defender uma raiz marcadamente personalista para o direito de ação, vide: João de Matos Antunes VARELA, “O direito de acção e a sua natureza jurídica”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 3831 (1993) 169.

<sup>26</sup> De acordo com Milagros Otero PRAGA, “La libertad. Una cuestion de axiologia jurídica”, *Boletim da Faculdade de Direito* 75 (1999) 179, “El individuo debe ser libre porque el respeto a su dignidad así lo exige.”

<sup>27</sup> “encontrada na ideia de personalidade a matriz ética em que radica o sentido do direito, e estruturando-se aquela numa dialéctica entre liberdade e responsabilidade, à responsabilidade civil não pode deixar de ser reconhecida uma intencionalidade última que seja diretamente comunicada pelo princípio normativo do direito enquanto direito.”, cf. alude Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões em torno da responsabilidade civil – teleologia e teleonomologia em debate”, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 81, 2005, p. 558)

<sup>28</sup> A. Castanheira NEVES, “Pessoa, direito e responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 6 (jan./mar. 1996) 42.

<sup>29</sup> Mas ao citado artigo 344.º não se limita, pois a ideia de vedação ao abuso de direito, de acordo com Barbosa, “decorre do próprio entendimento normativo hodierno”, configura um princípio normativo e visa exprimir a compreensão do direito justo, no entender de Castanheira Neves, acompanhado por Barbosa em entendimento com o qual concordamos. Cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Estudos de teoria geral do direito civil*, 130; A. Castanheira NEVES, *Questão-de-facto e Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, Coimbra: Almedina, 1967, 525.



mas é ilegítimo por macular a sua afetação substancial, funcional ou teleológica, de modo que, se originar um dano do exercício abusivo do direito, o seu titular pode ser condenado a indenizar o lesado, desde que reunidos os demais pressupostos da responsabilidade<sup>30</sup>.

A jurisprudência portuguesa compreende o abuso de direito a partir de recortes objetivos, sendo despicienda a consciência de que se excedem os limites fixados pelo direito, apesar de a intenção com que o titular do direito agiu contribua para a compreensão, no caso concreto, da existência ou não do abuso de direito<sup>31</sup>. Entendimento semelhante àquele da jurisprudência portuguesa é encontrado nos tribunais do Brasil<sup>32</sup> a respeito da interpretação do artigo 187.º do Código Civil brasileiro, que reproduziu, com ligeiras alterações, o artigo 334.º do Código Civil de Portugal. No Brasil, o abuso do direito é considerado cláusula geral<sup>33</sup> aplicável a todos os ramos do direito<sup>34</sup>. À semelhança da jurisprudência lusitana também configura ilicitude objetiva e prescinde da análise do dolo ou culpa do agente, de modo que a responsabilidade civil do titular de um direito abusivamente exercido impõe tão somente a existência de dano a terceiros e o nexo com a conduta<sup>35</sup>.

Não existe presunção de abuso de direito<sup>36</sup> e somente pode ser configurado a partir da análise do caso concreto. Problema normativo que é, não escapa à compreensão de que toda interpretação de norma somente pode ser realizada em concreto<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> João de Matos Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. 1, Coimbra: Almedina, 2015, 544.

<sup>31</sup> Mafalda Miranda BARBOSA, *Estudos de teoria geral do direito civil*, 138.

<sup>32</sup> Ilustra-se o entendimento a partir do seguinte acórdão: BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Nona Câmara Cível, Apelação Cível nº 70054562335, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Data de Julgamento: 25/09/2013, Data de Publicação: 27/09/2013.

<sup>33</sup> Cristiano Chaves de FARIAS / Nelson ROSENVALD / Felipe Peixoto BRAGA NETTO, *Curso de direito civil*, vol. 3, Salvador: JusPodivm, 2018, 227-228.

<sup>34</sup> Nesse sentido, é o Enunciado n.º 414 do Conselho da Justiça Federal.

<sup>35</sup> É, outrossim, o entendimento firmado no Enunciado nº 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.” No mesmo sentido: Alexandre GUERRA, *Responsabilidade civil por abuso do direito*, São Paulo: Saraiva, 2011, 400; Nelson NERY JUNIOR / Rosa Maria de Andrade NERY, *Código Civil comentado*, São Paulo: RT, 2006, 296-297.

<sup>36</sup> Fredie DIDIER JR. / Daniela Santos BOMFIM, *Pareceres*, vol. 2, Salvador: JusPodivm, 2018, 24; António Menezes CORDEIRO, *Litigância de má-fé*, 78.

<sup>37</sup> A interpretação que faria a norma legal transmutar-se em previsão normativa ocorre apenas no caso concreto, o qual, por sua vez, apenas transforma-se em um caso típico dentro da norma legal, já que o texto da norma não seria promulgado

As conclusões expostas são válidas também nas específicas situações de abuso de direito de ação, espécie do gênero abuso de direito, que deve ser objetivamente caracterizado a partir das nuances do caso concreto, independentemente de dolo ou culpa do agente<sup>38</sup>. O abuso do direito de ação independe da existência de dano à parte contrária<sup>39</sup>

Há, portanto, limites funcionais e extrínsecos ao direito de ação, de modo que a mera observância formal das regras processuais não configura a legitimidade do seu exercício<sup>40</sup>: além da adequação aos requisitos processuais, deve-se observar o objetivo da ação e o sentido do direito processual civil. Configura, por exemplo, um exercício disfuncional de posição jurídica<sup>41</sup> aproveitar-se do direito de ação para concretizar um processo judicial que provoque danos não abrangidos pela esfera da justa decisão que dele advenha ou um processo com finalidade diversa daquele que lhe fornece o seu sentido de existência.

Mesmo quando a demanda é exercida a partir do meio processual adequado e se mostra necessária a tutela jurídica dos direitos do

---

para ser apenas compreendido, mas para ser trabalhado pelo jurista. Constitui-se, portanto, uma circularidade hermenêutica que não se enquadra na vetusta dicotomia entre questão de fato e questão de direito, já que não existiria uma interpretação abstrata da norma, cujo sentido somente poderia ser adquirido diante do caso concreto: a cisão entre interpretação da lei e qualificação dos fatos é substituído pelo “vaivém do olhar”, no lugar da concatenação metódica e ordenada das etapas lógico-subsuntivas. Cf. Francisco Arthur de Siqueira MUNIZ, *As retóricas na história da (in)distinção conceitual entre questão de fato e questão de direito: análise do juízo de cognição do conceito indeterminado de improbidade administrativa dolosa nos recursos especiais*, Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013, 57.

<sup>38</sup> Nesse sentido: Pedro Baptista MARTINS, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, 75; Marcelo Rodrigues PRATA, “O abuso no exercício do direito de ação, a litigância de má-fé e a reforma do CPC”, *Revista Trabalhista* 24 (2007) 152.

<sup>39</sup> Adroaldo LEÃO, *O litigante de má-fé*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, 10; José Olimpio de CASTRO FILHO, *O abuso do direito no processo civil*. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, 191; em sentido contrário, a entender pela necessidade de configuração de dano para a existência de abuso do direito de ação (apesar de a autora tratar o dano de forma alargada): Helena Najjar ABDO, *O abuso do processo* São Paulo: RT, 2007, 124.

<sup>40</sup> Paula Costa e SILVA, *A litigância de má fé*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 555. Conforme leciona Varela (João de Matos Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 544), “O exercício do direito em termos reprovados pela lei, ou seja, respeitando a *estrutura formal* do direito, mas violando a sua *afecção substancial*, funcional ou teleológica, é considerado como ilegítimo.”

<sup>41</sup> Terminologia que, para Menezes Cordeiro, melhor exprime o conceito de abuso de direito. Cf. Antônio Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, Parte Geral, Tomo IV, Coimbra: Almedina, 2005, 372.

autor, o seu desmembramento por múltiplas ações<sup>42</sup>, ao invés de sua propositura em um único processo (ou no menor número possível), poderia configurar um desvirtuamento dos fins do processo ou do dever de mitigar a perda da contraparte<sup>43</sup>, para além dos ônus já inerentes à sujeição à ação (incômodo e angústias naturais da situação de se encontrar inserido em um litígio judicial, contratação de advogados, presença em audiências, possibilidade de arcar com os ônus sucumbenciais...), de modo a configurar um propósito meramente emulatório na pulverização da demanda por várias ações<sup>44</sup>. Não é por ser extraído de norma de direito fundamental<sup>45</sup> que o exercício do direito de ação não estará limitado à proibição do abuso de direito: violar a confiança ou buscar vantagens mínimas mediante provocação de danos exacerbados configuram hipóteses de abuso do direito de ação<sup>46</sup>. Também a propositura de uma ação arrimada em fatos sabidamente inverídicos, com o objetivo único de lesar o demandado ou terceiros, configura uma lide temerária e abuso do direito de ação, devendo o lesante responder pelos danos decorrentes<sup>47</sup>.

Por vezes, a jurisprudência confunde má-fé com abuso de direito, ou os aproxima com claras zonas de sobreposição<sup>48</sup>, “ou mesmo

<sup>42</sup> Problema levantado também por Paula Costa e SILVA, *A litigância de má fé*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 618.

<sup>43</sup> Acerca da incidência do *topos* “*duty do mitigate the loss*” no processo civil, enriquecido com apresentação de estudo de caso, vide: Fredie DIDIER JR., “Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil”, *Revista de Processo* 34/171 (maio 2009) 35-48. Também a reiterar a inadmissibilidade de se provocar danos evitáveis a outrem ou além do estritamente necessário para legitimamente exercer seu direito em (e através do) juízo: Pedro de ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual* 133.

<sup>44</sup> A possibilidade de configuração de ilicitude decorrente de “atuações processuais complexas”, ou seja, quando um conjunto de ações individualmente legítimas constituem um ilícito se analisadas holisticamente, também é analisada em: António Menezes CORDEIRO, *Litigância de má-fé*, 202.

<sup>45</sup> Até mesmo o próprio direito de acesso à justiça não é ilimitado. Câmara lembra que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (v. Acórdão Golder, de 21/02/1975, e Acórdão Waite e Kennedy, de 18/02/1999) possui decisões que registram que o direito de acesso aos tribunais não é absoluto e pode ser restringido pelos Estados na medida em que se mostre necessário ou adequado para alcançar um fim legítimo, respeitado o princípio da proporcionalidade. Cf. Miguel Bettencourt CAMARA, *O direito a um processo justo na justiça cautelar e o dever de indemnizar*. Lisboa: AAFDL Editora, 2018, 40.

<sup>46</sup> António Menezes CORDEIRO, *Litigância de má-fé*, 145.

<sup>47</sup> Renata SOLTANOVITCH, *Responsabilidade processual*. São Paulo: Scortecci, 2010, 122.

<sup>48</sup> Pedro de ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual*, 80.

litigância de má-fé, abuso de direito e responsabilidade civil”<sup>49</sup>. Na doutrina, expõem-se sensíveis dissensos quanto ao alcance, aos critérios e normas de incidência aptas a sancionar os ilícitos oriundos da atuação processual, conforme evidencia o cotejo do entendimento de Paula Costa e Silva<sup>50</sup> com o pensamento de Pedro de Albuquerque<sup>51</sup> e

<sup>49</sup> Pedro de ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual*, 81.

<sup>50</sup> Para Paula Costa e Silva (*A litigância de má fé*, 552), cuja obra foi escrita posteriormente aos trabalhos de Cordeiro e Albuquerque sintetizados nas notas subseqüentes, a litigância de má-fé configura um tipo especial de ilícito, uma vez que ambos tutelariam bens jurídicos idênticos e perseguiriam finalidades iguais: a norma o artigo 542.º CPC (antigo artigo 456.º no CPC de 1961) encontrar-se-ia em uma relação de especialidade em relação ao artigo 483.º/1 CC, e os ilícitos absorvidos pela norma processual em questão receberiam uma valoração diversa daquela prevista no Código Civil para os fatos jurídicos em geral. O fato de a indenização imposta pelo dispositivo processual civil do artigo 542.º ser arbitrada não atribuiria a ela o caráter de pena, mas “um meio de eliminação, dentro da medida do possível, dos danos provocados na esfera da parte processual lesada” (p. 543). Tratar-se-ia, no entender da autora, de limitações válidas e razoáveis da repressão dos ilícitos às hipóteses de condutas processuais realizadas com dolo ou culpa grave, e que não violaria o âmbito de proteção efetiva dos bens jurídicos violados pela atuação processual ilícita (p. 546), que estariam justificados pela natureza do ato lesivo ser uma conduta processual (p. 524). A existência de hipóteses especiais em que todas as modalidades de culpa são sancionadas (*v. g.*, atual artigo 374.º CPC) justificar-se-ia pela especial periculosidade que estaria subjacente às regras violadas, de modo que, ao sancionar apenas a conduta dolosa, o artigo 22.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) seria o único dispositivo a fugir desta lógica (p. 512). Ao centralizar os ilícitos decorrentes de condutas oriundas de uma relação processual nas normas processuais civis, a autora afasta, outrossim, a aplicação *per se* da cláusula geral do abuso de direito do Código Civil e afirma ser o interesse processual o instrumento escolhido pelo processo civil para reprimir o abuso do direito de ação (p. 645).

<sup>51</sup> Pedro de ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual*. Para o autor, há que se distinguir a tutela do interesse público de respeito ao processo, aos tribunais e à justiça, que é realizada pelo sistema da litigância de má-fé (p. 55), do acautelamento de posições privadas que seriam resguardadas pela vedação ao abuso de direito e pelas regras gerais da responsabilidade civil (p. 59). A indenização prevista pelo dispositivo processual que sanciona a má-fé, ao estabelecer uma maior discricionariedade de o magistrado optar pela indenização que julga adequada à conduta do litigante (e não na situação do lesado), estaria sujeita a regras distintas da indenização resultante dos artigos 562.º e seguintes do CC (p. 54). A finalidade da indenização por litigância de má-fé, arbitrada pelo julgador, seria meriamente sancionatória da conduta do litigante e, quando muito, compensatória, mas não ressarcitória, pois não se mede pela extensão do dano sofrido pelo lesado, como sói ocorrer na regra geral do CC em matéria de responsabilidade civil (p. 55). Não há, outrossim, para Albuquerque, uma vedação nas normas processuais à aplicação do artigo 483.º do Código Civil (p. 102) e a tutela jurídica das lesões culposas decorrentes de uma atividade processual impor-se-ia, inclusive, por força do próprio direito de ação, contrariaria a garantia fundamental de acesso aos tribunais e o direito à tutela constitucional dos bens jurídicos fundamentais agredidos (p. 121).

Menezes Cordeiro<sup>52</sup>.

No Brasil, Fredie Didier Jr. entende que o abuso de direito de ação configura-se também como litigância de má-fé, esta última “a manifestação do abuso do direito de ação ou de outra situação jurídica processual decorrente em determinada relação processual”<sup>53</sup>. Para o processualista brasileiro, as hipóteses de litigância de má-fé previstas na legislação processual civil são meramente exemplificativas, enquanto Menezes Cordeiro limita a litigância de má-fé às previsões tipificadas no sistema processual<sup>54</sup>. Não podemos acolher, neste ponto, o pensamento do referido processualista brasileiro, por compreendermos que a configuração da litigância e má-fé e do abuso do direito de ação possuem distintas consequências, pressupostos diversos que os enformam, bem como a natureza e finalidade divergentes das normas que os concretizam<sup>55</sup>.

Não se tem a pretensão, neste trabalho, de elencar todas as possíveis hipóteses<sup>56</sup> e distintos critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência para configurar o exercício abusivo do direito de ação, por se tratar de atividade que foge ao escopo da investigação delineada no capítulo anterior. Buscou-se, sim, neste capítulo, fincar o entendimento de que o direito de ação não pode ser considerado ilimitado e sua con-

---

<sup>52</sup> António Menezes CORDEIRO, *Litigância de má-fé*. Para o autor, limitar a responsabilidade às condutas em que se prove dolo ou culpa grosseira não seria uma “gratificação”, mas sim uma restrição qualitativa da tutela civil dos bens jurídicos (p. 62), mormente por centrar-se na apreciação do comportamento do agente lesante, o que traz dificuldades probatórias e no plano da realização judicativo-decisória (p. 67). Em nova edição posterior ao lançamento da obra de Paula Costa e Silva, pontua Cordeiro (p. 72) que aquela autora, ao criticar seu posicionamento (em muito consonante com o de Pedro de Albuquerque, conforme ressalta na p. 43), considerou apenas alguns dos argumentos de Albuquerque e evitou aqueles apresentados na obra em comento. Cordeiro rebate (p. 72-73) também o argumento de que a natureza das indenizações conferidas pelo artigo 543.º/1, b), CPC seria idêntica àquela conferida pelo artigo 483.º CC e que esse entendimento poderia ser extraído do acórdão de 10-jul-2007 do STJ, ao analisar minuciosamente o aresto e concluir que a indenização ali atribuída em nada se assemelharia aos preceitos do artigo 483.º/1 CC, dado o ínfimo valor que não satisfaria qualquer cunho compensatório plausível ou de repressão eficaz. O autor conclui (p. 74) que a litigância de má-fé não é suficiente para lidar com os ilícitos perpetrados pela via processual, dado o cariz restrito de suas hipóteses e requisitos de incidência, de modo que reconduzir ao instituto processual a responsabilidade civil geral seria neutralizar este instrumento, em um claro desserviço à tutela da pessoa e do processo.

<sup>53</sup> Fredie DIDIER JR. / Daniela Santos BOMFIM, *Pareceres*, vol. 2, 34.

<sup>54</sup> António Menezes CORDEIRO, *Litigância de má-fé*, 74.

<sup>55</sup> Nesse sentido, vide a síntese do pensamento de Menezes Cordeiro e Pedro de Albuquerque anteriormente cotejados.

<sup>56</sup> Tarefa que seria impossível, conforme registra Luis Rodrigues WAMBIER, “Abuso do procedimento especial”, *Revista de Processo* 37/204 (fev. 2012) 63.

cretização através do processo está vinculada a uma ética jurídica<sup>57</sup> que enforma todo o direito civil e norteia também o direito processual civil.

### 3. Abuso de direito no âmbito do processo nos sistemas de *common law*

No contexto dos sistemas jurídicos da *Common Law*, a compreensão do conceito de abuso de direito não assume contornos tão desenvolvidos quanto no direito luso-brasileiro. A tradicional relutância do direito inglês em pensar em termos de direitos tal qual percebidos nos países de *Civil Law* evidencia as origens da constatação acima referida acerca do abuso de direito<sup>58</sup> no modelo jurídico da *Common Law*. Há, entretanto, a existência de conceitos paralelos: os princípios da *Equity* (largamente desenvolvidos no direito inglês com o específico propósito de prevenir o exercício abusivo de direitos da *Common Law*), a vedação ao *Use of land in aemulationem vicini* (direito escocês que configura ilícito a atitude do proprietário que usa seu imóvel para causar um dano ao seu vizinho), o desenvolvimento da *Law of defamation/contempt of court* (pode ser considerado uma decorrência do abuso do direito/liberdade de expressão), da *Tax avoidance*, e da ideia que *Fraud unravels everything* (extraída de afirmação do Lord Denning em *Lazarus Estates Ltd v. Beasley*, para quem nenhum tribunal deveria manter incólume uma vantagem adquirida por um sujeito no contexto de uma fraude)<sup>59</sup>.

Situação semelhante é verificada nos EUA, onde é a ideia de abuso de direito poderia ser inferida de conceitos como *Extortion, Misuse of copyright and patent rights, nuisance, lack of public purpose in tax law*, entre outros, a ponto de existir quem defenda a tese de que o abuso de direito é doutrina reconhecida pelo direito norte-americano, apesar de reconhecer que seria uma posição francamente minoritária<sup>60</sup>.

O direito comum norte-americano desenvolveu, entretanto, institutos distintos para tratar de situações específicas que poderiam ser abarcadas na concepção de abuso do direito de ação de que tratamos<sup>61</sup>,

<sup>57</sup> “o processo não é um conjunto abstrato de equações concebidas em um laboratório, mas uma técnica a serviço de uma ética de direito material.” (Nelson ROSENVALD, *Direito civil em movimento*, 2.ª ed., Salvador: JusPodivm, 2018, 164).

<sup>58</sup> David ANDERSON, “Abuse of Rights”, *Judicial Review* 11/4 (2006) 350.

<sup>59</sup> David ANDERSON, “Abuse of Rights”, 350.

<sup>60</sup> Joseph M. PERILLO, “Abuse of Rights: A pervasive legal concept”, *Pacific Law Journal* 27 (1995) 38-39.

<sup>61</sup> Especificamente quanto à responsabilidade civil no exercício do direito de ação, fora do contexto de ações penais e sob a ótica da *common law*, vide, entre outros: G. H. L. FRIDMAN, *The law of torts in Canada*, 2.ª ed., Toronto: Carswell, 2002, 861-

a exemplo da *malicious prosecution* e do *abuse of process*, dois conceitos que costumam causar confusão mesmo entre os profissionais daquele país<sup>62</sup>, mormente quando, em determinadas jurisdições, já foram tratados como sinônimos<sup>63</sup>.

O abuso do processo (*abuse of process*) foi um conceito desenvolvido como um remédio para abarcar as hipóteses do uso indevido do processo legal que não eram acobertadas pela *malicious prosecution*, uma causa de ação que surgiu séculos antes para amparar pessoas injustificavelmente processadas. A *malicious prosecution* permite ao querelante ser indenizado, se ele conseguir demonstrar que o querelado propôs contra ele um procedimento anterior sem causa provável (*probable cause*), com malícia<sup>64</sup>, e que o procedimento anterior foi julgado a seu favor.<sup>65</sup>

---

864; Dan D. DOBBS, *The law of torts*, 2.<sup>a</sup> ed., St. Paul: West Group, 2000, 1213-1215, 1228-1243; Cecil A. WRIGHT, *Cases on the law of torts*, 4.<sup>a</sup> ed., London: Butterworths, 1967, 1094-1098; William L. PROSSER / John W. WADE, *Cases and materials on torts*. 5.<sup>a</sup> ed., Mineola: The Foundation Press, 1971, 976, 984-991; CLERK / LINDSELL, *On torts*, 19.<sup>a</sup> ed., London: Sweet & Maxwell, 2006, 994-1001; R. F. V. HEUSTON, *Salmond on the law of torts*, 15.<sup>a</sup> ed., London: Sweet & Maxwell, 1969, 164-167, 560-561.

<sup>62</sup> “Because the tort of malicious prosecution, like abuse of process, involves a common element, i.e., an improper purpose, they are often confused. However, beyond this common element the similarity ends.” (T. J. O’CONNOR, “Bull v. McCuskey: Abuse of Process Abused”, *Western State University Law Review* 247 (1980) 251) Mais adiante, na p. 256, pontua que “The cases discussed indicate that the tort is often confused with malicious prosecution and misapplied by trained judges and attorneys whose profession it is to know the law.”

<sup>63</sup> A ausência de tratamento distinto era prevista, por exemplo, na legislação do Estado de Ohio, na década de 60, cf. Tobi GOLDOFTAS, “Abuse of process”, *Cleveland-Marshall Law Review* (jan. 1964). 164. Atualmente, o Direito do Estado de Ohio trata os institutos de forma distinta, apesar de muito próximos. A distinção atual é registrada, e. g., em famoso precedente da Corte de Apelações de Ohio (Kremer v. Cox): “Abuse of process does not lie for the wrongful bringing of an action, but for the improper use, or ‘abuse,’ of process. Thus, if one uses process properly, but with a malicious motive, there is no abuse of process, though a claim for malicious prosecution may lie. The tortious character of the defendant’s conduct consists of his attempts to employ a legitimate process for a legitimate purpose in an improper manner.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações de Ohio, Nono Distrito, Kremer v. Cox, julgado em 11 de setembro de 1996. Disponível em: <<https://casetext.com/case/kremer-v-cox>>, acesso em 03-01-2019.

<sup>64</sup> O Justice Holmes Jr. definiu a *malice* como “a malevolent motive for action without reference to any hope of a remoter benefit to oneself to be accomplished by the intended harm to another.” (Oliver Wendell HOLMES JR, “Privilege, Malice, and Intent”, *Harvard Law Review* 8/1 (Apr. 25, 1894) 2, disponível em <<https://www.jstor.org/stable/pdf/1322381.pdf>>, acesso em 10 de dez. 2018.

<sup>65</sup> R. S. SCOTT III, “Abuse of process: a gap in Alabama Law”, *Cumberland Law Review* 209 (1979) 209.



As situações de *malicious prosecution* lidam com as hipóteses de propositura de ações judiciais erradas ou maliciosas que tenham causado danos aos demandados, sendo o próprio processo o instrumento que causa o dano; o abuso do processo, por seu turno, seria a utilização do processo como uma arma para pressionar os demandados e, assim, obter um objetivo impróprio, de modo que é a coação e os propósitos impróprios, não os danos causados, que diferenciam o abuso do processo do regular exercício do direito de ação, na ótica da *Common Law*<sup>66</sup>. Em outras palavras, se uma pessoa processa um inocente por um crime sem fundamentos razoáveis para considerá-lo culpado, tem-se uma hipótese de *malicious prosecution*; se o processo possui bases razoáveis, mas é proposto para extorquir o pagamento de um débito, é abuso de processo.

O *tort*<sup>67</sup> denominado abuso do processo tornou-se amplamente reconhecido a partir do *leading case* *Grainger v. Hill*, um caso oriundo do direito inglês ainda na primeira metade do século XIX (1838). Até hoje não se verifica nos EUA, entretanto, uma legislação federal uniforme em relação ao chamado abuso do processo. Mesmo em uma ação baseada no uso indevido do processo federal, é a lei do Estado no qual o processo foi proposto que irá reger a configuração ou não do abuso<sup>68</sup>, que pode ser definido como um uso impróprio ou perversão do processo para uma finalidade distinta daquela para a qual foi idealizado. O uso impróprio normalmente toma a forma de uma coerção para obter uma vantagem colateral, não necessariamente envolvendo o procedimento em si, a exemplo da imposição do pagamento de uma determinada quantia mediante a utilização do processo como uma ameaça<sup>69</sup>.

O lesado em decorrência do abuso do processo pode ser ressarcido dos danos que sofreu em consequência natural e provável do *tort*, inclusive danos especiais (a exemplo de danos físicos ou morais, danos materiais, danos decorrentes da perda do tempo, prejuízos a um negócio, propriedade ou posição financeira), além de ensejar danos punitivos

<sup>66</sup> Tom Ka CHEUNG NG, “Abuse of Legal Process as a Cause of Action A note on *Land Securities plc and others v Fladgate Fielder (A Firm)*”, *Hong Kong Journal of Legal Studies* 183 (2011) 187.

<sup>67</sup> Termo que se aproxima da ideia de delito nos sistemas jurídicos de direito romano-germânico.

<sup>68</sup> “In an action based on misuse of federal process, the law of the state in which the process was issued controls. There is no federal common law of abuse of process” (Milton HANDLER / Richard A. De SEVO, “The Noerr Doctrine and its sham exception”, 38).

<sup>69</sup> “usually takes the form of coercion to obtain a collateral advantage (...) not properly involved in the proceeding itself, such as the surrender of property or the payment of money, by the use of the process as a threat or a club.” (William L. PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*, 4.<sup>a</sup> ed., St. Paul: West Pub., 1971, 857).



exemplares, quando se prova que o abuso do processo foi acompanhado da malícia<sup>70</sup>.

#### 4. Conclusões

Fixadas as premissas do que se compreende por direito de ação, estabelecidas as distinções compreendidas entre abuso do direito de ação e litigância de má-fé, bem como elencados os pressupostos para a configuração do abuso do direito de ação nos sistemas de direito português, brasileiro e norte-americano, entende-se possível apresentar aqui algumas linhas acerca do resultado do cotejo entre os sistemas jurídicos investigados.

O exame da intencionalidade do ato que se busca enquadrar como *malicious prosecution* e *abuse of process* toma, nos sistemas jurídicos anglo-saxônicos, uma relevância que não se verifica no âmbito do direito luso-brasileiro. A prova da intenção daquele que exerce o direito de ação constitui pressuposto para a configuração do *tort*, o que não se verifica na experiência dos países de *Civil Law* analisados neste artigo.

A relevância atribuída a critérios subjetivos pelos sistemas de origem anglo-saxônica, em oposição ao critério objetivo-finalístico dos sistemas luso-brasileiros, não impede, entretanto, que se vislumbre características comuns aos dois sistemas jurídicos na configuração do abuso do direito de ação. Da leitura dos precedentes que enformam a doutrina da *malicious prosecution* e do *abuse of process*, percebe-se que as conclusões alcançadas objetivam vedar a utilização do processo para finalidades distintas daquela que ensejam a sua consagração, sob pena de se desvirtuar o sentido do próprio direito de acesso à justiça, compreensão análoga àquela que está na base da ideia de vedação ao abuso do direito de ação.

Em todos os sistemas analisados, ainda que a partir de pressupostos probatórios distintos e com amplitude do dever de indenizar e configuração dos danos com nuances evidentes, o lesado pelo exercício abusivo do direito de demandar em juízo pode buscar reparação civil dos prejuízos sofridos. Observa-se, assim, um sinal de que o abuso do direito de ação não é tolerado e demanda uma resposta do direito da responsabilidade civil, que reafirme os deveres éticos que permeiam a concretização da garantia de acesso à justiça.

---

<sup>70</sup> Tobi GOLDOFTAS, "Abuse of process", *Cleveland-Marshall Law Review* (jan. 1964) 170.