

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

DANIELA MARQUES DE MORAES

MAGNO FEDERICI GOMES

MARCELO TOFFANO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes; Magno Federici Gomes; Marcelo Toffano – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-915-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição e efetividade da justiça. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação “stricto sensu” no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O VII Encontro Virtual do CONPEDI, realizado nos dias 24 a 28 de junho de 2024, objetivou o fortalecimento e a socialização da pesquisa jurídica. Teve como tema geral: A PESQUISA JURÍDICA NA PERSPECTIVA DA TRANSDISCIPLINARIDADE.

Nesse evento, o Grupo de Trabalho (GT) de PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I apresentou 22 artigos. Coordenado pelos Professores Doutores Daniela Marques de Moraes, Magno Federici Gomes e Marcelo Toffano, o GT abordou a importância da efetividade da Justiça em suas várias dimensões, especialmente em relação à tutela jurisdicional brasileira e à proteção dos direitos individuais e coletivos. Os trabalhos examinaram problemas processuais decorrentes da regulação legal e da prática dos Tribunais, com base em estratégias teóricas ancoradas em autores relevantes no cenário contemporâneo, nacional e internacional.

No bloco inicial, denominado “teoria geral, princípios gerais do processo e convenções processuais”, o primeiro trabalho é de autoria de Karine Sanches Santos, Eduardo Fecchio Botter e Maria Angélica de Souza Menezes, cuja temática foi a seguinte: “A TUTELA INIBITÓRIA COMO FERRAMENTA DE ACESSO À JUSTIÇA”. A pesquisa tem como objetivo expor a importância do acesso à justiça, que é um direito fundamental consagrado na Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF/1988), garantindo a todos a possibilidade de buscar proteção judicial contra lesões ou ameaças a direitos. Nesse contexto, surgem instrumentos processuais como as tutelas inibitórias, que visam assegurar a efetividade da jurisdição e prevenir danos. As tutelas, especialmente as tutelas de urgência e as tutelas inibitórias, desempenham um papel crucial na garantia da efetividade do acesso à Justiça.

Por sua vez, “LINDB - ART. 21 - PREOCUPAÇÃO COM O CONSEQUENCIALISMO - A ACEITAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA”, de autoria de Paulo Lage Barboza de Oliveira, tem o propósito de analisar a aplicação do art. 21 da LINDB na jurisprudência, considerando o

crescente pragmatismo jurídico no sistema jurídico brasileiro, que vem sendo mais bem aproveitado com sua inserção em importantes normas jurídicas. A falta de legitimidade impede a efetiva aplicação de diversas normas no Brasil, tendo nela sido inserido não apenas o pragmatismo jurídico, como também e neste caso expressamente, o consequencialismo, para conferir segurança jurídica.

Maria José Carvalho de Sousa Milhomem, apresentou o artigo “ABUSO DE DIREITO NO BRASIL E NA ARGENTINA: DIFERENÇAS E SIMILITUDES”. Este artigo aborda um estudo acerca do acesso à justiça, que é um direito fundamental, garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, é importante que esse direito seja exercido de forma responsável, evitando abusos. Foi realizado um estudo comparativo da teoria do abuso de direito no Brasil e na Argentina, examinando suas diferenças e semelhanças para sugerir melhorias nos respectivos sistemas. Serão abordados os conceitos e características do abuso de direito, suas teorias e a natureza jurídica do instituto no Brasil e na Argentina.

“A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO PROCESSUAL E O DO DEVIDO PROCESSO TECNOLÓGICO: LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES ORIENTADAS POR DADOS”, é de autoria de Naony Sousa Costa Martins, Fabrício Veiga Costa e Rayssa Rodrigues Meneghetti, que realizaram uma investigação sobre como verificar os impactos da utilização da inteligência artificial e dos algoritmos no processo democrático, sob a perspectiva do devido processo legal.

“INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, CELERIDADE PROCESSUAL E RISCOS DE DESUMANIZAÇÃO NO JUDICIÁRIO: ANÁLISE DO PRIMEIRO CASO BRASILEIRO ONDE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL ELABOROU SENTENÇA COM JURISPRUDÊNCIAS FALSAS PARA FUNDAMENTAR SUA DECISÃO”, cujas autores são Aribelco Curi Junior e Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya, analisam uso da inteligência artificial para agilizar os processos judiciais, destacando os benefícios, como o aumento da eficiência e a redução do tempo de espera dos julgamentos, mas também os riscos de desumanização do sistema judiciário. Também foi realizado um estudo sobre como, paradoxalmente, o uso objetivo da IA pode falhar ao não considerar o contexto completo e os efeitos emocionais dos eventos. O artigo ressalta a primeira investigação no Brasil dirigida a um juiz federal que, ao utilizar inteligência artificial em suas decisões, gerou jurisprudência falsa, atribuída de forma equivocada ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Álvaro Paixão Costa e Luiz Fernando Bellinetti desenvolveram um estudo sobre “DA IGUALDADE NO PROCESSO CIVIL E AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS COM PARTES HIPOSSUFICIENTES”. Seu objetivo foi analisar o embate histórico constante

entre os direitos de liberdade e igualdade, de modo que a depender do período em foco um pode prevalecer sobre o outro. No sistema processual brasileiro contemporâneo houve a tentativa de equilíbrio entre estes dois institutos, ao permitir que as partes ajustem o procedimento do litígio através das convenções processuais, conforme previsto no art. 190 do Código de Processo Civil (CPC). Também houve a preocupação, por meio do parágrafo único da citada norma cuja eficácia se busca no texto, de assegurar que a liberdade dos mais poderosos não suprima a vontade dos mais fracos, invalidando assim o negócio jurídico realizado com os “manifestamente vulneráveis”.

“O CONTROLE JUDICIAL PARA A VALIDADE E EFETIVIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: OBSERVÂNCIA AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS”, apresentado pelos autores, Daniel Martins e Celso Hiroshi Iocohama, aborda uma investigação sobre o negócio jurídico processual, sua origem, requisitos e limitações. O estudo analisa a relevância do aprofundamento doutrinário e da implementação real da convenção processual entre as partes, como meio de pacificação e concretização do direito. Ressalta, ainda, a imperativa realização do controle judicial adequado por parte do magistrado, para a validade e efetividade do negócio jurídico processual, inclusive com a atuação de ofício, respeitando-se os ditames constitucionais e legais, sem, contudo, adentrar no âmbito da conveniência do negócio jurídico processual firmado.

O segundo bloco de trabalhos, agrupados sob o título “teoria das decisões e precedentes judiciais”, contou com a apresentação de seis trabalhos.

Wilian Zandrini Buzingnani e Luiz Fernando Bellinetti estudaram “A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, TENDO POR BASE A ALTERAÇÃO ESTRUTURAL DO SISTEMA PROCESSUAL INTRODUZIDA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DO SILOGISMO JURÍDICO À ANALOGIA.”, que tem o intuito apresentar um estudo acerca da mudança estrutural implementada no ordenamento jurídico brasileiro após o advento do CPC de 2015, com a introdução do sistema de precedentes obrigatórios. Em decorrência de tal alteração, o sistema brasileiro, classicamente estruturado dentro do modelo romano-germânico, passou a adotar uma postura híbrida, mesclando elementos do “civil law” com elementos genuinamente vinculados ao sistema inglês. Em virtude de tal fato, o silogismo, método vinculado a lógica, utilizado no positivismo jurídico para fundamentação das decisões judiciais, abre espaço para a analogia, utilizada preponderantemente no sistema anglo-saxão, com o escopo realizar a comparação entre decisões antecedentes, com o fim de aferir sua aplicabilidade em situações diferentes.

“DEMOCRACIA E A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS” foi o trabalho trazido pelos autores Leonardo Jose Diehl, Ari Rheinheimer Filho e Adriana Fasolo Pilati. O que se busca evidenciar neste artigo é que a decisão judicial, como resultado de uma ferramenta de potencialização da democracia deliberativa, é um importante instrumento de garantia da participação popular nas decisões políticas e, portanto, é tão legítima quanto o processo representativo de democracia.

“JULGAMENTOS EM PLENÁRIO VIRTUAL E O DESAFIO DA DEMOCRACIA: ANÁLISE DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO NOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO BRASIL” é o trabalho de Matheus Henrique de Freitas Urgniani, Pedro Henrique Marangoni e Deybson Bitencourt Barbosa, que desenvolveram um estudo explorando detalhadamente as repercussões dos julgamentos virtuais, focando especialmente na maneira como a falta de debate aberto e a insuficiente participação pública podem corroer a confiança nas instituições judiciais e diminuir a legitimidade democrática dos precedentes. Ao analisar a evolução histórica e os princípios democráticos que orientam o sistema de justiça brasileiro, o artigo sugere que, apesar dos ganhos de eficiência, o plenário virtual pode não ser adequado para promover uma jurisprudência que seja verdadeiramente participativa e transparente.

Leonardo Brandão Rocha, é o autor do trabalho “O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES SOB A PERSPECTIVA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL”, que possui o propósito de estudar o sistema brasileiro de precedentes em contraponto ao Direito processual constitucional. Assim, o tema problema reside na averiguação da compatibilidade do sistema de precedentes criado pelo CPC com os postulados do processo constitucional.

David Jacob Bastos, Gisele Santos Fernandes Góes e Débora Borges Paiva Sereni Murrieta estudaram a temática “O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES, A BOA-FÉ OBJETIVA PROCESSUAL E OS CONTORNOS DA LITIGÂNCIA”, em que apresentam uma análise sobre a recente aproximação entre os sistemas de “common law” e do “civil law”. No Brasil, o contínuo robustecimento do sistema de precedentes com suas especificidades culminou no advento do art. 927 do CPC, que densifica a força normativa das teses vinculantes. Sob tais premissas, advém a hipótese de que a conduta de litigar contra a “ratio decidendi” do precedente vinculante corresponde a ato de deduzir em Juízo pretensão ou defesa destituídas de fundamento, pois em choque com a norma jurídica, sendo passível de responsabilização.

“O DEVER DE OBSERVÂNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES JUDICIAIS”, de autoria de Daniel Ribeiro Garcia Filho e Juraci Mourão Lopes Filho, realiza um estudo, evidenciando, a partir da alteração do paradigma de adstrição

da Administração Pública à legalidade para a juricidade ampla, que todo precedente judicial integra o Direito, vinculando, ainda que em graus diversos, o tomador de decisão.

No terceiro eixo de trabalhos, chamado “processos nos Tribunais e recursos”, Alexandre de Castro Catharina apresentou o trabalho com o tema “FILTRO DE RELEVÂNCIA NO RECURSO ESPECIAL E A FORMAÇÃO DA CULTURA DOS PRECEDENTES NO BRASIL: ALGUMAS PONDERAÇÕES”, em que analisa o requisito do filtro de relevância da questão federal em recursos especiais, instituído pela Emenda Constitucional nº 125/2022, e o impacto dessa reforma constitucional na dinâmica de formação de precedentes qualificados. O CPC atribuiu funções relevantes aos Tribunais Superiores, dentre as quais se destacam a formação, aplicação, revisão e superação de precedentes qualificados, de modo a garantir maior segurança jurídica e isonomia. Faz-se necessário analisar o alinhamento do filtro de relevância com o modelo decisório estabelecido pelo CPC e seu impacto na cultura de aplicação dos precedentes judiciais em construção na prática judiciária brasileira.

O “RECURSO EXTRAORDINÁRIO E PROCESSO COLETIVO: UMA ANÁLISE SOB ÓTICA DA REPERCUSSÃO GERAL” é o tema da pesquisa de Naony Sousa Costa Martins, Fabrício Veiga Costa e Rayssa Rodrigues Meneghetti. O intuito dessa investigação é a análise da natureza jurídica do recurso extraordinário enquanto modalidade de processo coletivo sob a ótica da processualidade democrática. A escolha do tema se justifica em razão da sua relevância teórica, prática e atualidade, especialmente por se tratar de estudo destinado a identificar a natureza jurídica de processo coletivo da objetivação do processo subjetivo por meio da transcendência.

A seu turno, Magno Federici Gomes e Joselito Corrêa Filho desenvolveram um trabalho acerca “DA RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS SOBRE TUTELAS PROVISÓRIAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS: ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES”. A referida pesquisa teve como objetivo examinar a adequação e o cabimento do agravo de instrumento, para hostilizar decisões interlocutórias liminares que apreciem requerimentos de tutelas provisórias de urgência nos Juizados Especiais estaduais, a partir da teoria do diálogo das fontes. Eles demonstraram como essa teoria pode auxiliar na interpretação e implementação das normas que orientam o assunto, particularmente a interação entre as Leis nº 9.099/95, 10.259/01 e 12.153/09.

Os últimos autores também apresentaram o artigo “A NATUREZA JURÍDICA DO PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS”, que busca apresentar uma análise sobre o procedimento dos Juizados Especiais

Federais (JEF), questionando-se acerca da natureza jurídica do Pedido de Uniformização de Jurisprudência, pois a latente incerteza em relação ao assunto dificulta sua compreensão pelos operadores do Direito e incita contradições por parte de diversos órgãos julgadores.

O último texto do bloco foi “ARBITRAGEM INTERNACIONAL PRIVADA E O CARÁTER DELIBATÓRIO DA HOLOMOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA NO BRASIL”, dos autores Rosangela Terezinha Wigginski Rebelato, Reginaldo Pereira e Silvana Terezinha Winckler. Eles analisam a arbitragem internacional, que é um meio de solução de controvérsias que prescinde da atuação dos Estados e possibilita a solução de litígios entre agentes econômicos de modo célere, de acordo com as regras previamente ajustadas pelas partes. Estudaram se, ao homologar uma sentença arbitral estrangeira, o direito aplicável possibilita ao STJ adentrar no mérito da questão resolvida pelo Juízo arbitral ou, pelo contrário, deve a Corte restringir sua análise à observação dos requisitos formais exigidos pela Lei da Arbitragem.

O quarto bloco de trabalhos, agrupados sob o título “provas e tutelas diferenciadas”, contou com a apresentação de quatro artigos.

Os autores, Marcos Vinícius Tombini Munaro e Eduardo Augusto Salomão Cambi, apresentaram um artigo intitulado “VALORAÇÃO DA PROVA NO SISTEMA PROCESSUAL” e analisaram a valoração da prova no Brasil, sendo este um tema atual e complexo. Há inúmeros conceitos para se atingir a plena fundamentação jurídica da decisão judicial, mas faltam critérios para determinar os graus de suficiência para as decisões serem consideradas racionais e válidas. Isso gera instabilidade tanto para as partes, como para os demais cidadãos, bem como prejudica a construção racional da jurisprudência. Realiza-se então uma avaliação acerca da importância da definição de “standards” de prova, com critérios de valoração da fase probatória, apontando o importe mínimo para o exame pelo órgão do julgador para justificar a mais justa solução para o caso concreto.

Em “O DEPOIMENTO ESPECIAL E A ESCUTA ESPECIALIZADA COMO GARANTIAS DE PROTEÇÃO E JUSTIÇA PARA CRIANÇAS VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DE WALLON, PIAGET E VIGOSTKY”, Marcelo Toffano, Jose Moises Ribeiro e Júlia Oliveira Furini tiveram o propósito de analisar o abuso sexual infantil, que atualmente tornou-se um crime habitual. O depoimento especial, ou a escuta especializada, são os únicos meios probatórios para acusar o agressor. Portanto, se não for observado o seu passo-a-passo, ocasiona na pequena vítima a revitimização. Estão presentes

as opiniões de grandes teóricos acerca do assunto, isto é, Wallon, Piaget e Vigotsky, que expõem seus argumentos acerca do porquê uma criança deve ser respeitada e dos riscos para a saúde e desenvolvimento delas, caso não sejam tomados todos os cuidados necessários.

Alice Rocha da Silva e Renan Fowler Barros apresentaram o artigo intitulado “A CONSIDERAÇÃO DE ELEMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL NA PRÁTICA PROCESSUAL ESTRUTURANTE COMO ALTERNATIVA AO TRADICIONALISMO DOS ACORDOS PREVIDENCIÁRIOS INTERNACIONAIS”, em que observaram a busca pela efetivação dos direitos previdenciários de indivíduos que prestam serviços em diversos países. A efetividade de tais direitos pode ser construída a partir do arcabouço apresentado pelo Direito Administrativo Global, a ser considerado em processos estruturantes. Desde a análise de abordagens jurídicas alternativas à clássica elaboração dos Acordos Previdenciários Internacionais foi possível construir novos caminhos para a consideração do tempo de trabalho e contribuição do trabalhador em jurisdições diversas.

Encerrando o bloco, foi apresentado o artigo com o título “DIREITOS DE PROPRIEDADE E REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA: O PAPEL DO STJ NA INTERPRETAÇÃO DA LEI 13.465/2017”, por Alfredo Ribeiro da Cunha Lobo, que teve a pretensão investigar a interpretação e aplicação da Lei nº 13.465/2017 pelo STJ, focando na Regularização Fundiária Urbana (REURB) em contextos de informalidade registral citadina no Brasil. Diante das complexidades do crescimento urbano desordenado e da informalidade habitacional, o autor propõe uma análise das decisões do STJ para entender como elas influenciam a implementação da lei.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à jurisdição sustentável, no qual a transdisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta

coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Em 08 de julho de 2024.

Os Coordenadores:

Prof. Dra. Daniela Marques de Moraes - Universidade de Brasília (UNB): daniela.mmoraes@yahoo.com.br

Prof. Dr. Magno Federici Gomes - Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF): magnofederici@gmail.com

Prof. Dr. Marcelo Toffano - Faculdade de Direito de Franca (FDF): prof.toffano@gmail.com

ABUSO DE DIREITO NO BRASIL E NA ARGENTINA: DIFERENÇAS E SIMILITUDES

ABUSE OF RIGHTS IN BRAZIL AND ARGENTINA: DIFFERENCES AND SIMILITUDES

Maria José Carvalho de Sousa Milhomem ¹

Resumo

O acesso à justiça é um direito fundamental, garantido pelo ordenamento jurídico para que todos possam buscar seus direitos e solucionar conflitos perante o sistema judiciário. No entanto, é importante que esse direito seja exercido de forma responsável, evitando abusos. O abuso de direito ocorre quando alguém utiliza o acesso à justiça de maneira excessiva ou desvirtuada, com o objetivo de prolongar, atrasar ou obstruir o andamento dos processos. Isso pode prejudicar a efetividade do sistema judicial, causando prejuízos às partes envolvidas e comprometendo a entrega da prestação jurisdicional de forma eficaz e em tempo razoável. Portanto, é essencial que o acesso à justiça seja exercido com responsabilidade, respeitando os princípios da boa-fé e colaborando para a eficiência do sistema judiciário. Assim, o objetivo deste artigo é realizar uma análise comparativa da teoria do abuso de direito no Brasil e na Argentina, examinando suas diferenças e semelhanças para sugerir melhorias nos respectivos sistemas. Serão abordados os conceitos e características do abuso de direito, assim como as teorias sobre direito subjetivo e abuso de direito e natureza jurídica do abuso de direito no Brasil e na Argentina. Conclui-se que o sistema Argentino é mais eficaz e mais completo que o brasileiro. Para realizar esta análise, adotou-se o método dedutivo com uma abordagem descritiva exploratória, utilizando como técnica de pesquisa a análise da legislação, doutrina e jurisprudência relevantes de ambos os países.

Palavras-chave: Abuso de direito, Argentina, Boa-fé, Costumes, .brasil

Abstract/Resumen/Résumé

Access to justice is a fundamental right, guaranteed by the legal system so that everyone can seek their rights and resolve conflicts before the judicial system. However, it is important that this right is exercised responsibly, avoiding abuse. Abuse of rights occurs when someone uses access to justice in an excessive or distorted manner, with the aim of prolonging, delaying or obstructing the progress of processes. This can harm the effectiveness of the judicial system, causing losses to the parties involved and compromising the delivery of judicial provision effectively and within a reasonable time. Therefore, it is essential that access to justice is exercised responsibly, respecting the principles of good faith and contributing to the efficiency of the judicial system. Therefore, the objective of this article is

¹ Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA); Doutora. Pós-Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca, Espanha; Professora da Universidade Ceuma

to carry out a comparative analysis of the theory of abuse of rights in Brazil and Argentina, examining their differences and similarities to suggest improvements in the respective systems. The concepts and characteristics of abuse of rights will be addressed, as well as theories about subjective law and abuse of rights and the legal nature of abuse of rights in Brazil and Argentina. It is concluded that the Argentine system is more effective and more complete than the Brazilian one. To carry out this analysis, the deductive method was adopted with a descriptive-exploratory approach, using as a research technique the analysis of relevant legislation, doctrine and jurisprudence from both countries.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abuse of rights, Argentina, Good faith, Mores, Brazil

1 INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um direito fundamental, garantido pelo ordenamento jurídico para que todos possam buscar seus direitos e solucionar conflitos perante o sistema judiciário. No entanto, é importante que esse direito seja exercido de forma responsável, evitando abusos.

O abuso de direito ocorre quando alguém utiliza o acesso à justiça de maneira excessiva ou desvirtuada, com o objetivo de prolongar, atrasar ou obstruir o andamento dos processos. Isso pode prejudicar a efetividade do sistema judicial, causando prejuízos às partes envolvidas e comprometendo a entrega da prestação jurisdicional de forma eficaz e em tempo razoável. Para Stoco esse abuso de direito é compreendido pela má-fé processual. Portanto, é essencial que o acesso à justiça seja exercido com responsabilidade, respeitando os princípios da boa-fé e colaborando para a eficiência do sistema judiciário.

Não há um marco exato de onde surgiu a teoria do abuso do direito, mas é possível verificar o questionamento desse instituto jurídico desde o direito romano. No qual há menções de doutrinadores de como proceder no exercício de um direito, pautado na boa-fé e eticidade. Não há dessa forma, uma teoria desenvolvida na antiguidade, mas já se fazia menção à abusividade do direito (Marcacini).

Isso se dá pela característica da civilização romana, posto que é incontestável que os romanos não desenvolveram uma teoria sobre o abuso do direito. De fato, os romanos não tinham inclinação para teorias, preferindo estabelecer soluções casuísticas de acordo com as situações práticas que surgiam (Neto, 2005).

Contudo há aqueles que defendem que esse instituto pode ser observado em sua gênese bem antes mesmo do direito romano. Outros ainda, que o abuso de direito surge apenas na idade medieval, que é na verdade quando surge o conceito que dá assento ao que hodiernamente se conhece de tal instituto. Há também correntes doutrinárias que acreditam que a abusividade se originou somente na idade moderna. (Marcacini) Aqui não se pretende prolongar nestes desdobramentos históricos de negação e afirmação, pois como se sabe, todas as percepções possuem ótica bem posicionada em determinado ângulo que apreende a história de modo distinto, mas que não se ofuscam, pelo contrário, somente se lança novas percepções do tempo e os meandros de seus institutos jurídicos.

Ao fazer a análise histórica da abusividade do direito, é imprescindível que se aborde sobre o estado democrático de direito e sua influência para o que aqui se pretende discutir. O estado democrático é resultado de uma insatisfação popular, em especial a burguesa, que tinha interesse na não interferência estatal na mesma medida que assegurava os seus interesses e

liberdades individuais. Ao limitar o poder estatal em detrimento de leis que asseguraram um óbice à arbitrariedade, concorre inevitavelmente no aumento de direitos individuais. (LUNARDI).

Há uma inversão dos problemas com a inclusão do estado de direito. Antes havia um abuso por parte do Estado em relação ao indivíduo. No entanto, com o positivismo jurídico se dá “ensejo a abuso no exercício do direito subjetivo pelos particulares, que são encarados de forma absoluta pelo modelo individualista imposto pela classe burguesa” esse modelo predispõe o direito subjetivo enquanto um direito absoluto. Passe-se à mesma arbitrariedade só que em polo diferente agora. (Lunardi).

Com esta nova percepção de individualismo, o do abuso do direito pelo indivíduo não é mais visto como tal. O que já vinha começando a ganhar corpo quando foi pela primeira vez registrado em texto legislativo, que foi o código civil da Prússia de 1974, passava a cair na invisibilidade. Somente depois que se esvai essa onda individualista é que se poderá perceber o recomeço e evolução desse instituto. (Marcacini).

No Brasil, com a promulgação Constituição de 1988, se percebe uma maior proteção ao indivíduo em detrimento da propriedade e nessa medida o Estado passa a intervir mais nas relações contratuais. Isso se deu a partir de uma pressão para que o Estado resguardasse aqueles indivíduos hipossuficientes, que exigiam daquele uma equiparação material com a burguesia emergente. Nesse diapasão, os contratos passam a ser estribados na sua função social como menciona a Constituição. O novo código civil que se perfaz depois dessa nova ordem jurídica, portanto, está de acordo com a diretriz constitucional, resguardando dessa forma, o direito subjetivo de acordo com o interesse da sociedade, que assim, coíbe ações no exercício do direito que ajam com desvio de finalidade econômico-social, ou inobservância dos princípios da boa-fé e os bons costumes (Lunardi).

A figura do abuso de direito já é citada há muito tempo, no entanto, somente no séc. XIX, na França que houve o surgimento de teorias sobre esse instituto, e no Brasil, essa discussão ganha força após o novo código civil de 2002. Isto porque a principiologia da eticidade e socialidade se fez forte. Portanto, utilizar-se da boa-fé, em respeito a eticidade é furtar-se de abusividade (Rodvalho, 2011).

No Brasil apesar de o código datar ao que devia ser a influência individualista, isso não se fez presente, assim como também não houve uma disposição expressa sobre o abuso do direito, exceto pelo art. 160 inciso I, que não trata especificamente sobre ele, mas para os doutrinadores, essa é a referência que mais se aproxima. (Marcacini, p. 23).

O presente artigo busca esclarecer os conceitos e procedimentos adotados na Argentina e no Brasil sobre a aplicação da teoria do abuso do direito. Portanto, este estudo objetiva compreender o modelo argentino e, a partir dos ensinamentos da doutrina jurídica mais abalizada e da legislação do país assim como demonstrar o modelo brasileiro. Utilizou-se o método dedutivo como procedimento, o método descritivo-exploratório como abordagem. Para a pesquisa, empregou-se a análise da legislação, doutrina e jurisprudência relacionadas ao tema.

2. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO ABUSO DE DIREITO

A doutrina ainda não é totalmente pacífica sobre o que configura o abuso de direito. Dentre a negação do abuso e a sua afirmação há várias nuances. A partir de qual perspectiva achar mais coerente, ou até mesmo com a junção delas, é que será possível se conceituar o abuso de direito. Para Macedo (2004, p.06), a melhor definição é aquela que vem sendo dada pela jurisprudência que é o uso anômalo do direito, ou seja, “Exercício egoístico, anormal do direito, sem motivos legítimos, com excessos intencionais ou voluntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem, contrários ao destino econômico e social do direito em geral”.

Segundo Martins (2010) o abuso do direito se trata de uma classificação doutrinária, não existe no ordenamento jurídico a construção do princípio, regra, ou cláusula geral do abuso do direito. Esse instituto é titulado pela doutrina como certos atos realizados pelos particulares, que são inválidos ou condutas ilícitas.

Para este autor o direito de fato existe, no entanto, o titular desse direito se excede no exercício dos poderes que integram o direito em questão. Dessa forma, não há fundamento material para o exercício de tais poderes (Martins 2010).

Martins, portanto, discorda com em parte com Plainol, já supracitado, uma vez que para o autor, o abuso de direito é sim possível, desde que haja um direito que foi abusado, logo, a ausência de direito não permite a alegação de ‘abuso de direito’.

A doutrina que trata do abuso do direito questiona o conceito de direito subjetivo. Esse não pode ser absoluto, uma vez que se for possível que alguém realize todos os atos que permite o seu direito objetivo, mesmo que isso cause dano a um terceiro, e o direito ficar inerte, mesmo quando a intenção era somente lesar terceiro, é extrapolar a concepção a papel do direito em detrimento de um conceito raso, que deslegitima a função social do direito. Portanto, o direito “ não deveria navegar sem direção certa, mas com destino ao cumprimento de uma missão social que poderia espelhar-se em princípios subjacentes à legalidade, de um direito natural de conteúdo variável e uma super legalidade” (Goes, p.07).

No entanto, cumprir o seu dever social é uma tarefa que vai para além da letra legal da lei, uma vez que o direito não consegue antever todos os interesses e finalidade que permeiam um direito, muito menos todos os seus possíveis resultados, se atinge ou não a ordem de direitos de um terceiro. Por isso, o direito se baseia em uma ordem teleológica e social que se baseiam em: equidade, boa-fé, costumes, etc.

O primeiro caso considerado abuso de direito pela doutrina, é o do arremesso de anões, julgado em 27.10.1995, pelo Conselho de Estado Francês. Havia um espetáculo que se chamava “arremesso de anão”, e de fato o espetáculo ocorria no sentido literal, anões eram arremessados no show. O Prefeito da cidade em questão interditiu o espetáculo, a empresa pediu em ação judicial que o ato administrativo do prefeito fosse invalidado, e ainda requereu indenização pelos danos causados. A decisão do tribunal administrativo acatou o pedido da empresa. No entanto, o prefeito, junto ao Conselho de Estado da França, conseguiu que a decisão fosse reformada, sob o fundamento de que o espetáculo violava a dignidade da pessoa humana.

Por mais que não houvesse lei expressa que contrariasse a prática da empresa, o Conselho decidiu que havia requisitos necessários para interdição, devido o atentado à dignidade. (Martins, 2010).

3 TEORIAS SOBRE DIREITO SUBJETIVOS E ABUSO DE DIREITO E NATUREZA JURÍDICA DO ABUSO DE DIREITO NO BRASIL

Ao tratar sobre as teorias dos direitos subjetivos podemos entender do que se trata o abuso do direito.

A teoria da vontade foi introduzida por Savigny e Windscheid, esta caracterizada pela liberdade individual. A vontade para esta, é o ponto basilar do direito subjetivo, e que esta liberdade seria limitada pelo direito do outro, como são os demais. (RODOVALHO p. 28)

A crítica mais ferrenha que esta sofreu é no que diz respeito ao seu núcleo como vontade *individual*. Mas além disso, Ihering que era um dos maiores críticos da teoria, mencionava que pode haver situações em que a vontade não se faz presente. Como nos nascituros que ainda nem possuem personalidade jurídica mas que já possuem direitos que podem ser postulados juridicamente. Dessa forma, haveria nesse caso em específico o interesse de agir, mas não a vontade. (RODOVALHO p. 29-30)

Assim chegamos à teoria do interesse. Que se postula da seguinte forma: há situações em que não se pode manifestar vontade, porque ela não existe. Mas mesmo assim, é

salvaguardado pelo direito, porque este protege, segundo Ihering, o *interesse*. (RODOVALHO 30)

As críticas que se lançam, é em primeiro ponto à vagueza do termo *interesse* bem como a confusão que essa teoria faz confunde “os fins do direito subjetivo (a proteção de interesses) com o seu conteúdo” (RODOVALHO pag. 31)

Teorias mistas: estas teorias buscam aliar vontade e interesse mas a síntese dessa combinação não gera um conteúdo novo, não se livrando dessa forma das mesmas crítica já supracitadas, que desembocam na mesma consequência: a negação de que essas teorias se bastam para explicar o que se propõem. (RODOVALHO)

Há mais teorias, mas que não são ímpares para a compreensão principal que é a abusividade do direito. Afirmado isso, se propõe a continuar a trajetória para entender a abusividade.

Sabe-se a partir do exposto, que o conceito de direito subjetivo não se basta para explicar sobre as “posições jurídicas ativas” de um modo geral, bem como, mesmo não sendo capaz de definir inteiramente, goza de relevante importância dentro do direito. (RODOVALHO p. 40) A relevância de tal instituto é que ele está umbilicalmente ligado à conquista de direitos que refletem em garantias individuais como proteção à arbitrariedade estatal. (RODOVALHO 41-43)

Depois de entendida sua importância, faz-se mister salientar que esse direito também possui limites, nem todo direito é absoluto, mas esses limites significam o exercício não arbitrário de uma garantia e não necessariamente uma negação de direitos. Os direitos geralmente são acompanhados de encargos, deveres e etc. Dessa forma, o direito subjetivo permite-se limitar-se pela sua própria conjuntura. (RODOVALHO 48-51)

Em relação às teorias do abuso do direito, temos a: subjetiva e objetiva. A primeira defende que para haver abuso de direito se faz necessário culpa o exercício de um direito subjetivo, essa culpa diz respeito à intenção de prejudicar terceiro, e que o prejuízo tenha de fato acontecido. (LUNARDI).

Segundo Macedo (2004) sempre que ficar evidente a intenção do agente em prejudicar terceiro, haverá o abuso de direito, o que importa é essa intenção aliada ao prejuízo causado. Não precisa, dessa forma, que haja um desvirtuamento da finalidade econômica, social ou da boa-fé. O critério seria unicamente subjetivo mesmo.

A teoria objetiva por sua vez defende que basta que o indivíduo desvirtue a finalidade econômica e social, a boa-fé e os bons costumes para que haja o abuso. Não se faz necessário todos os requisitos já supracitados. (LUNARDI)

Contudo, para Macedo (2004) nem a teoria subjetiva nem a objetiva são suficientes para explicar o abuso do direito dentro do âmbito do processo civil. Que tem meandros bem mais variados do que as teorias conseguiram explicar. O abuso pode surgir para este autor a partir do dolo, da malícia ou até da temeridade, não esquecendo aqui também do erro. Dessa forma, não é possível definir só pela caracterização dada pelas teorias.

3.1 Natureza jurídica

O abuso do direito em primeiro momento ficou dentro da seara de responsabilidade civil ou também como noção de culpa. Mas há divergências acerca da configuração da responsabilização pelo abuso do direito. Mazeaud afirma que o abuso deve se enquadrar enquanto culpa. Enquanto Josserand menciona que o exercício do direito se contradiz com a ideia de culpa. Plainol como menciona que se houver abuso, não há como se falar em direito. Então, cometido o abuso, e se havia intenção de lesionar alguém, a responsabilidade civil de reparar o dano, deve ser acionada. (GOES)

A maioria dos doutrinadores, portanto, acredita ser o abuso do direito um ato ilícito. Isso porque, quando alguém por ação ou omissão deixa de cumprir as regras morais, sociais, etc, com intenção ou não de prejudicar terceiro pratica ato ilícito. Assim, por mais que o autor do abuso esteja dentro dos limites legais, porque de fato possui o direito, mas ultrapassa seus limites, não está isento de cometer o ato ilícito, pois ultrapassar os limites, é contrair a lei. (GOES)

3.2 Requisitos para caracterização da abusividade

Os direitos não são absolutos, nenhum direito o é. Havendo dessa forma, abuso quando este se colide e rompe com os interesses sociais. Os doutrinadores afirmam que o abuso de direito se dá quando o interesse particular se pretende preponderar sobre o interesse público, dessa forma, o indivíduo que abusa do seu direito viola o dever moral com o direito, este que possui a função de pacificação social. (GOES)

Para Goes, o requisito para demarcação do abuso é simples: existe um indivíduo que possui direitos, e outro(s) que é (são) vítimas desse exercício, havendo dessa forma, um desequilíbrio. Se não é possível que os dois direitos sejam exercidos conjuntamente, ou que permaneçam intactos, o que pesa sobre o direito é qual o direito que possui maior gravidade se

atingido, gravidade do ponto de vista social, e a justiça interfere na defesa desse direito lesionado, e que é caro ou pelo menos mais caro socialmente.

O abuso do direito para Goes pode ser por ação ou omissão, e a intenção de lesionar terceiros é presumida quando o que exerce seu direito, nada ganha com o exercício, e houver dano para terceiros. Mas se o autor recebe vantagens do exercício do seu direito, prejudicando terceiros, não haverá abuso, independentemente da sua intenção inicial.

O Brasil adota a teoria subjetiva quando do abuso do direito. Essa constatação é feita quando da análise do art. 187 do CC que reza sobre o abuso de direito: “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.”. Os únicos requisitos dispostos no artigo são: o exercício de um direito subjetivo e exceder os limites em relação ao seu fim econômico e social, a boa-fé e os bons costumes. Não sendo necessário dessa forma a intenção de prejudicar terceiro, que é o que leva a descartar a teoria subjetiva. (LUNARDI).

A obra de CLOVIS BEVILAQUA, o primeiro Código Civil brasileiro data de 1916 e era de inspiração germânica. No entanto, inicialmente não dispunha de uma previsão expressa de abuso do direito, apenas seu artigo 160, que enumerava causas de justificação, e que tratava em seu inciso I: “não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou em exercício regular de direito reconhecido”. Este dispositivo iniciou os debates sobre a necessidade de regular expressamente a matéria, o que veio efetivamente a ocorrer com o novo Código Civil de 2002, que contou com grande colaboração do jurista Miguel Reale.

O novo regramento traz nos artigos 186 e 187 o seguinte: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viole o Direito e cause dano a outro, inclusive exclusivamente moral, comete ato ilícito” e “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes” (MOLINERO, 2010, fl. 228).

A protelação segundo Macedo é a principal alvo e reflexos dessas litigâncias de má-fé. Conscientes da morosidade do judiciário brasileiro, os indivíduos se utilizam dessa premissa para postergar o seu dever de pagar as obrigações, dessa forma o ciclo só se renova, isto é, quanto mais litigância de má-fé é realizada, por conta da morosidade, mais esta última se renova, porque o judiciário não consegue determinar de início quando o alvo da ação seria a protelação ou outros resultados que não a efetivação de direitos. Não somente os direitos de outrem são atingidos com essa prática, como também o judiciário. (MACEDO).

Percebe-se que o problema não é meramente processual, não se achará a solução na tão-somente modificação do direito, sem um estudo social mais apurado, para tentar dentro

desses vícios culturais fazer arranjos jurídicos necessários, sem que se negue direitos. O cerne do problema de como o brasileiro lida com o processo é reflexo de sua base cultural, então a problemática deve ser feita a partir disso, o que não é o foco do presente trabalho.

No Brasil, o abuso de direito pode ocorrer de diversas formas, seja pela forma de prejudicar terceiro na lide em curso, seja pelo direito de demandar com demandas protelatórias, ou ainda com incidentes protelatórios dentro do processo, como recursos meramente protelatórios. As demandas predatórias também configuram abuso de direito, o que Cappelletti (1988), chamava de litigantes habituais.

Não há na legislação brasileira um tópico específico para tratar do abuso de direito, muito embora para o direito civil seja utilizado os artigos 186 e 187, e lado outro, no Código de Processo Civil, os artigos 79,80 e 81.

Assim, não apenas a apresentação de petições claramente protelatórias está sujeita às sanções da litigância de má-fé, que caracteriza o abuso de direito, mas também a criação de tumulto processual e a revisitação do indeferimento de pedidos ou provas já consideradas protelatórias e irrelevantes pelo juiz no curso do processo.

Classificando isso como abuso de direito, cria-se um caos no processo, dificultando seu andamento e a entrega efetiva e oportuna da decisão judicial (CPC, art. 6º). É reconhecido que as partes têm o dever de cooperar com o juiz para assegurar a efetividade do processo, princípio que decorre das normas fundamentais da atual sistemática processual. Espera-se, portanto, que todas as partes e envolvidos no processo ajam de acordo com esse comportamento colaborativo.

4 O ABUSO DE DIREITO NA ARGENTINA

O abuso de direito foi consagrado no Direito Argentino através da reforma de 1968, que alterou o artigo 1071 do Código Civil, passando a adotar o seguinte texto:

O exercício regular de um direito próprio ou o cumprimento de uma obrigação legal não pode constituir como ilícito nenhum ato.
A lei não ampara o exercício abusivo dos direitos. Se considerará tal o que contrarie os fins que aquela teve como objetivo ao reconhecê-los ou ao que exceda os limites impostos pela boa-fé, pela moral e pelos bons costumes”.

A localização do dispositivo mencionado se situa no Título III, do Código Civil Argentino, chamado “Dos atos ilícitos”, de forma que o instituto do abuso de direito aparece tratado como uma forma de responsabilidade civil (MOLINERO, 2010, pg. 276).

Note-se que o emprego do vocábulo “*regular*”, introduzido a partir dos textos doutrinários que se aprofundaram sobre o tema, traduz a principal mudança no sentido original da norma.

Em que pese os estudos que antecederam a alteração normativa, o sentido que deve ser aplicado ao vocábulo “*regular*” ainda comporta alguns questionamentos. De toda sorte, é frequente a sua interpretação como sendo tudo aquilo oposto a irregular, anormal ou anômalo (CARRANZA, 1969, pg. 679).

Dessa forma, deixando de lado as críticas acerca da adoção do vocábulo correto para identificar o abuso de direito, o certo é que o direito será considerado regular sempre que não seja abusivo. Por sua vez, o direito será abusivo sempre que não for exercido dentro dos limites estabelecidos para tal - baseados em critérios vinculados à boa-fé, moral e bons costumes -, nos moldes do segundo parágrafo desse dispositivo.

Nesse sentido, a doutrina nacional argentina entende que o exercício de um direito serve como causa de justificação sempre que não caracterizar uma conduta abusiva (MOLINERO, 2010, PG. 279).

Nessa linha, ressalta-se, desde logo, que o exercício regular de direito não deve ser vinculado à ideia da ausência de dano, haja vista que nem todo ato que deixa de produzir danos pode ser entendido como uma conduta regular. Além disso, é cediço que o ordenamento jurídico autoriza determinadas práticas que, por sua natureza, causam danos aos sujeitos envolvidos, o que não significa dizer que tais atos são oriundos de prática abusiva.

Noutro viés, são elucidativos os ensinamentos de MOLINERO (2010, pg. 284):

O abuso do direito se utiliza, pois, da exterioridade de uma faculdade legal para realizar atos danosos que, se não fossem pela cláusula do abuso de direito e os parâmetros que ela fixa para sua detecção, seriam perfeitamente lícitos. (...)

A proibição do abuso do direito atua, pois, como uma cláusula para declarar ilícito o que, de outra maneira, seriam danos moralmente ilegítimos, mas legais.

Analisando, ainda, os demais termos linguísticos contidos na norma, verifica-se uma forte crítica ao emprego da expressão “a lei não ampara”, haja vista que a finalidade do texto, sabidamente, foi emitir um comando de proibição e de existência de antijuridicidade na conduta. Por isso, alguns autores, como MOLINERO (2010, pg. 280) e CARRANZA (1969, pg. 677), a clareza de expressões como “a lei proíbe” traria mais objetividade ao instituto.

Não por outra razão, é comum encontrar na doutrina nacional argentina autores que defendam que, na verdade, o instituto do abuso de direito representa uma categoria autônoma entre o legal e o ilegal.

Por fim, cabe registrar que, dentre os inúmeros questionamentos linguísticos relativos ao dispositivo, outro de relevo diz respeito à defesa da expressão “exercício abusivo de direitos” em troca do hoje consolidado “abuso de direito”, por ser entendida como a colocação menos ambígua para descrever o instituto (MOLINERO, 2010, pg. 280).

4.1 Características do instituto no Direito Argentino

Apesar do avanço na consolidação do instituto no ordenamento jurídico argentino, é certo que a par de todos os esforços do delineamento traçado pelo legislador, não há ainda o estabelecimento - de forma clara e incontestável - a respeito do que está permitido e do que está proibido em termos de exercício de direitos.

Malgrado o aspecto em tese objetivo da finalidade da norma, a qual nos remete a boa-fé, é certo que a submissão do direito a uma ordem moral - conclusão a que se chega diante da exigência de obediência à moral e aos bons costumes - afasta sobremaneira uma concretização mais retilínea do instituto e abre espaço para ponderações que consideram, além de tudo, os (pré)conceitos e as convicções pessoais dos magistrados.

Nesse sentido, muitas vezes, é próprio juiz do caso que determina o que será considerado exercício regular e o que será considerado abuso, de forma que os princípios da segurança jurídica e da legalidade restam abalados.

Vejamos os detalhes atinentes a cada um desses elementos que integram a configuração do abuso de direito.

4.2 A boa-fé, a Moral e os bons costumes

Dentre os critérios morais adotados pelo Código Civil para integrar a conceituação e caracterização do instituto do abuso de direito, destaca-se a boa-fé, que além de representar um critério preciso, conta com diversas disposições normativas que ilustram a diferença entre boa e má-fé.

Além disso é considerada concreta - se relaciona com a ideia de coexistência social pacífica, justa e útil - porque prega valores universais e é passível de ser aplicada por qualquer ordenamento jurídico. Dessa forma, a expressão da boa-fé é um conceito tão geral que parte da doutrina defende que, na verdade, seu enquadramento legal deveria ser como um dever essencial, como preveem os Códigos da Suíça e da Espanha (MOLINERO, 2010, pg. 285).

A moral - assim como os bons costumes - incluída na reforma de 1968 como critério para definição de conduta abusiva representa uma tentativa do legislador de moralizar as relações jurídicas. Contudo, tais critérios são largamente criticados pela doutrina devido ao seu largo teor de subjetividade e ambiguidade (MOLINERO, 2010, pg. 286).

Nessa linha, tem-se que, como conceito abstrato, a moral abre espaço para que opiniões pessoais acabem por levar à inaplicabilidade do direito objetivo.

Quando se fala em moral social, é certo que não há como definir exatamente quais seriam seus parâmetros, mesmo porque por menor que seja uma comunidade, sempre haverá divergência de crenças, religiosidade, cultura, etc. Por essa razão, na prática jurídica, a moral adequada será aquela determinada pelos tribunais, que são compostos por juízes que, a despeito de sua obrigação de imparcialidade, fatidicamente consideram em seus julgamentos seus valores pessoais, especialmente quando está em jogo a definição daquilo que é estritamente subjetivo.

Toda a ambiguidade presente na conceituação de moral (única ou média), também se estende, por óbvio, para a definição do que seriam bons costumes, haja vista que delinear o que deve ser considerado um bom costume para uma comunidade é tarefa impossível de se concretizar. As mesmas divergências de crenças, religiosidade, cultura, etc., impedem que haja consenso sobre o comportamento padrão que deve ser adotado pelos cidadãos.

Em resumo, se houve acerto por parte do legislador ao inserir como critério de aferição do abuso de direito a boa-fé, houve, ao mesmo tempo, grande descompasso ao enquadrar os elementos moral e bons costumes no mesmo patamar.

Nesse sentido, a doutrina critica fortemente essa escolha do legislador, a exemplo de MOLINERO (2010, pg. 288):

Em resumidas contas, a decisão de incorporar simultaneamente a boa-fé, a moral e os bons costumes não só é redundante, mas importa em verdadeiro paradoxo; isso porque, logo após consagrar através da boa-fé o critério mais razoável para dar com o abuso de direito, o legislador argentino pretende lograr ainda maiores precisões agregando outros dois parâmetros que, na prática, terminam esvaziando de conteúdo o primeiro e borrando por completo aquilo que se pretende delinear.

A finalidade da norma como critério definidor do abuso de direito é bem vista, assim como a inclusão da boa-fé, pois a finalidade aqui adotada não é social ou econômica - elementos que poderiam ensejar a mesma problemática de subjetividade atinente à moral e bons costumes -, mas a finalidade jurídica, da própria norma ao prever os direitos reconhecidos.

Sobre o tema, cumpre destacar os ensinamentos de MOLINA (1969, pgs. 90/91):

Como a lei consiste em um momento de criação atual, inseparável do âmbito temporal e espacial em que se dita, se inclui que os novos textos impõem (...) um sistema ou complexo de valores jurídicos que se dão na realidade concreta, localizados no tempo e no espaço, que vivem no seio social, na época da sanção da lei, pois são eles os que o legislador consagra, e não outros de outro tipo metafísico ou transcendente que excedam essa realidade axiológica plasmada na norma legal.

Assim, considerando que a lei é um produto atual de criação, intrinsecamente ligada ao contexto temporal e espacial em que é promulgada, torna-se evidente que os novos textos legislativos estabelecem um sistema ou conjunto de valores jurídicos que se manifestam na realidade concreta, delimitados no tempo e no espaço, e que permeiam a vida social na época da promulgação da lei. São esses valores que o legislador consagra, e não outros de natureza metafísica ou transcendente que ultrapassem essa realidade axiológica refletida na norma legal (Molina, 1969).

4.3 Considerações sobre o abuso do direito de propriedade

É cediço que a normatização do abuso de direito está original e intimamente ligada à proteção do direito de propriedade. Por essa razão, além do artigo 1071 do Código Civil Argentino, outros diversos dispositivos nesse mesmo diploma legal também trazem disposições relacionadas ao abuso de direito no âmbito do direito de propriedade.

Nesse sentido, cumpre destacar o artigo 2513, que em sua nova redação dita: *“é inerente à propriedade o direito de possuir a coisa, dispor ou servir-se dela, usá-la e gozá-la conforme a um exercício regular”*.

A principal mudança em relação ao texto anterior desse dispositivo (artigo 2513 do Código Civil Argentino) foi a introdução da ideia de *“exercício regular”*, pela qual se extrai que se o exercício do direito de propriedade que não seja regular - de acordo com os critérios adotados pela legislação - implica prática de abuso do direito de propriedade.

O artigo 2514, por sua vez, deixa ainda mais clara a proibição do abuso de direito de propriedade quando determina que: *“o exercício dessas faculdades não pode ser restringido, quando não for abusivo, ainda que prive terceiros de vantagens ou comodidades”*.

Outro dispositivo de destaque nessa senda é o artigo 2618 do Código Civil Argentino. Cumpre transcrevê-lo:

As moléstias causadas por fumaça, calor, odores, luminosidade, ruídos, vibrações ou danos similares pelo exercício de atividades em imóveis vizinhos, não devem exceder

a normal tolerância, tendo em conta as condições do lugar, ainda que mediante autorização administrativa para aquelas.

Segundo as circunstâncias do caso, os juízes podem dispor a indenização dos danos ou a cessação de tais moléstias.

Na aplicação desta disposição, o juiz deverá contemporizar as exigências da produção e o respeito ao uso regular da propriedade; assim mesmo terá em conta a prioridade no uso.

O juízo tramitará sumariamente.

Nota-se, assim, que além de ditar normas sobre limitações ao direito de propriedade - e proibição do seu abuso - diante do direito de vizinhança, o artigo 2618 vai além e demonstra preocupação inovadora com a questão ambiental, que também passa a ser parâmetro para o exercício regular de direito e, portanto, para o enquadramento das hipóteses de abuso.

Em que pese sua inovação, a doutrina ainda questiona a limitação de seu conteúdo, a exemplo de MOLINERO (2010, pg. 300), para quem:

Algo é seguro: do ponto de vista do desenvolvimento de uma verdadeira política ambiental destinada a prevenir prejuízos, o artigo 2618 CC é muito limitado e é a prova de algo que ainda hoje não se aceita: que o chamado Direito de danos já não pode ser patrimônio dos civilistas, mas requer um enfoque interdisciplinar, onde a legislação penal, administrativa e ainda a seguridade social cumpram funções mais preponderantes que a própria responsabilidade civil.

Críticas à parte sobre a limitação do conteúdo do dispositivo, o certo é que, no tocante ao abuso do direito de propriedade, este impõe limitações até mesmo para atividades autorizadas, contanto que reunidos os requisitos fixados para determinar o fato como praticado fora da normal tolerância, parâmetros estes regulados em lei (vê-se que o instituto da “*normal tolerância entre vizinhos*” não constitui no direito argentino hipótese de conceituação carregada de subjetividade, pois há, na própria lei, critérios objetivos que o define). Além disso, o próprio “*uso regular*” é regulamentado e serve de parâmetro ao magistrado no caso concreto.

4.4. A aplicação do instituto do abuso de direito

A respeito dos requisitos para sua constatação, o primeiro dos pressupostos para a configuração da conduta abusiva, é o exercício de um direito legítimo. Portanto, se a prática, de início, afronta a lei por inexistir o direito, não há que se falar em abusividade.

Cabe colacionar, a propósito, o estudo realizado por MOLINERO (2010, pg. 312):

Em definitivo, não se pode confundir o “abuso do direito” com a “inexistência de direito”. (...) sem embargo, não é demais deixar claro que a seguinte distinção básica: no abuso do direito o titular goza de uma certa prerrogativa legal, mas decide exercê-

la de forma contrária a alguns dos critérios fixados pelo artigo 1071 CC. Pelo contrário, na inexistência de direito não há sequer prerrogativa e, por esse motivo, o rechaço da pretensão não se funda no fato de haver incorrido em uma determinada qualificação negativa que faz o ordenamento em relação com determinada forma de exercício, senão, simples e plenamente, na falta de uma faculdade legal que se possa exercer.

Além disso, não é demais dizer que o abuso de direito pode se dar tanto por ação, quanto por omissão do agente, sempre que cause dano a terceiro e se possa enquadrar a conduta dentro dos parâmetros fixados para a configuração do abuso de direito.

Dito isso, tem-se que o abuso do direito constitui um ato ilícito que se configura a partir do exercício de um direito que, não obstante seja legítimo, foi praticado de maneira contrária ao que determina a lei.

A imputabilidade do titular também figura como elemento necessário à configuração do abuso do direito, na medida em que o discernimento, a intenção e a liberdade devem estar presentes na conduta; em caso de incapacidade do titular, a conduta é considerada, ainda, se praticada por representante legalmente habilitado. Se não há, contudo, esses elementos inerentes à capacidade do titular, não é possível falar em vontade, nem em direito subjetivo e, portanto, não se configura a conduta abusiva.

Em face dessa necessária imputabilidade do titular - que pratica o ato com discernimento, intenção e liberdade - o abuso do direito sempre pressupõe a existência de culpa ou dolo, da qual se originará a responsabilidade.

O prejuízo é, sem dúvida, um elemento caracterizador da conduta abusiva que, em maior medida existe para evitá-lo. Contudo, apesar das divergências doutrinárias a respeito, tem-se que o dano em si, concreto e atual, não é requisito essencial para a configuração do abuso do direito.

Sobre o tema, destaca-se trecho da obra de MOLINERO (2010, pg. 318), ao mencionar LÓPEZ HERRERA:

Ou dito de outra forma: o prejuízo no abuso do direito não tem porque importar uma lesão “presente” ou “atual” e, não em vão, um dos casos mais frequentes se produz quando alguém reclama judicialmente; por suposto, aonde o dano ainda não foi produzido e, de fato, só se consumaria no caso de o tribunal conceder curso à demanda com a pretensão disfuncional.

Nessa linha, é possível concluir que se der origem a prejuízos, o abuso do direito implicará indenização correspondente. No entanto, esse não é o único efeito possível. É plenamente razoável que o interessado recorra ao instituto para se resguardar quanto a um perigo iminente, como, por exemplo, uma tutela inibitória.

Deve ser destacado, ainda, que havendo dano (atual ou iminente) oriundo da prática questionada, a configuração do abuso do direito depende da existência de relação de causalidade entre a conduta impugnada e o prejuízo correspondente.

Frisa-se, neste ponto, a ressalva de que existem danos lícitos, que são previstos e garantidos expressamente em lei, situação que não deve ser confundida com o abuso de direito, onde apesar do exercício de um direito legítimo, a sua prática em desacordo com os parâmetros fixados em lei gera danos ilícitos.

Por fim, também pode ser enumerado como requisito da configuração da conduta abusiva a inexistência de outra solução legal para o deslinde da controvérsia. Em outras palavras: o juiz não pode aplicar a tese do abuso do direito como forma de afastar uma solução legal prevista para o caso, mas que considera injusta. Nesse sentido, é dizer: o abuso do direito é a última *ratio*, sob pena do sistema cair no extremo do que a doutrina chama de “*abuso do abuso de direito*”. (MOLINERO, 2010, pg. 323).

4.5 Alegação em Juízo e a valoração a ser enfrentada pelos juízes

A ação de reconhecimento de abuso do direito prescreve em dois anos, consoante determina o artigo 4037 do Código Civil Argentino, contados a partir da consumação do dano ou do seu conhecimento.

Pelo fato de a conduta abusiva poder se originar tanto de algo material, como de um comportamento processual - em demanda judicial em andamento -, ela pode ser apurada em ação e também em exceção, a depender do caso concreto, sempre garantindo-se o contraditório e a ampla defesa.

Quanto ao ônus probatório, é intuitivo que, por se tratar de exercício de direito legítimo - embora fora dos parâmetros permitidos -, sua demonstração cabe a quem alega. Além disso, a produção probatória é, na prática, facilitada e aceita na sua forma mais elementar possível, sendo admitida a mínima demonstração do descumprimento dos limites legais e da violação dos parâmetros vinculados à boa-fé, à moral e aos bons costumes.

Há severas divergências doutrinárias a respeito da possibilidade do reconhecimento do abuso de direito de ofício, ou seja, por iniciativa da autoridade judiciária. Sobre o tema, há pelo menos três correntes de entendimento.

A primeira delas não considera admissível o reconhecimento do abuso de direito de ofício ao argumento de que essa prática permite a condenação em reparação sem o necessário pedido da parte lesada (MOSSET ITURRASPE e PIEDECASAS, 2003, pg. 59). A segunda

corrente, por sua vez, é intermediária e permite o reconhecimento de ofício em alguns casos, a depender dos direitos envolvidos: tratando-se de direitos individuais e disponíveis, o reconhecimento depende da iniciativa das partes; no entanto, sendo o caso de interesses gerais - como a moral e os bons costumes -, é o caso de reconhecimento de ofício (CIFUENTES, 1988, pg. 84). Por fim, um terceiro grupo de estudiosos, defende ainda uma ampla aplicação de ofício do instituto do abuso de direito, fundamenta a tese no comprometimento do instituto com a ordem e interesse social de forma geral (ROCCA, 1961, pg. 1005).

Em face da ausência de norma expressa e geral a respeito, a doutrina segue dividida sobre o tema. No entanto, é importante ressaltar que a Lei de Falências (25.563) prescreve em seu artigo 52, inciso 4, que “*em nenhum caso o juiz homologará uma proposta abusiva ou em fraude à lei*”. Esse dispositivo legal, portanto, apesar de aplicação restrita, reforça os argumentos da corrente que autoriza de forma ampla o reconhecimento de ofício do abuso de direito.

Dentre as regras que devem ser observadas pelos tribunais na análise e reconhecimento do abuso de direito está em primeiro lugar a necessária clareza da prova acerca da conduta abusiva, estando a cargo do suposto prejudicado o ônus probatório.

Contudo, em algumas situações de patente abuso, não é necessário, por razões óbvias, prova além daquela elementar a respeito dos fatos. E, nesses casos, verificada a ocorrência de fatos nos moldes delineados no artigo 1071 do Código Civil Argentino, deve ser aplicado desde logo o instituto.

Os tribunais devem perceber, ainda, que em muitos casos a conduta abusiva é perpetrada através de uma ação judicial. Por isso, nesses casos, eventual decisão que rejeita o reconhecimento do abuso pode legitimar o dano causado na prática, dano este que de potencial, passa a ser concreto.

Ademais, toda conduta (dolo ou culpa) que revele intenção de causar dano deve ser reconhecida como abusiva. Nesse sentido, ainda que oriundos de contratos – que são regidos pela autonomia da vontade – os direitos pactuados são passíveis do crivo do abuso do direito, haja vista que não deixam de ser faculdades legais que merecem proteção, especialmente em face de possível desequilíbrio de obrigações assumidas.

Não é demais ressaltar, ainda, que o abuso do direito se aplica não somente aos dispositivos da legislação civil argentina (Código Civil), mas a todo o ordenamento jurídico do país, pois situa-se, na verdade, no âmbito da teoria geral do Direito (MOLINERO, 2010, pg. 334). Por essa razão, diversos são os tratados internacionais que de alguma forma disciplinam

o tema, especialmente aqueles relativos a direitos humanos, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos, que dita, em seu artigo 29.2 que:

“No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades, toda pessoa estará somente sujeita à limitações estabelecidas pela lei, com o único fim de assegurar o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar geral em uma sociedade democrática.”

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, por sua vez, determina (artigo XXVIII) que “Os direitos de cada homem estão limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem-estar geral e do desenvolvimento democrático.”

Nessa esteira, cumpre esclarecer, ainda, que por regular a validade de direitos assegurados no ordenamento jurídico, a norma relativa ao abuso do direito contida no artigo 1071 do Código Civil Argentino representa uma norma de ordem pública e, por isso, irrenunciável (MOLINERO, 2010, pg. 335).

A respeito, restou decidido pela Câmara Civil e Comercial de Santa Fé (julgamento de 27/11/1984) que:

“Não obsta a vigência do contemplado no artigo 1071 a declaração expressa de alguma das partes no sentido de renúncia a exercer os direitos contemplados nesse artigo, isso porque admitir o contrário implicaria admitir o imoral, o abusivo ou o irregular no âmbito do Direito. O abuso do direito, a boa-fé, são remédios em cuja vigência está interessado a ordem pública e a moral social, daí sua imperatividade, incompatível com uma renúncia antecipada.”

Ao contrário do que defendem alguns estudiosos do tema, o abuso do direito não constitui unicamente uma causa de responsabilidade civil. Tantos outros efeitos são possíveis, a partir de seu reconhecimento.

É certo que, sem prejuízo da função preventiva do instituto, uma vez reconhecido o abuso, o primeiro efeito que se verifica, quando consumado o dano, é a responsabilização civil do titular. Contudo, não é o único efeito oriundo da aplicação do abuso do direito.

Se a conduta abusiva é verificada através de uma ação judicial, por exemplo, o efeito direito de seu reconhecimento é a rejeição da demanda proposta pelo titular (autor da conduta abusiva). Se a conduta abusiva é perpetrada extrajudicialmente, por sua vez, o magistrado deve inicialmente determinar a desistência ao infrator que, se persistir, sofre com as medidas pertinentes à supressão forçada da conduta abusiva, a exemplo da imposição de astreintes.

Tratando-se de exercício abusivo relativo à construção, seu reconhecimento implica ordem de destruição.

Sendo o dano futuro e dependendo das circunstâncias e gravidade do caso concreto, dentre os efeitos está a adoção de medidas cautelares das mais variadas espécies.

O abuso em material processual também pode demandar a aplicação de sanções específicas, com aquelas enumeradas no artigo 45 do Código Processual Nacional (MOLINERO, 2010, pg. 338).

Outra hipótese de destaque na esfera do reconhecimento do abuso do direito é a desconsideração da personalidade jurídica, com responsabilização direta dos sócios (Lei 19.550, artigo 54), sempre que a pessoa jurídica não colabore com a garantia da lei e pratique atos com a intenção de eximir-se das responsabilidades a ela inerentes.

Por fim, destaca-se que o efeito último da condenação por reconhecimento de conduta abusiva é a imposição do pagamento pelas custas do processo judicial, tendo em vista ser a parte vencida da demanda.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito do direito é garantir a paz social, facilitando a convivência em sociedade. Os indivíduos constantemente defendem suas liberdades individuais e seus direitos como um todo, impulsionados pela busca de suas liberdades e aspirações. Esses direitos individuais podem eventualmente entrar em conflito com os de outros, e é aí que a legislação desempenha um papel crucial ao determinar qual direito prevalece em uma situação específica, promovendo, assim, a harmonia entre direitos e responsabilidades.

Nesse contexto, quando alguém ultrapassa os limites do seu direito protegido, isso inevitavelmente acaba por afetar os direitos de terceiros. Como já destacado, essa situação pode ocorrer com ou sem a intenção deliberada de prejudicar.

Assim, com o direito de ação não seria diferente, há limites para o exercício desse direito, posto que, por vezes é possível que o indivíduo se utilize de seu direito de ação com propósitos distintos daquele que o direito lhe assegura, configurando dessa forma o abuso de direito.

As partes devem adotar os princípios estabelecidos nos artigos 1º a 12º do Código de Processo Civil, reconhecendo que o processo constitui uma comunidade jurídica na qual todos devem cooperar para sua eficiência, resultando na entrega oportuna da prestação jurisdicional.

Esse entendimento é respaldado pelo inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, conforme incorporado pelo artigo 6º do atual Código de Processo Civil.

Assim, conforme estabelecido no artigo 139, III, do Código de Processo Civil, é dever do juiz prevenir ou reprimir qualquer conduta que atente contra a dignidade da justiça e indeferir requerimentos meramente procrastinatórios. Portanto, quando as partes adotam ações com o intuito de atrasar o andamento do processo, sem notificação para se manifestarem nos autos devidamente e no momento oportuno, ou de maneira desnecessária que cause tumulto no procedimento, podem incorrer em sanções de acordo com o artigo 80 do CPC.

O abuso de direito pode se manifestar de várias maneiras. O amplo acesso à justiça, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, é um direito fundamental. No entanto, como qualquer outro direito, o acesso à justiça também tem seus limites no ordenamento jurídico e deve ser exercido com responsabilidade. O abuso do direito de ação ocorre quando esse direito é utilizado de maneira excessiva ou distorcida, com o intuito de prolongar, atrasar ou impedir o andamento dos processos (STJ, BRASIL).

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em virtude do acesso à justiça garantido pela Constituição de 1988, o abuso de direito deve ser tratado com cautela. Ele deve ser aplicado nos casos em que fique evidente o desvirtuamento do exercício do direito de ação ou de manifestação nos autos.

Aliás, há um precedente desse entendimento naquela Corte, do ano de 2021 (Rcl 41.549), que determina que o peticionamento reiterado e infundado configura abuso de direito. A repetição de medidas processuais sem fundamento justifica a decisão transitada em julgado.

Destaca-se que o abuso de direito também constitui uma violação ao princípio da boa-fé objetiva, conforme estabelecido no artigo 5º do código processual, que determina que "aqueles que participam do processo devem agir com boa-fé".

De fato, verifica-se que quando uma parte se envolve em condutas processuais desleais, comportamento desonesto e contrário ao devido processo, violando assim as disposições do Diploma Processual, é possível constatar que ela agiu com claro propósito de distorcer a verdade processual, manipular a ordem dos fatos e das circunstâncias no processo, e dificultar a entrega da tutela jurisdicional. Nesses casos, está configurado o abuso de direito.

Verifica-se que o modelo Argentino é mais completo e rigoroso que o modelo brasileiro, com normas mais específicas, o que pode ser adotado pela legislação brasileira, que precisa de uma norma mais severa e objetiva para punir o jurisdicionado que se utiliza do abuso de direito para prejudicar as partes e/ou terceiros.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: em 05 de abril 2024.
- BRASIL. **Lei n. 13105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm > Acesso: em 05 de março 2024.
- CARRANZA, Jorge A., "Abuso del derecho", Jurisprudencia Argentina, tomo 3-673, Buenos Aires, 1969.
- CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 7.
- CIFUENTES, Santos, Elementos de Derecho civil. Parte general, Astrea, Buenos Aires, 1988.
- LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Teoría general de la responsabilidad civil, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
- LUNARDI CASTAGNA, Fabrício, "A Teoria do abuso de direito no Direito Civil Constitucional: Novos paradigmas para os contratos", 2011. Em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/teoria-do-abuso-de-direito-no-direito-civil-constitucional-novos-paradigmas-para-os-contrat>. Acesso em 25 abril 2024.
- MOLINA, Juan C., Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil, Astrea, 1969.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge/PIEDECASAS, Miguel A. (Directores), Código Civil comentado (Doctrina-jurisprudencia-Bibliografía), tomo 5 (Responsabilidad civil), Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003.
- MARCACINI TAVARES ROSA, Daniela, "O Abuso do Direito", Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais PUC - SP, São Paulo, 2006. Em: <https://docplayer.com.br/76879850-Daniela-tavares-rosa-marcacini-o-abuso-do-direito-dissertacao-de-mestrado-em-direito-das-relacoes-sociais.html>
- MARTINS MARCONDES, Ricardo, "Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado", Malheiros Editores, Brasil, 2010.
- PRIETO MOLINERO, Ramiro J., "Abuso del derecho", La Ley, Buenos Aires, 2010.
- ROCCA, Ival, "Abuso del derecho", La Ley, tomo 104-907, Buenos Aires, 1961.
- PRIETO MOLINERO, Ramiro J., "Abuso del derecho", La Ley, Buenos Aires, 2010.
- RODOVALHO, Thiago, "Abuso de direito e direitos subjetivos", 2011. Em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/44480>
- STOCO, Rui. "Abuso do direito e má-fé processual", Editora Revista dos Tribunais" São Paulo, Brasil, 2010.