



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SHAM LITIGATION: O AJUIZAMENTO SUCESSIVO MALICIOSO DE AÇÕES
JUDICIAIS COMO ABUSO DE DIREITO

Gabriela Mantovani Espíndola Pessôa

Rio de Janeiro
2021

GABRIELA MANTOVANI ESPÍNDOLA PESSÔA

SHAM LITIGATION: O AJUIZAMENTO SUCESSIVO MALICIOSO DE AÇÕES
JUDICIAIS COMO ABUSO DE DIREITO

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2021

SHAM LITIGATION: O AJUIZAMENTO SUCESSIVO MALICIOSO DE AÇÕES JUDICIAIS COMO ABUSO DE DIREITO

Gabriela Mantovani Espíndola Pessôa

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo - a doutrina da *sham litigation* é um tema muito atual, mas pouco conhecido e trabalhado pelos estudiosos do Direito no Brasil, embora recorrente e bastante discutido nos Estados Unidos. No entanto, em 10 de outubro de 2019, o STJ reconheceu que o ajuizamento sucessivo de ações judiciais desprovidas de fundamentação idônea e intentadas com propósito doloso pode configurar abuso de direito de ação. A essência do artigo é analisar como a *sham litigation* foi aplicada nessa decisão, diante da insuficiência dos institutos processuais, e demonstrar como fica o abuso do direito de ação, perante o direito fundamental de acesso à Justiça.

Palavras Chave - *Sham Litigation*. Assédio Processual. Abuso de Direito. Acesso à Justiça.

Sumário - Introdução. 1. A origem do estudo do *sham litigation* e sua aplicação no REsp nº 1817845-MS 2. *Sham litigation* como abuso de direito e a insuficiência dos artigos 77 a 81 do CPC/2015 3. A excepcionalidade do abuso de direito de ação, diante do direito fundamental de acesso à justiça. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trabalha a doutrina da *sham litigation*, que é um tema muito atual, mas pouco conhecido e trabalhado pelos estudiosos do Direito no Brasil, embora recorrente e bastante discutido nos Estados Unidos. Sobre esse assunto, até pouco tempo atrás, em nosso país, a doutrina tinha como fonte de pesquisa, principalmente, as decisões emanadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nesse sentido, até então, o foco do estudo da *sham litigation* era basicamente o ambiente concorrencial.

No entanto, em 10 de outubro de 2019, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que o ajuizamento sucessivo de ações judiciais desprovidas de fundamentação idônea e intentadas com propósito doloso pode configurar ato ilícito e abuso de direito de ação, acendendo novas discussões sobre o tema no Brasil e expandindo seu âmbito de aplicação.

Dessa forma, com o tema *sham litigation* extrapolando o direito concorrencial e adentrando em relações processuais gerais, precisa-se de forma mais sólida discutir suas consequências e maneiras de repressão, uma vez que a conduta não está protegida pela imunidade constitucional ao direito de demandar.

Nesse sentido, o objetivo deste artigo é focar nesse tema relevante jurídica e socialmente pois a *sham litigation* desvirtua um direito tão caro e importante em nossa Constituição Federal: o acesso universal à Justiça. Isso porque o abuso do direito de demandar, concretizado em sucessivas pretensões desprovidas de fundamentação, caso não adequadamente inibido, traz descrédito à Justiça, impactando negativamente a efetividade da prestação jurisdicional.

Sendo assim, inicia-se o primeiro capítulo com a análise do REsp nº 1817845-MS, discutindo como a sólida doutrina da *sham litigation* anglo-saxã foi aplicada e eventuais adaptações à cultura jurídica brasileira.

No segundo capítulo, busca-se comprovar que os artigos 77 a 81 do CPC/2015 são insuficientes para coibir o abuso processual na modalidade *sham litigation*, sendo necessária a figura do artigo 187 do Código Civil, que trata do abuso de direito de forma genérica.

Por fim, o terceiro capítulo sustenta, diante do confronto entre a punição da *sham litigation* como abuso de direito e o acesso universal à justiça, que ambos podem conviver harmoniosamente no ordenamento jurídico, não se violando o núcleo essencial do artigo 5º, XXXV, de nossa Constituição Federal¹.

Para tudo isso, a pesquisa utiliza o método hipotético-dedutivo, pois, a partir de um problema, formula-se hipóteses para analisar o objeto da pesquisa e, assim, por um processo dedutivo, comprová-las ou rejeitá-las de forma embasada e argumentada.

Assim, do ponto de vista da forma de abordagem do problema, a pesquisa empregada é qualitativa, uma vez que o pesquisador se vale da bibliografia pertinente ao tema objeto, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, com o fito de sustentar a sua defesa.

1. A ORIGEM DO ESTUDO DO *SHAM LITIGATION* E SUA APLICAÇÃO NO RESP Nº 1817845-MS

No dia 10 de outubro de 2019, o Recurso Especial nº 1817845 – MS foi julgado, nos termos do voto-vista vencedor da Sra. Ministra Nancy Andriighi, vencido o Sr. Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino. O acórdão, lavrado pela Ministra, reconheceu, em suma, o acolhimento da pretensão indenizatória material e moral contra os recorridos, que incorreram em abuso do direito fundamental de acesso à justiça, pois promoveram sucessivas demandas

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

desprovidas de fundamentação contra os recorrentes. Segundo a Ministra, “o conjunto desta obra verdadeiramente mal-acabada que configura o dever de indenizar”², ou seja, o abuso do direito de acesso à justiça não se materializou em cada um dos atos processuais individualmente considerados, mas no conglomerado de pretensões não fundamentadas.

Esse acórdão aplicou a teoria denominada *sham litigation*, já renomada e frequente nos Estados Unidos, mas pouco conhecida e trabalhada pelos estudiosos no Brasil. No entanto, o REsp nº 1817845-MS não aplicou tal doutrina com os mesmos critérios já estabelecidos no direito norte-americano, adaptando-a e expandindo-a. Para demonstrar isso, far-se-á uma breve digressão sobre como a teoria é aplicada nos Estados Unidos e os critérios ali indispensáveis e, após, explanar-se-á como a *sham litigation* foi concretamente aplicada e moldada no acórdão em questão.

Nos Estados Unidos, a expressão *sham litigation* compreende ação ou conjunto de ações ajuizadas no Poder Judiciário, sem embasamento sólido, sem fundamentação e sem potencialidade de sucesso, com o fito primordial e disfarçado de prejudicar algum concorrente direto do autor, causando-lhe danos e dificuldades de ordem financeira, estrutural e de reputação³. Essa teoria desenvolveu-se de forma eloquente nos Estados Unidos, concluindo seus tribunais que o direito de petição é relativo e reconhecendo que o abuso das alternativas de provocar o Poder Judiciário pode causar prejuízos significativos ao bem estar geral⁴.

Com o avanço da aplicação da *sham litigation* nos tribunais americanos, surgiram divergências acerca dos critérios que seriam utilizados para caracterizar o abuso do direito de ação, a fim de que não se viole o direito de acesso à justiça positivado na Primeira Emenda da Constituição norte-americana. Assim, a partir de vários julgamentos, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento do caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, estabeleceu dois requisitos primordiais e cumulativos para sua caracterização. O primeiro requisito preconiza que a ação deve ser desprovida de qualquer

² BRASIL. Superior Tribuna de Justiça. *REsp. nº 1.817.845/MS*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Relatoria para acórdão: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1817845&aplicacao=processos.ca&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 01 set. 2020.

³ CORRÊA, Rogério. *Você sabe o que é Sham Litigation?* Disponível em: https://sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=13665&n=voc%C3%AA-sabe-o-que-%C3%A9-sham-litigation?. Acesso em: 01 set. 2020.

⁴ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Processo administrativo sancionador federal como instrumento de proteção de direitos individuais e difusos*: Breves reflexões sobre o garantismo e interesse público na efetivação da pretensão punitiva estatal. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/processo-administrativo-sancionador-federal-como-instrumento-de-protecao-de-direitos-individuais-e-difusos-breves-reflexoes-sobre-garantismo-e-interesse-publico-na-efetivacao-da-pretensao-punitiva-est/>. Acesso em: 25 set. 2020.

fundamentação, de modo que nenhum litigante razoável pudesse ter esperanças quanto ao seu provimento. O segundo requisito resta configurado caso a ação sem fundamento tenha o objetivo de influenciar negativamente nos negócios de seu concorrente⁵.

Nesse sentido, depreende-se que a teoria da *sham litigation*, no contexto norte-americano, é utilizada no campo do Direito Econômico, uma vez que um dos seus requisitos é o desígnio de causar danos em um ambiente empresarial a um concorrente direto. Por isso, no Brasil, até o REsp nº 1817845-MS, a teoria, baseada nas decisões no ambiente concorrencial norte-americano, já era bastante e quase restritamente aplicada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Para o CADE, *sham litigation*, também chamado de abuso anticompetitivo do direito de petição ou litigância predatória, “é a conduta caracterizada pelo exercício abusivo do direito de petição, com a finalidade de impor prejuízos ao ambiente concorrencial”⁶. Essa definição traz de maneira pura a aplicação da *sham litigation* norte-americana, que delimita sua aplicação apenas à seara de competição empresarial.

No entanto, o REsp nº 1817845-MS trouxe a aplicação da teoria *sham litigation* de forma diferenciada, extrapolando o direito concorrencial e adentrando em relações processuais gerais. No caso concreto de fundo, a ação indenizatória, fundada no abuso do direito de ação, tem, em uma de suas matrizes, uma ação de divisão de terras particulares ajuizada pelos recorrentes em face dos recorridos em 1988, cujo elemento causal é uma procuração incontrovertidamente falsa, datada de 1970. Conforme destaca a Sra. Ministra Nancy Andrighi, desde o surgimento da controvérsia entre as partes, no ano de 1970, há quarenta anos, computam-se dez ações judiciais ou processos administrativos ajuizados pelos recorridos, consubstanciadas em embargos de terceiro, ação de obrigação de fazer, procedimento administrativo, mandado de segurança, entre outros⁷.

Todo esse conjunto de ações, conforme narrado no acórdão, foi ajuizado pelos recorridos com o objetivo de postergar a restituição de propriedade familiar aos recorrentes, sendo certo que, apesar da área ter sido objeto de sentença divisória em 1995, apenas foi restituída aos recorrentes em 2011. Dessa forma, os recorrentes ajuizaram ação de reparação de danos materiais e morais, culminando no Recurso Especial em comento, que tem como causa de pedir a prática de atos de assédio processual dos recorridos, que teriam, por consequência de

⁵ Ibid.

⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Perguntas sobre infrações à ordem econômica. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acesso em: 24 set. 2020.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

todas as demandas aforadas, privado os recorrentes, por décadas, de usar, dispor e fruir de propriedade familiar da qual são herdeiros⁸.

No julgamento, Sra. Ministra Nancy Andrichi faz referência a precedentes norte-americanos, citando a teoria da *sham litigation*, destacando que a conduta do abuso de direito de demandar não é albergada pela imunidade constitucional ao direito de acesso à justiça. Para isso, a Sra. Ministra, em sua fundamentação, fez a mesma observação acima indicada, destacando que a doutrina da *sham litigation*, em sua raiz norte-americana, se consolidou enfaticamente no âmbito do direito concorrencial⁹. No entanto, a Sra. Ministra avança e aumenta o âmbito de aplicação de tal doutrina, não a restringindo apenas ao direito concorrencial:

A despeito de a doutrina da *sham litigation* ter se formado e consolidado enfaticamente no âmbito do direito concorrencial, absolutamente nada impede que se extraia, da *ratio decidendi* daqueles precedentes que a formaram, um mesmo padrão decisório a ser aplicado na repressão aos abusos de direito material e processual, em que o exercício desenfreado, repetitivo e desprovido de fundamentação séria e idônea pode, ainda que em caráter excepcional, configurar abuso do direito de ação¹⁰.

Ou seja, o REsp nº 1817845-MS inovou ao aplicar a teoria da *sham litigation* em uma ação que tem como fundo uma disputa de posse e propriedade, extrapolando as bordas do direito concorrencial ditadas pelas decisões norte-americanas. No caso, os recorridos, ao ajuizarem inúmeras ações, não tinham o objetivo de causar danos empresariais nos negócios dos recorrentes, mas sim postergar ao máximo a restituição das terras a eles, o que nada tem a ver com disputa concorrencial.

Dessa forma, compreende-se que o acórdão, no Superior Tribunal de Justiça, aumentou o âmbito de aplicação do segundo requisito supracitado, estabelecido pela Suprema Corte norte-americana, para configuração da *sham litigation* no Brasil. Isso porque, segundo o acórdão, resta configurado o assédio processual quando o conjunto de ações danosas e sem fundamento tem o flagrante objetivo de causar prejuízos a aquele que está no polo passivo, independentemente de o requerido estar inserido em um contexto de disputa empresarial. Assim, o acórdão condenou os recorridos ao pagamento de indenização de natureza material e moral, uma vez que todo aquele conjunto de ações frívolas, com o fito de impedir que os

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

recorrentes acessem suas terras, configurou abuso de direito, com base no artigo 187 do Código Civil¹¹.

Ou seja, a doutrina da *sham litigation*, no REsp nº 1817845-MS, não foi aplicada de forma idêntica à maneira norte-americana, mas foi alargada, adentrando em relações processuais gerais. Para isso, a Sra. Ministra Nancy Andrichi entendeu que os artigos do CPC não são suficientes, baseando sua fundamentação no artigo 187 do Código Civil, que trata do abuso de direito de forma genérica, afinal, nem “todas as descomposturas, chicanas e tramoias processuais”¹² podem ser taxativamente elencadas antecipadamente pelo legislador processual civil.

2. SHAM LITIGATION COMO ABUSO DE DIREITO E A INSUFICIÊNCIA DOS ARTIGOS 77 A 81 DO CPC/2015

O contexto por trás do acórdão publicado no Recurso Especial nº 1817845 – MS, nos termos do voto-vista vencedor da Sra. Ministra Nancy Andrichi, trouxe a seguinte questão: os artigos 77 a 81 do CPC/2015, que tratam Dos Deveres e Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual, seriam suficientes para coibir o abuso processual na modalidade *sham litigation*?

O próprio voto vencedor já responde tal indagação, deixando claro que os artigos 77 a 81 do CPC/2015 são insuficientes para coibir a *sham litigation*, ainda mais com a amplitude com a qual a doutrina foi aplicada pela Sra. Ministra, conforme explicitado no Capítulo 1. Diante de tal vácuo que a legislação processual deixou, foi no Direito Civil que o acórdão buscou o instituto que seria uma alternativa para coibir uma desvirtuação tão forte do direito de acesso universal à Justiça. Assim, o voto vencedor utilizou o artigo 187 do Código Civil, que trata do abuso de direito de forma geral, para fundamentar a condenação dos recorridos ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

O artigo 187 do Código Civil de 2002 foi umas das novidades no ordenamento jurídico mais comemoradas pela doutrina, uma vez que equipara o abuso de direito a um ato ilícito essencialmente¹³. Veja-se a redação do mencionado dispositivo, “Art. 187. Também comete ato

¹¹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406/compilada.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

¹² BRASIL, op. cit., nota 2.

¹³ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 10. ed. V. 2. São Paulo: Método, 2015, p. 340.

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.”¹⁴.

Conforme lições do jurista San Tiago Dantas¹⁵, bem antes da promulgação do Código Civil de 2002, apesar de encontrar fundamentos no Direito Romano, o abuso de direito tem sua principal causa no Direito Medieval, tendo em vista que foi na vida medieval que o ambiente para a emulação era fértil. Segundo o doutrinador, emulação é o exercício de um direito com a finalidade de prejudicar outrem, ou seja, o autor do ato não visa obter benefício para si, mas apenas causar prejuízo a outrem. Como tal, era constante sua visualização no ambiente medieval, tendo em vista que tal época sofreu toda forma de alteração que uma sociedade poderia conhecer, tendo a rixa, a briga e o atrito como sua substância.

O autor Flávio Tartuce¹⁶, considerando o histórico do instituto e os princípios que impregnam o Código Civil de 2002, chega à seguinte conclusão:

[...] o abuso de direito é um ato lícito pelo conteúdo, ilícito pelas consequências, tendo natureza jurídica mista – entre o ato jurídico e o ato ilícito – situando-se no mundo dos fatos jurídicos em sentido amplo. Em outras palavras, a ilicitude do abuso de direito está presente na forma de execução do ato. Desse conceito, conclui-se que a diferença em relação ao ato ilícito tido como puro reside no fato de que o último é ilícito no todo, quanto ao conteúdo e quanto às consequências.

Diante de tal lição, vê-se que a Sra. Ministra Nancy Andrighi, ao redigir o voto vencedor, em sede do REsp nº 1817845-MS¹⁷, aplicou o conceito de abuso de direito perfeitamente ao avaliar o abuso processual, mais especificamente no caso de ajuizamento sucessivo malicioso de ações judiciais. Isso porque, obviamente, ajuizar ações judiciais é um ato lícito pelo conteúdo: a princípio, o Judiciário está à disposição de maneira universal. No entanto, trata-se de um ato ilícito pelas consequências, afinal, ajuizar sucessivas ações frívolas, sem qualquer fundamento, causa imensos prejuízos morais e materiais a aquele que é requerido. Ou seja, a ilicitude decorre não do exercício do direito em sua forma essencial – o acesso universal à Justiça -, mas sim de sua forma de execução: sem fundamento, sucessivamente e buscando apenas o prejuízo e perturbação alheia.

De fato, o abuso do direito trata-se de um instituto bastante versátil no ordenamento jurídico, tendo em vista que separa a licitude do conteúdo da ilicitude da consequência, sendo que esta contamina todo o ato, tornando o abuso de direito um ato ilícito quando analisado em

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 11.

¹⁵ DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 369.

¹⁶ TARTUCE, op. cit., p. 343.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

seu todo. Diante de tal versatilidade, o instituto do abuso de direito encaixou como uma luva como forma de coibir a *sham litigation* no acórdão do REsp nº 1817845-MS, diante da incompletude dos institutos processuais, que já não deram mais conta, punitiva e pedagogicamente, de reprimir o ajuizamento malicioso sucessivo de ações.

Sobre isso, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, reformado pelo voto vencedor no REsp nº 1817845-MS, consignou, ao contrário do que foi defendido pela Sra. Ministra Nancy Andrighi e por esse artigo, que o abuso processual, a má-fé ou o dolo deveriam ser individualmente verificados em cada uma das sucessivas ações ajuizadas, ou seja, a responsabilização por dano processual se verificaria apenas dentro do próprio processo, ou seja, utilizando-se os artigos 77 a 81 do CPC/2015. Para o TJMS, não deveria haver indenização material ou moral de forma autônoma, uma vez que se trataria de ações cujo abuso dos atos deveria ser avaliado apenas de maneira endoprocessual¹⁸.

No entanto, conforme bem ressalta a Sra. Ministra Nancy Andrighi, o universo de ações maliciosas sucessivas é um caso à parte do abuso processual consubstanciado nos artigos 77 a 81 do CPC/2015, devendo ser analisado de maneira bastante distinta. Isso porque o abuso do direito fundamental de acesso à Justiça não se concretizou em cada um dos atos processuais individualmente considerados, mas em uma séria de atos harmonizados entre si, em sucessivas pretensões sem qualquer fundamentação e em quase uma dezena de demandas levianas e temerárias. Nesse sentido, é o conjunto desta obra mal-acabada que configura o dever de indenizar e não cada ato considerado de maneira individual¹⁹.

Ademais, não há de se falar que só se poderia punir como abuso de direito tal espécie de violação processual caso estivesse elencada na parte Dos Deveres e Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual, nos artigos 77 a 81 do CPC/2015. De fato, por causa das origens romano-germânicas e de *civil law* do Direito Brasileiro, parece ser sempre essencial que a lei positive, prévia, expressa e especificamente, a ilicitude do ato abusivo e a possibilidade de puni-lo para que se pense em examiná-lo nos conflitos que são submetidos ao Poder Judiciário. No entanto, os deveres de boa-fé, ética e probidade estão presentes no tecido social e, portando, são intrínsecos ao próprio direito. Nesse sentido, o ajuizamento sucessivo temerário de ações judiciais é adequadamente coibido como forma de abuso de direito, conceito aberto e dinâmico, ainda que não previsto de maneira pontual e estrita nos artigos 77 a 81 do CPC/2015.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁹ Ibid.

Desse modo, fica claro que, havendo excesso, ao se exercer o direito, que ultrapasse o limite econômico ou social, da boa-fé ou dos costumes está configurado o abuso do direito²⁰, não ficando o ambiente processual incólume a esse conceito. Isso porque o direito é um só, sendo falsa a sensação de que os institutos processuais devem ser analisados e verificados de maneira estanque aos institutos do direito material. Assim, com a certeza de que o Código Civil de 2002 aumentou ainda mais o leque de alternativas para que o aplicador do direito obste condutas que são nocivas ao tecido social, o presente entendimento quanto ao abuso do direito na seara processual estará cada vez mais presente em sede de decisões judiciais²¹, sendo idôneo que a *sham litigation* deva ser reprimida por todos que valorizam o direito universal de acesso à Justiça.

3. A EXCEPCIONALIDADE DO ABUSO DE DIREITO DE AÇÃO, DIANTE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Reprimir a *sham litigation*, como ajuizamento malicioso sucessivo de ações, em uma análise superficial, pode parecer como um risco ao direito universal de acesso à Justiça. De fato, o direito de acesso universal à Justiça é um direito fundamental expressamente positivado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal e, logo, deve-se ter cuidado em se admitir que certas concretizações desse direito são abusivas e, assim, puníveis a título do artigo 187 do Código Civil.

Primeiro, deve-se destacar que já é mais do que claro, para a doutrina neoconstitucionalista, que direitos não são absolutos, mesmo os mais caros, e, assim, em situações de conflito, devem ser objeto de ponderação. Dessa forma, em cada caso concreto, diante da oposição entre o direito do acesso universal à Justiça e os direitos da personalidade violados com a *sham litigation*, o aplicador do direito deve organizar os argumentos jurídicos para se construir uma decisão justa, tendo-se em mente que, muitas vezes, um direito vai ceder em prol do outro.

No mais, conceber o direito de acesso à Justiça como absoluto, inibindo a punição de seu uso abusivo, é prejudicial para a própria concepção de tal direito. Isso porque aquele que pratica a *sham litigation* age alegadamente sob o prisma de princípios caros, como o acesso à Justiça, o devido processo legal e a ampla defesa, mas usa tais garantias para cometer e ocultar

²⁰ TARTUCE, op. cit., p. 356.

²¹ Ibid., p. 355.

suas ilicitudes. Assim, dar guarita para tal prática de modo ilimitado coloca um direito constitucional tão importante para um Estado Democrático de Direito como instrumento para pessoas praticarem suas vilezas²².

É por isso que a Sra. Ministra Nancy Andrighi, em seu voto²³, destacou que o processo deve ser analisado à luz dos mais basilares cânones do direito, não para impedir o exercício regular dos direitos fundamentais por litigantes sérios e probos, mas para conter litigantes que abusam dos direitos fundamentais por capricho, por razões emulativas, por dolo ou que, em ações ou incidentes levianos, propaguem pretensões ou defesas irresponsáveis, capazes de tornar o processo um simulacro de processo. Nesse sentido, o abuso de direito para punir a *sham litigation*, aplicado de forma excepcional e ponderada, pode ser um mecanismo muito eficaz para o combate dessa conduta nociva, sempre tendo-se em perspectiva as prerrogativas individuais.

Nessa toada, é importante ressaltar que o reconhecimento de eventual abuso do direito de acesso à Justiça deve ser uma exceção, pois nunca se pode deixar de ter em mente que se trata de um direito fundamental basilar do Estado Democrático de Direito, de grande espectro. Desse modo, é natural uma relutância em se reconhecer o abuso do direito de ação, tendo em vista a tensão e a tenuidade com o exercício regular de tal direito fundamental²⁴, sendo sensato condenar o litigante de maneira excepcional, quando ficar escandaloso o dolo malicioso no ajuizamento sucessivo de ações e incidentes.

Nesse sentido, quando a *sham litigation* estiver claramente configurada, deve ser reprimida com força coerente à relevância que o direito de acesso à Justiça possui no ordenamento jurídico brasileiro, exigindo-se do julgador ainda mais prudência na declaração de que o abuso do direito de ação ocorreu além de qualquer dúvida razoável. Assim, é preciso certos parâmetros para se reconhecer a *sham litigation*, para que condenações nesse sentido não sejam utilizadas de forma a ferir o núcleo essencial do direito de acesso à Justiça²⁵.

Para reforçar tal argumentação, a Sra. Ministra Nancy Andrighi cita o processualista Michele Taruffo²⁶, que afastou veementemente a noção de que haveria contradição no reconhecimento do abuso de um direito processual fundamental. O jurista começa citando os argumentos daqueles que seriam contra o reconhecimento do abuso do direito processual. Ele

²² BRASIL, op. cit., nota 2.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). *Revista de Processo*, v. 34, nº 177. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 164-166.

ressalta que alguns juristas poderiam dizer que, quando a questão refere-se a uma garantia fundamental, não haveria espaço para o abuso do direito processual, pois os contemporâneos desenvolvimentos das garantias constitucionais são no sentido de alargar o seu espectro, excluindo-se a possibilidade do abuso do direito processual em muitas áreas do processo civil.

Ainda indicando os argumentos daqueles que são contrários ao reconhecimento do abuso do direito processual, Michele Taruffo²⁷ indica que tais juristas poderiam ressaltar que a própria ideia de abuso de direitos processuais é contraditória por si, afinal, quando se fala de direitos processuais, na concepção de direitos processuais garantidos, não há espaço para abuso. O jurista ainda traz a preocupação sobre a possibilidade de conflitos entre a concretização de direitos fundamentais e o problema do abuso de direito processual, pois, em muitos ordenamentos jurídicos, a realização das garantias fundamentais ainda está em desenvolvimento. Dessa forma, alguns aplicadores do direito poderiam recear que tal conceito de abuso seja utilizado como uma forma de limitar ou prevenir a completa concretização de tais garantias. Ou seja, deve-se estar atento para que não se impeça ou desacelere o desenvolvimento de garantias processuais, destacando-se em excesso a hipótese de serem objeto de ilicitudes.

Michele Taruffo²⁸ reconhece que essas preocupações supracitadas são importantes e merecem zelo. No entanto, o jurista acerta ao assentar que elas não podem impedir o reconhecimento de que o abuso do direito processual é problema sério, apenas pelo receio perante um rótulo de direito fundamental processual. Nesse sentido, o autor enfatiza que não há contradição alguma em se falar de abuso de direito processual. Isso porque, segundo ele, um direito pode ser exercido em muitos modos diversos e com diferentes finalidades. Dessa forma, há a possibilidade de se diferenciar condutas processuais justas e corretas daqueles injustas e abusivas. Ou seja, não é porque uma pessoa possui o direito fundamental de acesso à Justiça que ela estará autorizada a propor qualquer ação sem nenhum interesse minimamente legítimo, apenas com o foco de infernizar outra pessoa. Em tal caso, está claro o abuso do direito de acesso à Justiça.

Nessa perspectiva, chega-se à conclusão de que, de fato, não há contradição entre concretização de garantias processuais e o reconhecimento da *sham litigation*, como ajuizamento sucessivo malicioso de ações. Conforme ressalta Michele Taruffo²⁹, direitos, mesmo aqueles fundamentais e garantidos, podem ser utilizados de maneira incorreta e com propósitos espúrios, sendo, logo, objetos de abusos. Ao mesmo tempo, garantias processuais

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

não possuem o intuito de legitimar práticas abusivas, injustas e nocivas. Assim, a questão sobre aplicação de direitos constitucionais e a tese do abuso de direito processual pertencem a diferentes conjunturas e, pelo menos na teoria, não devem se sobrepor nem divergir um do outro. Afinal, quando o abuso começa, a garantia deve terminar.

Dentro desse contexto, como forma de parâmetro, o primeiro indicador de configuração da *sham litigation* é o surgimento de um padrão de processos infundados e repetitivos. Uma segunda característica seria a aptidão de tais processos sucessivos produzir resultados ilegais, não albergados pelo direito de acesso à Justiça³⁰. Esses dois sinais podem conduzir, em caráter sempre excepcional, à punição do litigante por prática de *sham litigation*.

Tal excepcionalidade deve ser sempre buscada pelo aplicador do direito, de forma que a punição à título da *sham litigation* não viole o núcleo essencial do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal³¹. Isso é fundamental para a própria afirmação de tal dispositivo constitucional, uma vez que abusos devem ser rechaçados justamente para própria efetivação legítima do direito universal de acesso à Justiça³². Afinal, um direito ser universal significa que todos o possuem, mas isso não quer dizer que seu exercício possa se dar de qualquer forma, ficando sua realização ilícita fora do espectro de tal universalidade.

CONCLUSÃO

Este artigo coloca como problemática essencial, com o REsp nº 1817845-MS como ponto de partida, a questão da *sham litigation* sendo punida como abuso de direito e as eventuais implicações disso no sistema jurídico pátrio. A discussão principal concretiza-se no confronto aparente entre a punição da *sham litigation* e o direito de acesso universal à Justiça.

Para dar fundação ao embate, demonstrou-se, no primeiro capítulo, como o voto-vista vencedor da Sra. Ministra Nancy Andrighi aplicou a doutrina da *sham litigation* no acórdão vencedor do REsp nº 1817845-MS. Para isso, foi preciso trazer como a *sham litigation* vem sendo utilizada nos Estados Unidos, quase que exclusivamente no Direito Econômico; e, depois, dissecou-se como a teoria foi apresentada pelo E. STJ. Ficou claro, assim, que o E. STJ, de maneira inovadora, aplicou o instituto de maneira diferente do que foi aplicado em sua origem, ou seja, ampliou-se seu espectro de observância, embrenhando-se em relações

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

³² TARUFFO, op. cit., nota 26.

processuais gerais e extrapolando as bordas do direito concorrencial ditadas por decisões estrangeiras.

No segundo capítulo, explanou-se como a Sra. Ministra Nancy Andrighi encontrou uma saída no artigo 187 do Código Civil, que trata do abuso de direito, diante do vácuo na legislação processual, não corrigido pelos artigos 77 a 81 do CPC/2015. Diante da abrangência da *sham litigation* preliminarmente estabelecida, conforme salientado no primeiro capítulo, a Sra. Ministra percebeu, de forma acertada, que seria necessário um instituto alternativo para punir uma desvirtuação tão forte ao direito de acesso universal à Justiça.

Dessa forma, demonstrou-se como o abuso de direito é um instituto versátil no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que se separa a licitude do conteúdo da ilicitude da consequência de um ato. Diante de tal versatilidade, ficou claro que o abuso de direito encaixou perfeitamente como método para se coibir a *sham litigation* no acórdão do REsp nº 1817845-MS. Salientou-se que a necessidade de recorrer ao artigo 187 do Código Civil vem da incompletude dos próprios institutos processuais, que não dão terreno fértil para repressão do ajuizamento malicioso sucessivo de ações.

Foi necessário, ainda, separar de forma contundente as condutas que dão ensejo ao abuso do direito fundamental de acesso à Justiça daquelas que se subsumam aos artigos 77 a 81 do CPC/2015. Sustentou-se, portanto, que o abuso do direito fundamental de acesso à Justiça não se configura em cada um dos atos processuais isoladamente, mas em uma sucessão de atos combinados entre si, em sucessivas pretensões sem qualquer fundamentação. Ou seja, é o conjunto da obra que gera o dever de indenizar com base no artigo 187 do Código Civil e não cada ato processual ilícito individual.

Assim, restou cristalino que não há por que separar de forma estanque os institutos processuais dos materiais, aumentando-se ainda mais o leque de possibilidades para que o aplicador do direito impeça atos que são nocivos à sociedade. Nesse sentido, o entendimento defendido por esse artigo estará cada vez mais presente em decisões judiciais, sendo isso algo positivo, uma vez que a *sham litigation* deve ser reprimida por todos que exaltam o direito universal de acesso à Justiça.

Este artigo pretende sustentar, por conseguinte, que punir a *sham litigation* como abuso de direito, de forma excepcional, não viola o direito universal de acesso à Justiça. De fato, ao longo de toda exposição, tomou-se cuidado em ressaltar que se deve ter parcimônia em encaixar a *sham litigation*, como ajuizamento sucesso malicioso de ações, no artigo 187 do Código Civil, tendo em vista que o direito universal de acesso à Justiça é um direito fundamental basilar do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A excepcionalidade na punição da *sham litigation*, conforme demonstrado, não pode impedir, no entanto, o reconhecimento de que o abuso de direito processual é uma questão séria. Diante disso, defendeu-se que não existe contradição na expressão “abuso de direito processual”, afinal, um direito pode ser exercido de diversas maneiras e com diferentes fins. Assim, o ordenamento jurídico deve privilegiar condutas processuais justas e corretas em detrimento daquelas injustas e abusivas.

Ficou claro, nesse sentido, que a proposta deste artigo consiste na tese de que, na realidade, punir a *sham litigation* como abuso de direito não viola o núcleo essencial do direito de acesso à Justiça, quando observados certos parâmetros, mas sim o exalta. De fato, um direito ser utilizado para produzir resultados ilegais traz para tal instituto um caráter negativo perante o ordenamento jurídico e a sociedade. Dessa forma, com o fim de efetivar e afirmar legitimamente o direito universal à Justiça, abusos devem ser rechaçados, pois, conforme defendido, a universalidade de um direito não implica o seu exercício de qualquer forma, ainda que todas as pessoas o possuam.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. Superior Tribuna de Justiça. *REsp. nº 1.817.845/MS*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Relatoria para acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1817845&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>> . Acesso em: 01 set. 2020

_____. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Perguntas sobre infrações à ordem econômica*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

CORRÊA, Rogério. *Você sabe o que é Sham Litigation?* Disponível em: https://sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=13665&n=voc%C3%AA-sabe-o-que-%C3%A9-sham-litigation?. Acesso em: 01 set. 2020.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Processo administrativo sancionador federal como instrumento de proteção de direitos individuais e difusos*: Breves reflexões sobre o garantismo e interesse público na efetivação da pretensão punitiva estatal. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/processo-administrativo-sancionador-federal-como-instrumento-de-protecao-de-direitos-individuais-e-difusos-breves-reflexoes-sobre-garantismo-e-interesse-publico-na-efetivacao-da-pretensao-punitiva-est/>. Acesso em: 25 set. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*: direito das obrigações e responsabilidade civil. 10. ed. V. 2. São Paulo: Método, 2015.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). *Revista de Processo*, v. 34, nº 177. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.