



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Dano Moral Qualificado pelo Dano Processual

Rafael R. Machado Fonseca

Rio de Janeiro
2012

RAFAEL R. MACHADO FONSECA

O Dano Moral Qualificado de Dano Moral Processual

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

Orientadores: Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2012

O DANO MORAL QUALIFICADO DE DANO MORAL PROCESSUAL

Rafael R. Machado Fonseca

Graduado pela faculdade de direito
Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo: Quando o exercício ao direito de ação é praticado de forma abusiva, logrando de má-fé, pode ocorrer a ocorrência de dano à parte demandada. Tendo em vista o risco de se propor uma ação, ao ponto de se obter um provimento favorável ou não, poderia ser aplicado o instituto do dano moral qualificado pelo dano processual, que se caracteriza pela composição do dano decorrente do abuso de um direito. Embora o instituto não seja muito visto na prática, merece uma análise a cerca de sua efetividade em conflito às normas presentes e à Constituição Federal.

Palavras-chaves: Direito Processual Civil, Responsabilidade Civil, Direito de Ação, Má-Fé, Abuso de Direito

Sumário: Introdução; 1. O Exercício Irregular do Direito de Ação. 2. A Consumação do Dano moral. 2.1. Momento consumativo do dano 3. O limite em relação às partes na demanda. 3.1. Do Sujeito Ativo. 3.2. Do Sujeito Passivo. 4. Instrumentos para a composição do dano. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho busca analisar uma figura pouco trata na doutrina, a qual se caracteriza pelo abuso no direito de ação fundado na má-fé do demandante, que acaba por gerar danos aos demandados. Em geral, a jurisprudência já vem aplicando o instituto ao condenar por litigância de má-fé, na forma dos artigo 17 e 18 do Código de Processo Civil, contudo, tal

condenação tem seus efeitos limitados pela lei e não se destinam ao ressarcimento àquele que sofreu com a propositura da demanda. Há que se observar aos casos, a presença dos elementos geradores da responsabilidade civil: a conduta, o nexó e o dano. Razão pela qual não se pode confundir a reparação do dano moral qualificado pelo dano processual, cujo objetivo é ressarcir os prejuízos sofridos pelos demandados em uma ação, com a condenação por litigância de má-fé, que consiste em uma multa cominada pelo abuso do direito de ação.

A condenação requerida fundamenta-se na violação do direito à dignidade dos réus, princípio fundamental do Estado previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 – CRFB/88. A base constitucional do instituto deve ser analisado em conjunto com a norma da qual decorre o direito à reparação decorrente de danos morais, o artigo 5º, inciso X da CRFB/88, segundo o qual "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação"

A matéria não possui muito espaço na jurisprudência, tendo como principal jurisprudência a cerca do caso, a sentença dada no processo nº. 00545.2008.012.17.00-9, julgado na 12ª Vara do Trabalho de Vitória/ES, pelo ilustre Juiz Fábio Eduardo Bonisson Paixão. A decisão do magistrado foi objeto de embargos declaratórios e Recurso ordinário, sendo que ambos não lograram êxito de reformar o julgado. Contudo, a matéria tratou do instituto apenas para fundamentar a condenação por litigância de má-fé e os honorários sucumbenciais, sem tratar expressamente da composição do dano, mesmo porque, não houve pedido por parte do demandado, nesse sentido.

Importante analisar quanto ao progressivo descrédito do instituto do dano moral no país, que passou a ser amplamente difundido e utilizado em lides muitas vezes temerárias, nas quais ocorre o abuso do direito do demandante, associado de um comportamento de má-fé, no qual o agente só pode ser punido pela condenação por litigância de má-fé. Nesse mesmo

sentido, poderia se criticar aquele que requeresse a condenação em danos morais fundado no dano decorrente do exercício de um direito de ação. Ou seja, através dessa teoria, o direito de ação estaria sendo condicionado ao que o julgador entenda como caso de abuso do direito, partindo da questão quanto a taxatividade ou não do artigo 17 do Código de Processo Civil na aplicação dessa teoria.

Outra questão a ser analisada será quanto ao sujeito passivo do dano, se seria limitado às partes no processo ou todos aqueles que estiveram ligados, mesmo que indiretamente, à lide e sofreram um dano pela sua proposição. Nesse caso deverão ser analisados diversos fatores, como os elementos caracterizadores do dano moral e os limites do exercício regular de um direito. Desse modo, estaria sendo reforçado o risco na propositura de uma demanda a fim de que fossem realizadas ações com maior cuidado.

O objetivo da pesquisa consiste na ampliação do debate quanto ao tema, através de uma análise casuística de possíveis questões controvertidas a cerca o tema, em análise à doutrina relativas ao abuso do direito de ação, ocorrência de danos morais e direito individuais que podem vir a ser afetados. Uma vez que não existe uma legislação que trate especificamente sobre a possibilidade de dano moral qualificado pelo dano moral processual, a maior parte das questões serão resolvidas à luz da doutrina, dos princípios e dos costumes.

1. DO EXERCÍCIO IRREGULAR DO DIREITO DE AÇÃO

O direito de ação possui base constitucional no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 – CRFB/88, "a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito". Consiste no instituto processual que retira o Estado da sua condição de inércia, exigindo que este assuma a função jurisdicional, a qual exerce o

monopólio. Segundo as lições clássicas de Liebman¹, “A ação é, portanto, o direito subjetivo que consiste no poder de produzir o evento a que esta condicionado o efetivo exercício da função jurisdicional.”

Tal conceito é o resultado de séculos de evolução do direito processual, que a princípio era visto apenas como uma matéria subsidiária ligada ao direito civil no seu aspecto material. Antes de se reconhecer a autonomia do direito de ação, este era tido como um sucedâneo ao direito da personalidade, o que se mostra um equívoco.

A título de exemplo citamos a clássica diferença entre aquele que é credor de uma dívida e possui direito subjetivo quanto a obrigação, com o do exercício da cobrança antecipada. Seria incoerente admitir que o indivíduo, embora possua o direito a determinado objeto decorrente de uma obrigação, não o possa requerer-lo quando desejar. Nesse ponto, os adeptos dessa teoria civilista não teriam como explicar como que do desdobramento da personalidade do indivíduo o resultado seriam dois institutos conflitantes.

Acerca da evolução, hoje chegamos à conclusão que o direito de ação é autônomo em relação ao direito do qual ele nasce, e que, partindo da teoria eclética de Liebman, possui o direito aquele que cumpre as condições para seu exercício

Consubstanciado no acesso à justiça, o instituto se desdobra em diversos outros de natureza constitucional, tais como o da ampla defesa, o do contraditório, o de petição, etc. Logo, pela localização topográfica da norma junto ao texto constitucional, se observa que o instituto consiste em uma garantia fundamental que se caracteriza como um direito subjetivo do indivíduo, de modo a merecer proteção por parte do Estado.

Segundo a classificação do professor José Afonso da Silva, as normas constitucionais podem ser de eficácia plena ou imediata, contida ou restringível e limitada ou pendente de

¹ LIEBMAN, *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Processo Civil*. 34.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 41

regulamentação. Os direitos fundamentais são classificados pelo Autor² como sendo de eficácia e aplicabilidade imediata, e que essas normas só cumprem sua finalidade quando expressam sua efetividade, ao ponto de criar uma norma síntese, artigo 5º § 1º da CRFB/88, que disponha que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Contudo, pacífico é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, garantidor da norma constitucional, acompanhado na doutrina por Pontes de Miranda, José Afonso da Silva, dentre outros autores renomados, que os direitos e garantias fundamentais expressos na CRFB/88 não possuem um caráter absoluto, e admitem sua relativização. Embora não seja relevante ao artigo, cabe informar quanto a uma discussão doutrinária quanto ao absolutismo de determinados direitos fundamentais, como o de não ser torturado e o de não ser reduzido a condição análoga à de escravo.

Essa interpretação do supremo não buscou desvirtuar a norma do §1º, mas sim analisar a aplicação das garantias fundamentais em relação ao ordenamento jurídico brasileiro. Essa relação pode ser observada no conflito entre dois titulares de direitos fundamentais conflitantes. Podemos citar o caso comum entre o direito à intimidade de determinada pessoa física em conflito com o direito de informação de determinado jornalista que deseja expor fatos relativos ao primeiro. Nesse caso, se ambos os direitos fossem absolutos, não seria possível resolver esse conflito, sendo necessário que ocorra uma ponderação de interesses na qual uma garantia, ou mesmo ambas, sejam relativizadas para que se resolva o conflito.

Partindo dessa hipótese, podemos observar a necessidade de se relativizarem os direitos subjetivos, no mesmo passo em que devem ser protegidos. Desse modo, o legislador infraconstitucional, ou mesmo o magistrado na aplicação da lei ao caso concreto sob sua

² SILVA, José Afonso da . *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 467

análise, pode realizar ponderações e limitações aos direitos e garantias fundamentais sem, contudo alterá-las quanto a sua eficácia.

Com base nessa característica embutida aos direitos fundamentais, pode-se concluir que o direito de ação pode ser relativizado em relação a hipóteses fáticas que por diversas vezes possuem fundamento na própria lei, como é o caso da condenação por litigância de má fé, tratada no artigo 17 do Código de Processo Civil.

O próprio artigo 16 da citada lei traz uma cláusula genérica de responsabilidade por perdas e danos decorrentes do ajuizamento de ações fundadas em intenções dolosas. Desse dispositivo podemos fundamentar o tema em questão, pois o conceito da expressão “danos”, engloba tanto o material quanto o moral. Há uma dificuldade de se estabelecer um conceito de abuso de direito de ação. O Código de Processo Civil menciona nos seus artigos 14 e 15, os deveres das partes entre si e com relação aos intervenientes no processo.

Em geral, consistem em deveres gerais de boa fé, buscando realçar a lealdade processual, tais como: expor fatos como realmente ocorreram, não formular pretensões ou defesas sem fundamento, não utilizar expressões injuriosas quanto aos agentes no processo, etc. Nesses casos, a própria lei estabeleceu hipóteses nas quais pode ocorrer dano às partes, mas ainda não traz um conceito do que seria um abuso do direito de ação.

Nessa tentativa de conceituar o instituto, podemos citar um conceito de um doutrinador italiano chamado Andrioli, o qual foi traduzido para a obra de Humberto Theodoro Junior.

Ocorre, outrossim, violação do dever de lealdade em todo e qualquer ato inspirado na malícia ou má-fé e principalmente naqueles que procuram desviar o processo da observância do contraditório. Isto se dá quando a parte desvia, astuciosamente, o processo do objetivo principal e procura agir de modo a transformá-lo numa relação apenas bilateral, onde os seus interesses devem prevalecer perante o juiz.³

Quanto ao exercício irregular ao direito de ação, existem diversos exemplos de lides

³ ANDRIOLI, *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 34.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 75

temerárias que causam prejuízo, não só às partes no processo, bem como aos seus familiares ou mesmo o custo de operar o judiciário. A título de exemplo, vale citar as diversas ações indenizatórias fundadas em relação de consumo, cujo prejuízo insignificante é emoldurado de uma seqüência de fatos trágicos a ponto de justificar uma condenação relativa a danos morais por um dano que talvez nem mesmo tenha ocorrido. Nesse caso, o uso da legislação consumerista é desvirtuado em favor do agente que age de má fé, se aproveitando de institutos próprios da relação de consumo como a inversão do ônus da prova e a responsabilidade solidária dos fornecedores.

A lei, em razão de ser abstrata, não comporta todos os casos nos quais podemos observar abuso no direito de ação com finalidade de benefício próprio do agente. Há previsão quanto a punição do advogado no caso de lides temerárias, na forma do artigo 32, parágrafo único, da Lei 8.906/94⁴, o Código de Ética do Advogado, além das hipóteses dos artigos 14 a 18 do Código de Processo Civil. Um estudo casuístico levaria a análise de varias hipóteses ora citadas em artigo de jurisprudência, ora mencionados por pessoas que tomaram conhecimento de alguém que tenha obtido lucro com um problema semelhante.

Desse modo, não se pode atribuir taxatividade à norma, a ponto de cobrir todos os casos em que se pode deduzir uma demanda sem fundamento, ou com abuso de direito, visando uma vantagem.

2. A CONSUMAÇÃO DO DANO MORAL DECORRENTE DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO

O dano moral pressupõe violação a um direito da personalidade que atinge de forma reflexa a honra e dignidade do indivíduo. O instituto possui previsão constitucional nos

⁴ BRASIL. Código de Ética do Advogado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 09 abr. 2012.

artigos 5º, inciso V, “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.” e inciso X, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”, ambos da CRFB/88.

A localização topográfica das normas, junto ao texto constitucional, demonstra sua natureza de garantia fundamental, tal como o direito de ação. Desse modo, ambos os institutos possuem o mesmo grau de proteção constitucional, ao passo que o ajuizamento de uma ação indenizatória, relativa ao dano decorrente do exercício de uma garantia fundamental demonstra a importância do estudo.

Em regra, o dano consiste em pressuposto da responsabilidade civil, sendo seu elemento preponderante. Na doutrina, Sérgio Cavalieri Filho⁵ ressalta a importância do dano como elemento caracterizador do dever de indenizar e ressalta a afirmação comum a outros autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar. Quanto a espécie, o dano se divide em patrimonial, estético e moral, sendo este a ser tratado, na hipótese decorrente do ajuizamento de determinada demanda a qual resulte em prejuízo ao outrora demandado.

O artigo 927 do Código Civil⁶ trata da norma geral relativa a responsabilidade civil, “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, estabelecendo o dever geral de indenizar os prejuízos decorrentes do ato ilícito. Contudo, a jurisprudência dominante e pacífica entende que o exercício regular de um direito afasta a ilicitude do ato que causar dano, conseqüentemente afastando o dever de indenizar. Desse modo, o exercício do direito de ação, embora consista em um direito fundamental do indivíduo pode ser relativizado, uma vez que só estará apto a gerar dano moral quando for gozado de forma irregular, constituindo um abuso de direito por parte do demandante.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 75

⁶ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 abr. 2012.

Não existem muitos precedentes acerca da matéria ora analisada, contudo, em matéria de abuso de direito, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela relativização de direitos fundamentais como o da ampla defesa e contraditório no Recurso Especial 988.380-MG. No acórdão, os ministros reconheceram o abuso no direito de defesa, estando apto a gerar danos morais em relação ao advogado ao qual fora imputada conduta caluniosa, admitindo a possibilidade de se relativizar direitos fundamentais quando exercidos de forma abusiva.

O ajuizamento da demandada fundada em abuso de direito não gera o dano moral por si só, para tanto se faz necessário a demonstração dos demais elementos definidores da responsabilidade civil. Para tanto, se faz necessário a presença de uma conduta, no caso, caracterizada pelo exercício irregular do direito de ação, a qual resulte no dano, consistente no prejuízo sofrido pelo demandado originário. Estes dois elementos devem vir coordenados por um vínculo que os une, consistente no nexos causal. Ainda se faz necessária a presença da culpa do autor originário, que se caracteriza pelo abuso no direito de ação. Presentes estes elementos, ocorre uma hipótese de responsabilidade civil passível de ser indenizável.

Se mostra necessário que o dano seja apto a causar prejuízo ao demandado, não sendo o mero abuso do direito de ação fundamento suficiente para a ocorrência de prejuízo de natureza moral. O mero ajuizamento de uma ação temerária ou sem fundamento tem como consequência sua extinção ou mesmo a condenação por litigância de má-fé. Para que haja a configuração do dano é necessário que o prejuízo sofrido pelo demandado extrapole o de ser mero litigante em processo. Necessário que estejam presentes os elementos do dano moral, ou, como conceitua Sérgio Cavalieri Filho⁷:

Para os que preferem um conceito positivo, dano moral é lesão de um bem integrante da personalidade; violação de bem personalíssimo, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, vexame, sofrimento, desconforto e humilhação à vítima.

⁷ CAVALIERI FILHO, op.cit. p. 84

Logo, necessário que haja a ocorrência de prejuízo direto decorrente do ajuizamento de demanda abusiva, apto a gerar dano moral no indivíduo.

O dano moral resultante do dano processual é um instituto sem expressão na doutrina e na jurisprudência, sendo resultado do abuso no exercício do direito de ação, que exercido de modo temerário, gera prejuízo. Na prática não há complexidade, pois trata da responsabilidade civil do agente, pela prática de um ilícito civil, caracterizado pela violação ao dever processual, presentes os demais elementos formadores da responsabilidade civil. Consiste em uma responsabilidade civil ordinária no qual a conduta danosa ocorre dentro de um processo.

2.1. MOMENTO CONSUMATIVO DO DANO

Uma questão que se levanta é quanto ao momento em que ocorre o dano, se do ajuizamento da ação, momento em que o agente estaria cometendo o abuso do direito, da citação do demandado, quando o ofendido estaria tomando conhecimento da ação e consequentemente sofrendo o dano, ou se da sentença que reconhece o abuso do direito.

Para fins de responsabilidade civil extracontratual é fundamental o momento em que o agente sofre o dano, uma vez que nestes casos, ocorre a aplicação da sumula 54 do Superior Tribunal de Justiça, “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.

Partindo do ajuizamento da ação originária, a mera proposição não gera dano ao réu, uma vez que o demandante pode desistir da demanda, sem o consentimento da outra parte, até a citação. Nesse caso, até a realização da citação não se estabeleceu a relação triangular entre as partes, permanecendo uma relação autor e Estado, podendo a ação ser extinta sem nem ao

menos chegar ao conhecimento do demandado, não ocorrendo sequer o dano. Conseqüentemente, sendo a sentença que reconhece danos morais, de natureza declaratória com efeitos condenatórios e constitutivos de direitos, não se pode admitir que a ocorrência do dano seja do momento em que o magistrado reconhece o abuso, mesmo porque o fato dano ocorreu em momento anterior.

Embora não haja discussão doutrinária ou jurisprudencial a respeito da questão, mais técnico seria reconhecer que o dano moral, dada sua natureza personalíssima, somente poderia ocorrer a partir do momento em que o demandado originário toma conhecimento da demanda e conseqüentemente sofre o dano.

3. O LIMITE EM RELAÇÃO ÀS PARTES NA DEMANDA

Para que haja o exercício do direito de ação é necessária a presença de três elementos indispensáveis, quais sejam as partes, o pedido e a causa de pedir. As partes integrantes da demanda consistem no autor do dano e na vítima, que passam a possuir um vínculo decorrente do pedido de uma em face da outra. A análise do estudo se dá quando a vício na causa de pedir, o que acarretaram em um dano.

3.1. DO SUJEITO ATIVO

São partes essenciais ao processo o autor, o réu e o juiz, esse exercendo a jurisdição em nome do Estado. Presentes as partes temos formada a relação processual triangular, a qual, segundo a doutrina⁸, predomina no Brasil.

Não há acordo na doutrina quanto à configuração da relação jurídica processual. Em

⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 311.

sua formulação originária, a teoria desta a apresentava como uma figura triangular, afirmando que há posições jurídicas processuais ligando autor e Estado, Estado e réu, réu e autor. Outros houve, que lhe deram configuração angular, dizendo que há relações jurídicas processuais ligando autor e Estado e, de outra parte, Estado e réu; esses autores negam que haja contato direto entre autor e réu. Na doutrina brasileira predomina a ideia da figura triangular, sendo argumentos dos autores que a sustentam: a) as partes tem o dever de lealdade recíproca; b) a parte vencida tem o dever de re-embolsar à vencedora as custas despendidas; c) podem as partes convencionar entre si a suspensão do processo (CPC, art. 265,II). Todos esses argumentos recebem impugnação dos seguidores da teoria angularista, mas a verdade é que não há grande interesse, nem prático nem teórico, na solução da disputa.

Partindo da relação triangular, nasce entre demandante e demandado o dever de lealdade recíproca e boa-fé, que quando violado gera o chamado dano processual, que pode ser composto por meio de multas, ou mesmo uma indenização buscando a composição por perdas e danos, na forma do artigo 18, caput e § 2º, ambos do Código de Processo Civil⁹.

Artigo 18 - O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou
§2º- O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

Tal norma limita quantitativamente o valor a ser pago a título de indenização, embora Humberto Dalla¹⁰ sustente que o 2º da norma admite que no caso do prejuízo causado à parte for vultuoso, gerando um grande dano efetivo, poderá o juiz arbitrar o valor de indenização proporcional ao prejuízo sofrido pela parte, podendo o magistrado fazer uso de exame pericial para aferir o montante que entenda adequado.

Assim, para assegurar a ética no processo, o código de processo civil estabelece limites ao modo pelo qual se exerce a defesa em juízo dos interesses da parte, bem como estabelece sanções que buscam punir ato de deslealdade processual, como no caso de perda do exercício de um ato ou aplicação de multa. Uma vez violados os deveres que devem estar

⁹ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 09 abr. 2012.

¹⁰ DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

presentes na relação das partes, tais como o de lealdade e boa-fé processual, se conclui que ocorreu um abuso do direito de ação com o objetivo de se obter uma vantagem ou causar dano a outra parte.

A litigância de má-fé possui natureza jurídica de ato processual, que pode ter origem em fatos processuais ou mesmo extraprocessuais, como o descumprimento de um contrato. A parte ao exercer o direito de ação, agindo de má-fé, gera o dano à parte contrária, podendo esse prejuízo se estender até a honra do indivíduo, o que caracteriza o dano moral decorrente do dano processual.

No caso do terceiro que intervir no processo, ele é equiparado a parte no momento que integra a relação processual, como definiu Barbosa Moreira¹¹ “ De três maneiras distintas pode alguém assumir a posição de parte em um processo: ... c) intervindo em processo já existente entre outras pessoas.”

Desse modo fica configurada a possibilidade de tanto o autor, o réu e o terceiro interveniente, de ser o sujeito ativo da responsabilidade pelo dano processual. Uma vez atestada a violação de um dos deveres inerentes às partes, fica caracterizado o dano decorrente da violação de uma conduta prevista em lei, a qual conseqüentemente cria o dano.

Também é parte no processo o magistrado responsável pelos atos de desenvolvimento do processo, exercendo a figura do Estado. No exercício dos atos processuais e decisórios, não há como se atribuir a responsabilidade do magistrado pelos atos processuais, uma vez que qualquer decisão contrária aos interesses de uma das partes integrantes da relação jurisdicional acarretará em dano.

Desse modo somente se admite a responsabilidade pessoal do magistrado na modalidade subjetiva, conforme a previsão do artigo 133 do Código de Processo Civil¹²,

¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos *apud* DIDIER JR., Fredie, *Direito Processual Civil- teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Bahia: Jus Podivm, 2008, p. 323.

¹² BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 09 abr. 2012.

reproduzido literalmente junto ao artigo 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. A norma atribui responsabilidade civil ao magistrado nos casos em que atuar com dolo ou fraude em suas funções ou recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Entretanto, essas condutas apenas trazem hipóteses em que se atribui responsabilidade pessoal ao magistrado, não se afastando a necessidade de que os demais elementos constitutivos da responsabilidade civil estejam presentes.

3.2. DO SUJEITO PASSIVO

O sujeito passivo do dano processual é aquele que experimenta um prejuízo decorrente do abuso do direito de ação exercido por um indivíduo em face daquele, no qual estão presentes os demais elementos caracterizadores da responsabilidade civil. No instituto do dano moral decorrente do dano processual, a vítima é parte no processo, assim como o terceiro interveniente que passa a ser equiparado a parte.

Quanto ao dano praticado ao terceiro que não é parte, não há manifestação na doutrina ou jurisprudência. A princípio o dano processual atingiria apenas àqueles integrantes da relação, de modo que qualquer ofensa à honra de pessoa fora do processo seria um fato que acarretaria na responsabilidade civil externa aos autos, mesmo porque não haveria um dever de lealdade processual e qualquer ofensa estaria no âmbito da ampla defesa, caso não gerasse prejuízo a uma das partes do processo.

A respeito da natureza do ofendido, no caso do dano moral decorrente do dano processual, é clara a possibilidade de a vítima ser pessoa física, uma vez que nesse caso o objeto do dano pode atingir tanto a honra subjetiva, quanto a objetiva do agente. Em relação à

possibilidade da ofendida ser pessoa jurídica, no processo nº. 0054500-06.2008.5.17.0012¹³, o magistrado assegura a possibilidade da pessoa jurídica ser sujeito passivo.

Sempre que o Juízo se depara com uma ação aventureira, sempre condena o demandante por dano moral qualificado de dano moral processual. É que todo aquele demandado em ação de dano moral sem robusta fundamentação também sofre um dano moral, pois é angustiante responder a uma ação de dano moral. Imagine-se o rebuliço que a presente ação não provocou na administração pública municipal.

Embora pela redação do acórdão se possa interpretar que o magistrado reconheceu que a pessoa jurídica seria dotada de honra subjetiva, o fato é que partindo da premissa que os autos são públicos, a propositura de uma ação sem razão acarreta no abuso do direito de ação e gera dano na honra objetiva da pessoa jurídica. O fato de se responder a uma ação de natureza ofensiva a honra objetiva gera prejuízos à imagem da pessoa jurídica, que passa a ter uma imagem negativa decorrente da publicidade dos autos. Nesse sentido se manifesta o STJ, que editou o enunciado 227 admitindo que a pessoa jurídica possa sofrer dano moral.

4. INSTRUMENTOS PARA COMPOSIÇÃO DO DANO

O instrumento processual hábil a restringir o abuso ao direito de ação ao mesmo tempo em que busca coibir o dano processual consiste na aplicação do instituto da condenação por litigância de má-fé. Conforme analisando anteriormente, o instituto vem tratado no artigo 18 do Código de Processo Civil e trás uma limitação quantitativa aos valores referentes às multas aplicadas. A atribuição dos valores se remete ao valor da causa, contudo, o prejuízo gerado pela conduta pode ser em valor superior ao aferido pelo calculo da multa, que tem como base o valor declarado na petição inicial, estando o juiz limitado pela norma legal.

¹³ Brasil.12ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA/ES. Processo: 0054500-06.2008.5.17.0012 ,Juiz Fábio Eduardo Bonisson Paixão. julgado em 21/07/2008, DJe 21/07/2008.

Segundo a redação atual do código de processo civil, no artigo 18¹⁴, o juiz ou tribunal condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

Em função do percentual pouco expressivo fixado pela lei, o valor resultante de uma condenação é de baixo, já que não se abra margem à discricionariedade do julgador para atribuir valores que entenda corretos. Desse modo, a aplicação de tal punição não desestimula o abuso do direito.

O §2º da mesma norma trás a possibilidade de se fixar uma indenização a qual limita o valor da indenização em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou, que o valor seja estabelecido por meio de arbitramento. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que o valor arbitrado busca a compensação dos prejuízos processuais aferidos pela parte e não a composição do dano pelo ajuizamento da lide. Podemos citar uma parte da ementa do acórdão no Recurso Especial 1.011.733/MG de relatoria do Ministro Massami Uyeda¹⁵

II - A liquidação por arbitramento, na espécie, destina-se a quantificar os prejuízos processuais, e não materiais, que o liquidante suportou decorrente da conduta processual dos autores da ação. Para tanto, revela-se necessário evidenciar o fato processual praticado pelos autores da ação que ensejou a condenação destes à indenização pelas perdas e danos (processuais, portanto), e aferir, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, se o mencionado fato processual repercutiu nos danos alegados pelo liquidante;

Fato é que uma vez que haja a condenação por litigância de má-fé decorrente do dano processual, a matéria passa a ter sido analisada em juízo e proferida decisão em sentença, de modo que após o trânsito em julgado da decisão, ela passa a ser revestida de coisa julgada.

¹⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 09 abr. 2012.

¹⁵ BRASIL. STJ. REsp 1.011.733/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 26/10/2011

Com efeito, a princípio, não seria possível a discussão quanto ao valor arbitrado a título de compensação por meio de uma ação indenizatória autônoma, contudo, em face de falta de discussão referente ao tema, não se pode atestar essa possibilidade concretamente. Uma análise do objeto da condenação pelo dano processual leva a uma questão acerca do bem ofendido. A norma busca punir o ato ofensivo a lealdade processual, tendo como pena a multa em favor da parte contrária, entretanto, a ofensa subjetiva ao agente não fica veiculada na decisão, uma vez que não há análise fática dos danos causados ao agente.

Logo, não se pode atestar de que os bens jurídicos tutelados pela condenação por litigância de má-fé e pelo dano moral decorrente do dano sejam os mesmos. O primeiro consiste na violação de um dever legal fundamentado na lealdade processual, enquanto o segundo trata de uma conduta que gera um dano, resultando no dever indenizatório. Face a questão, a coisa julgada decorrente da condenação por litigância de má-fé não seria apta a impedir o ajuizamento da ação indenizatória tendo como fundamento o dano moral resultante da conduta processual da parte contrária.

Por tal motivo se mostra mais prático ao interesse do ofendido o ajuizamento do pedido por meio de uma reconvenção, no caso das ações propostas pelo rito comum ordinário, ou do pedido contraposto no caso do procedimento comum sumário ou o especial dos juizados. Esse procedimento viria a prestigiar os princípios da economia processual e da celeridade, sem que houvesse uma ofensa ao princípio do dispositivo, uma vez que haveria junto à demanda um pedido que autorizasse a análise do dano em tese sofrido.

Uma vez que haja um pedido indenizatório fundado na violação do dever processual, presente nos autos da ação responsável pela ocorrência do dano, o julgador não fica limitado pelos valores presentes na norma processual civil. O pedido indenizatório transforma a ação principal, que passa a analisar tanto o mérito do pedido originário, como o do pedido realizado em resposta, este fundado no abuso do direito. A questão deixa de ser um incidente

processual e passa a ser de mérito. Nesse sentido se torna inviável a aplicação simultânea da condenação decorrente do pedido e pela litigância de má-fé, sob pena de se caracterizar *bis in idem*.

Nas ações orientadas pelo procedimento ordinário, a impugnação ao dano moral decorrente do dano processual deve ser argüida por meio de um pedido indenizatório realizado durante a resposta do demandado, por meio de uma reconvenção. O principal fundamento da reconvenção é a economia processual, que busca no mesmo processo resolver questões que seriam fundamento para uma argüição da parte em processo autônomo, esta relacionada diretamente com a demanda principal. Na prática, consistem em dois pedidos independentes que poderiam ser objeto de ações distintas, mas, dada a conexão entre as matérias, o legislador optou por reuni-las para o julgamento simultâneo.

Partindo da norma do artigo 315 do Código de Processo Civil¹⁶, “O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.”, o pedido condenatório em danos morais decorrente do dano processual nesse caso, pode ser conexo tanto à ação, como por exemplo, no caso de uma demanda sem fundamento jurídico, cujo objetivo seja meramente atingir a honra do reconvinte. Nesse caso, como fundamento de defesa, poderia se argüir a violação a um dos deveres processuais, o que consistiria no fundamento de defesa da parte.

Como a norma processual exige o julgamento conjunto da ação principal e da reconvenção, o magistrado pode aferir a ocorrência do dano moral nos próprios autos da ação que é objeto da conduta que causa o dano e não fica limitado à norma que restringe os valores referentes à condenação por dano processual, mas sim ao quantum estabelecido no pedido. Tal hipótese se mostra eficaz à composição da lide da melhor forma possível.

Em outros procedimentos caracterizados pela celeridade, tais como nas hipóteses as

¹⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 09 abr. 2012.

quais se admita o ajuizamento de ações pelo rito sumário, ou o procedimento especial da Lei nº 9.099/95, responsável pelo procedimento nos juizados especiais cíveis no âmbito estadual, não se admite o uso da reconvenção, contudo, o legislador optou pela possibilidade de se utilizar do pedido contraposto nesses casos.

Esse instituto nasceu junto ao processo das pequenas causas previsto na Lei nº 7.244/84, que foi substituído pela Lei nº 9.099/95, e foi introduzido posteriormente ao procedimento sumário. Por meio deste, o réu adquiriu a capacidade de formular pedidos em face do autor no momento de sua defesa, sem a necessidade da realização do pedido por meio de uma peça autônoma. Desse modo, o demandado, tomando ciência do fato que lhe causou dano, pode realizar no momento de sua defesa, ainda que oralmente, a elaboração de pedido contraposto para sanar seus prejuízos.

No artigo 31 da lei que regula os juizados especiais cíveis¹⁷ há proibição expressa do uso da reconvenção, bem como a previsão da utilização do pedido contraposto, exigindo a conexão do pedido com a demanda ora analisada.

Art. 31. Não se admitirá a reconvenção. É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, nos limites do art. 3º desta Lei, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia.

Parágrafo único. O autor poderá responder ao pedido do réu na própria audiência ou requerer a designação da nova data, que será desde logo fixada, cientes todos os presentes.

Contudo, ambos os procedimentos são limitados quanto ao valor do pedido. Assim, em vista da celeridade, o réu que opta pela utilização do pedido contraposto, assim como o autor da ação, abre mão de uma possível condenação superior ao fixado para a competência.

Caso o processo no qual tenha ocorrido o fato constitutivo do abuso do direito, apto a caracterizar o dano ao indivíduo, tenha sido extinto sem análise desse incidente especificamente, não há que se falar necessariamente em coisa julgada na ação ora extinta. Se

¹⁷ BRASIL. Lei nº 9.099/95. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 09 abr. 2012.

houver ocorrido o pedido indenizatório por parte do ofendido, sem análise do juízo, caberia a princípio embargos de declaração para apontar a omissão, bem como os demais recursos cabíveis, tendo a coisa julgada se manifestado apenas com a realização do trânsito em julgado. Seria o mesmo caso no qual a demanda fosse extinta sem a análise do mérito, conforme uma das causas do artigo 267 do Código de Processo Civil¹⁸.

Na ausência de impugnação em relação ao dano o ofendido pode se utilizar de uma ação indenizatória autônoma para requerer a composição do prejuízo sofrido, tendo como fato gerador do pedido a violação ao direito subjetivo, que teria ocorrido na extinta demanda.

Essa ação seria uma ação de conhecimento autônoma, que tomaria como base a conduta praticada nos autos da ação extinta, não guardando relação processual com as normas relativas à má-fé processual que deveriam ser aplicadas no processo originário.

CONCLUSÃO

O tema abordado trata de uma modalidade de dano processual o qual não é tratado pela jurisprudência ou pela doutrina, o que impôs uma construção doutrinária quase que integral. Diversos institutos jurídicos estudados são tratados de maneira isolada e geram diversas discussões, sem, contudo ter sido realizada uma análise cruzada, como no caso do dano moral e do dano processual.

A legislação processual trata o dano processual de maneira branda, sem punir drasticamente aquele que se utiliza do processo para fim diverso do que a composição de um litígio. Essa benevolência acarreta na difusão do processo com um meio para se obter uma vantagem e afasta a sua função principal. Um exemplo dessa situação é a difusão das ações em sede de juizado especial, onde inicialmente se buscava facilitar o acesso à justiça nos

¹⁸ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 09 abr. 2012.

casos de menor complexidade, atualmente é o meio pelo qual se busca uma condenação por danos morais.

A ausência de punição proporcional ao dano causado, somado ao que hoje se chama de processo sem risco, difundiu a idéia de que o processo consiste em um investimento no qual o risco de ser punido pelo abuso do direito é inferior à vantagem buscada.

O exercício abusivo do direito de ação, acarreta no dano processual à parte contrária, sendo a matéria tratada nos casos de litigância de má-fé. Contudo, quando o dano extrapola o processo e gera prejuízos externos aos autos, é necessário que tais danos sejam compostos em maneira proporcional.

O fato de uma pessoa responder a uma ação tem efeitos sociais perante a sociedade, como exemplo, o indivíduo casado que é demandado em uma ação de investigação de paternidade, ou aquele que responde por inquérito sob suspeita de crime sexual contra crianças. Nesses casos, uma vez provado o abuso do direito por parte do demandante, fica claro que o agente tenha experimentado os elementos caracterizadores do dano moral.

Com base nesses casos é que se mostra razoável a interpretação dos tribunais superiores a respeito da relatividade dos direitos fundamentais, uma vez que o uso abusivo gera dano a terceiros, e tais danos merecem ser ressarcidos.

Desse modo, o trabalho buscou ampliar a questão sobre o assunto, tratando da matéria objetivamente ao passo em que apontava possíveis discussões a serem analisadas no caso concreto.

REFERÊNCIAS

- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 10.ed.- Rio de Janeiro: Lumen Juris editora, 2006
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5.ed. São Paulo:

Malheiros, 2003

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de sociologia Jurídica*, 7.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1998

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil- teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Bahia: Jus Podivm, 2008.

NASCIMENTO FILHO, Firly; GUERRA, Isabella França; PEIXINHO, Manoel Messias. *Os Princípios da Constituição de 1988*- Rio de Janeiro: Lumen Juris editora, 2001

PENÃ,Guilherme – *Teoria da constituição*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 34.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000