



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Direito de ação e o seu exercício abusivo

Thiago Farsette Vieira D'Assumpção

Rio de Janeiro

2009

THIAGO FARSETTE VIEIRA D'ASSUMPCÃO

Direito de ação e seu exercício abusivo

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como
exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.
Orientadores: Prof^a. Neli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof.^a. Mônica Areal etc.

Rio de Janeiro

2009

DIREITO DE AÇÃO E SEU EXERCÍCIO ABUSIVO

Thiago Farsette Vieira D'Assumpção

Graduado pela Universidade Candido
Mendes. Advogado.

Resumo: Este trabalho tem a pretensão de analisar as questões relevantes envolvendo o direito de ação e seu exercício abusivo. Cuidar-se-á das teorias que estudam o direito de ação e a conceituam, com sua visão constitucional, com hipóteses de abusividade no seu exercício e das formas possíveis de se impedir ações ajuizadas nesses termos. Para melhor compreensão do tema, apresentam-se inicialmente os aspectos conceituais e outros institutos afins para que se passe conhecimentos necessários a compreensão e contextualização do tema. Nesse viés, trata-se do estudo do direito processual realizado dos institutos da jurisdição, ação e processo. Na parte final, analisam-se as formas como o exercício abusivo do direito de ação pode se apresentar no mundo fático e, fechando o trabalho, apresentam-se algumas formas de controle de modo a coibir e punir os indivíduos que se utilizem destas ações.

Palavras-chave: Direito de ação, Exercício abusivo, Formas de controle.

Sumário: Introdução; 1. Estudo do direito processual; 2. Teorias da ação; 3. Direito de ação - Conceito e garantia constitucional; 4. Exercício abusivo do direito de ação; 4.1. Abuso de direito; 4.2. Dever de lealdade; 4.3. Norma de direito privado controladora; 4.4. Reconhecimento pela jurisprudência; 5. Formas de controle; 5.1. Multa por atos atentatórios a dignidade da jurisdição; 5.2. Condenação por litigância de má-fé; 5.3. Cobrança de dívida paga; 5.4. Teoria da causalidade e ônus de sucumbência; 6. Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se destina à análise do direito de ação, direito este constitucionalmente garantido, como se verá adiante, e que, como todo direito, merece a proteção do ordenamento jurídico.

A análise do direito de ação se dará em seus aspectos controvertidos, como seu conceito e teorias, além de sua expressão no mundo dos fatos, quando do seu exercício, em um enfoque derivado da teoria geral do processo e ambientado, principalmente, no processo civil.

O direito de ação e seu exercício, sendo matéria afeta ao direito processual, pressupõe necessariamente o exame de outros institutos processuais, como a jurisdição e o processo, noções indispensáveis à compreensão e contextualização do tema na órbita jurídica.

O exame do tema passará obrigatoriamente pela compreensão de conceitos, como exercício regular de um direito e abuso de direito a partir das definições trazidas pelo próprio legislador, de modo a limitar a fronteira existente entre eles e demonstrar quando se exerce um direito e quando se pratica um ato ilícito.

A relevância do tema abordado se deve ao exercício de um direito de forma abusiva, a propiciar o movimento da “máquina judicial” em tempos que o Poder Judiciário se vê com excesso de ações, estas, muitas vezes responsáveis pelo atraso na prestação jurisdicional, assim como por despesas.

O referido tema se encontra disposto de acordo com a ordem apresentada nos ensinamentos dos estudiosos do direito processual, sendo realizada a abordagem a partir da

doutrina e jurisprudência acerca do direito de ação, já que se iniciam nos tempos atuais os estudos sobre a abusividade no exercício do direito de ação.

Nesse sentido, a jurisprudência trazida a baila será colocada lado a lado da legislação e do tema abordado, bem como serão colacionadas hipóteses prática em que se configura o exercício abusivo do direito de ação, diferenciando-se do seu regular exercício.

A análise se dá unicamente de forma teórica, a investigar a doutrina e, principalmente, a jurisprudência que reconhece a existência do exercício abusivo do direito de ação em algumas passagens, encerrando-se por reconhecer formas de se coibir ou “punir” a sua ocorrência.

Assim, busca-se com o presente trabalho apresentar uma visão crítica das ações ajuizadas de forma abusiva, de modo a demonstrar as formas como estas se manifestam no cotidiano forense e a instigar aqueles que se mostrem competentes para tal, a coibir estas práticas, punindo e protegendo o direito exercido de forma regular.

1. ESTUDO DO DIREITO PROCESSUAL

O estudo da teoria geral do processo, independentemente da fonte de estudo, baseia-se primordialmente no exame do tripé jurisdição, ação e processo, chamado pela doutrina de “trilogia estrutural do direito processual.”

Não sendo o objetivo do presente trabalho esgotar tal questão, passa-se a uma análise superficial dos institutos, mas imprescindível ao desenvolvimento do tema proposto, de forma

a possibilitar a sua contextualização e a propiciar conhecimentos básicos necessários à compreensão do tema.

A jurisdição vista como poder estatal pode ser considerada por duas principais teorias de Chiovenda e Carnelutti, sendo seus entendimentos tidos por alguns como excludentes e para outros como complementares.

Estes criaram posicionamentos doutrinários, onde a jurisdição seria a solução de conflito de interesses ou aplicação da norma ao caso concreto. Decerto não há qualquer incompatibilidade entre os entendimentos, sendo variante entre elas apenas o elemento lide (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida), tido como essencial a um e incidental ao outro.

Nesse sentido, CÂMARA (2009, p.66) define a jurisdição como “a função do Estado de atuar a vontade concreta do direito objetivo, seja afirmando-a, seja realizando-a praticamente, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática.”

O direito de ação, ora considerado como direito de “provocar” o Poder Judiciário, é o objeto principal do presente estudo, pelo qual será o ponto em que este se aterá e que será desenvolvido com mais minúcias adiante.

O processo é considerado como materialização do direito de ação, sendo visto como instrumento deste, assim como a procuração está para o contrato de mandato.

O instituto de direito chamado “processo” na definição de sua natureza é matéria controvertida, sendo formuladas várias teorias, analisadas de acordo com sua evolução histórica.

A primeira teoria sobre o processo via este como uma simples sequência de atos ordenados, como um mero procedimento, sendo a que predominava durante a fase imanentista da ação.

A evolução levou ao surgimento da teoria contratualista, onde o processo era visto como um contrato, pois as partes prestavam compromisso de participar do juízo.

Surge posteriormente a teoria quase-contratualista do processo, onde este era visto como quase-contrato simplesmente por exclusão ao tentar enquadrar o processo nas categorias de direito privado, onde não sendo nem contrato e nem delito, seria quase-contrato.

Com a evolução, surge a teoria da relação processual, em que o processo é visto como uma relação jurídica entre pessoas e de natureza pública, e não privada como as anteriores. A partir do reconhecimento da existência de uma relação jurídica processual é que se iniciam os pensamentos que acabaram por criar o dever de lealdade no processo e a obrigação da parte vencida em reembolsar à vencedora as custas despendidas.

A partir da teoria antecedente, em que mudou-se o paradigma de que o processo era de natureza privada, formou-se a teoria sobre o processo como instituição, onde este seria não apenas uma seqüência de atos, mas também um conjunto de atividades relacionadas com a relação jurídica processual.

Por fim, surgiu a teoria do processo como procedimento em contraditório, onde o processo seria a seqüência de atos, em que se garante a participação efetiva de ambas as partes e em que se exercem várias atividades derivadas da relação jurídica processual.

Esta teoria é a defendida pela doutrina mais avalizada sobre o assunto, razão pela deve ser tida como a principal teoria sobre o processo.

2. TEORIAS DA AÇÃO

A análise das teorias da ação, como sendo aquelas a conceituar o direito de ação, é um dos temas mais tormentosos e controvertido do direito processual, pressupondo o exame da evolução histórica do pensamento doutrinário.

A primeira teoria formulada sobre o direito de ação é a chamada teoria civilista ou imanentista. Esta considerava o direito de ação como uma derivação do próprio direito material, surgindo o direito de ação quando da lesão a um direito material.

A teoria imanentista foi adotada no Brasil pelo Código Civil de 1916 de acordo com o seu artigo 75 e defendida pelo “criador” da referida legislação, o ilustre jurista Clóvis Bevilacqua.

A evolução do pensamento doutrinário levou a determinar a autonomia entre o direito de ação e o direito material, pelo qual a partir dos trabalhos de Windscheid e Müther foram criadas teorias no meado do século XIX.

A teoria concreta da ação ou do direito concreto de agir, representada pelo trabalho de Adolf Wach, explicitada em 1885, defende a existência do direito de ação quando da existência do direito material. Diferentemente da teoria imanentista, não seria o direito de ação mera movimentação do direito material, mas haveria o seu reconhecimento quando o provimento jurisdicional reconhecesse a existência do direito material.

A partir dos fundamentos da teoria concretista, Chiovenda no início do século XX (1903) produziu trabalho no sentido de considerar o direito de ação como direito potestativo, onde este se apresentaria como o poder jurídico do indivíduo a um provimento jurisdicional

em que o sujeito passivo da relação jurídica teria apenas uma posição de sujeição no que toca ao primeiro. Ressalta-se que tal teoria se configura como um ramo da teoria concretista.

A crítica realizada pelos pensadores em relação às teorias concretistas, se dá pela chamada ação declaratória negativa, pelo qual a decisão judicial reconhece a inexistência de relação jurídica, o que não pode ser justificado pela referida teoria.

Em contrapartida às teorias concretistas, como afirma CÂMARA (2009, p.110) surgiu a teoria abstrata da ação ou do direito abstrato de agir criada pelo jurista alemão Heinrich Degenkolb (1877) e o húngaro Alexander Plósz (1877).

A teoria abstrata da ação, apesar de se identificar com a anterior no sentido da autonomia entre direito de ação e direito material, considera que aquele seria o direito de provocar a atuação do Estado-juiz, se caracterizando como o direito de obter um provimento jurisdicional independentemente de ser procedente ou não. A sua diferenciação a teoria concretista se dá pelo fato de que o provimento jurisdicional há que se tem direito é de qualquer natureza, procedente ou não.

Os ensinamentos da teoria abstrata geraram derivações surgindo a chamada teoria eclética da ação. Adota no Brasil pela atual legislação processual, foi trazida nos meados de 1940 pelo italiano Enrico Liebman.

Para a teoria eclética, o direito de ação se desprende do direito de material como as teorias concretista e abstrata, comungando do entendimento desta última de que seria o direito a um provimento jurisdicional de procedência ou improcedência. Entretanto, o direito de ação seria condicionado ao que se denominou como “condições da ação”.

O instituto das condições da ação, representado pela legitimidade, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido, seria matéria estranha ao mérito da causa e que antecede o

seu conhecimento. Assim, o direito de ação só existiria para o indivíduo quando preenchidas tais condições.

Nesse sentido, haveria para o indivíduo o direito de ação quando preenchidas as condições da ação, quando sim seria examinado o mérito da causa. De forma diversa, não sendo preenchidas, seria o indivíduo considerado como “carecedor de ação”.

O “criador” do Código de Processo Civil de 1973, o jurista Alfredo Buzaid, consagrou a teoria eclética na referida legislação, conforme se observa do seu artigo 267, inciso VI.

A criação das condições da ação levaram a alegação por parte de alguns estudiosos que a teoria eclética seria na verdade uma teoria concretista, tendo em vista que a análise de tais “requisitos” levaria necessariamente ao reconhecimento do direito violado e conseqüentemente ao provimento jurisdicional de procedência. No entanto, a referida assertiva não merece respaldo, haja vista a adoção pelo ordenamento jurídico da teoria da asserção, que possibilita o exame das condições da ação, conforme alegadas pelo autor, sendo sua análise propriamente dita postergada para o mérito da causa.

Ainda no estudo das condições da ação, os juristas José Carlos Barbosa Moreira e Helio Tornaghi alicerçaram em meados dos anos 70 o entendimento de que estas não seriam propriamente condições para a existência do direito de ação, mas sim do seu legítimo exercício, o que leva a conclusão de que o ajuizamento da ação sem a existência delas seria o exercício abusivo de um direito, tema do presente trabalho e que será dissecado posteriormente.

3. DIREITO DE AÇÃO – CONCEITO E GARANTIA CONSTITUCIONAL

O conceito tradicional do direito de ação, adotando-se a teoria abstrata, é o direito a obtenção de um provimento jurisdicional, independentemente do seu teor, possuindo o indivíduo direito a um provimento jurisdicional de procedência ou improcedência.

A moderna doutrina representada pelos estudiosos do direito processual apresenta enfoque diverso do anterior, se demonstrando com maior praticidade a justificar a atuação do direito de ação. Desta forma, o autor CÂMARA (2009, p.113) afirma: “Assim é que se pode conceituar ação como poder de exercer posições jurídicas ativas no processo jurisdicional, preparando o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional.”

Nesse sentido, a amplitude do conceito apresentado demonstra que o direito de ação não se resume unicamente a provocar o Poder Judiciário a proferir uma decisão judicial, mas se manifesta também ao longo do processo no exercício do direito de defesa ou de recorrer, pois são estes exercício de posições jurídicas ativas tomadas pelas partes.

Necessário ressaltar em relação ao direito de ação, que visto no sentido de direito do indivíduo de ter acesso aos tribunais, este se configura como garantia constitucional, incidindo toda a proteção dispensada aos demais direitos e garantias individuais.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, além da previsão expressa no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), diploma este incorporado ao ordenamento jurídico pátrio em razão do Brasil ter aderido a convenção internacional, trazem previsão expressa do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional assegura a todo o indivíduo que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos o acesso aos órgãos judiciais para buscar a preservação ou reparação destes.

Nesse sentido, há que se considerar como inconstitucional qualquer norma infraconstitucional que venha a limitar ou impedir o exercício deste direito. Além disso, havendo o conflito entre esta garantia e outro direito fundamental, deve este ser resolvido necessariamente por meio da técnica de ponderação de interesses.

Questão que parece relevante é a análise do direito de ação como garantia constitucional, relacionada às condições da ação abordadas no tema referente às teorias da ação, notadamente quando do exame da teoria eclética.

Nesse tocante, a existência das chamadas condições da ação analisadas anteriormente, não importa propriamente em limitação ao exercício do direito de ação, como demonstrado em torno de 1970 no posicionamento dos juristas José Carlos Barbosa Moreira e Helio Tornaghi, pois seriam apenas condições ao regular exercício de tal direito, não havendo qualquer incompatibilidade com as normas constitucionais.

4. EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE AÇÃO

O exercício abusivo do direito de ação, se manifestando na forma como o indivíduo se utiliza de um direito garantido de forma ilegítima, se revela através de várias facetas e pode ser praticado de diversas maneiras, sendo objeto deste ponto analisar as situações práticas e mesmo teóricas em que se pode reconhecer a sua ocorrência.

O exame do tema passa pela caracterização de situações que configuram o exercício abusivo do direito de ação, bem como da verificação de jurisprudências em que este é reconhecido na sua fundamentação.

Assim, configurado o exercício abusivo do direito de ação, há indiretamente abuso ao próprio ordenamento jurídico e a Constituição Federal que protegem o acesso a justiça e o direito de ação.

4.1. ABUSO DE DIREITO

O direito de ação, sendo um direito subjetivo público, já que exercido em face do Estado, não possui regulamentação nas normas de direito privado, pelo que se afastam as regras do Código Civil no que tange ao seu exercício.

No entanto, as normas do Direito Civil demonstram a preocupação do legislador em proteger direitos desde que estes sejam exercidos no seu estrito limite, sem que haja violação a direito de outrem.

O artigo 187 do Código Civil prevê que configura ato ilícito a conduta do titular de um direito que ao exercê-lo excede seus limites, pois ao exceder estes limites, o agente invade direito de outrem, violando-o.

Em sentido diverso, o artigo 188, inciso I, do Código Civil exclui a ilicitude da conduta do agente que pratica ato em exercício regular de um direito.

As referidas normas demonstram a proteção a direitos subjetivos por dois ângulos diferentes, o que apesar de não incidir no tema em estudo, mostra-se com a mesma *ratio* que

irá se aplicar ao direito de ação, pois o direito de ação é assegurado desde que exercido dentro de seus limites.

Ressalta-se que, apesar das normas de direito privado não possuírem aplicação no que tange ao exercício do direito de ação, têm plena incidência na proteção de direitos as regras vigentes nestas de forma a coibir o exercício abusivo desse direito, gerando direito subjetivo para o agente e devendo reger os conflito de interesses.

4.2. DEVER DE LEALDADE

O artigo 14, inciso II, do Código de Processo Civil impõe aos participantes do processo o dever de lealdade e boa-fé nos atos praticados por eles, como não deduzir em juízo demandas desprovidas de fundamentação, não produzir provas e nem atos inúteis, cumprir com as determinações judiciais e não causar embaraços a efetivação da função jurisdicional.

Sendo o dever de lealdade o ponto a ser analisado neste momento, a referida norma cotidianamente se mostra afastada da aplicação plena no mundo dos fatos, pelo que serão examinados os atos praticados em descompasso com seu preceito.

A prática forense demonstra, dia após dia, a violação ao dever de lealdade tanto pelas partes como por seus patronos, no intuito principalmente da obtenção de lucro, tendo em vista os “princípios” gerados por uma sociedade capitalista, mas que não se resumem a apenas este objetivo, podendo, por vezes, ser utilizado o processo como instrumento de vingança.

Os atos em flagrante violação ao dever processual de lealdade configuram não apenas pela subsunção ao artigo 14 do CPC como atentatórios à jurisdição, mas podem também ser visto como litigância de má-fé.

Os atos atentatórios ao exercício da jurisdição, como se convencionou chamar, são todos aqueles que adéquem aos incisos do artigo 14 do CPC, como mencionado anteriormente, podendo ser qualquer ato que impeça a efetividade da função jurisdicional, alteração da verdade em juízo, dentre outros.

Ressalta-se que os preceitos dos incisos do artigo 14 aplicam-se indistintamente a qualquer participante do processo, parte ou terceiro, já que o *caput* na restringe, mas que em relação aos advogados aplica-se apenas o inciso V por força do parágrafo único do mencionado dispositivo. O afastamento do advogado dos demais incisos se dá em razão de estarem submetidos ao Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil.

A litigância de má-fé e os seus atos configuradores são causa geradora de obrigação por perdas e danos na forma do artigo 16 do CPC, sendo obrigação *ex lege* que faz necessário um exame mais detalhado, haja vista o leque de possibilidades que podem ser enquadrados dentro dos incisos do artigo 17 do CPC.

A dedução de pretensão em juízo ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, como previsto no inciso I, do artigo 17 do CPC, é uma das hipóteses em que se reputa o agente como litigante de má-fé.

Nesta hipótese engloba-se a chamada “lide temerária”. Sendo ela a ação ajuizada sabendo-se que inexistente violação ou ameaça a direito, quando do seu exercício há clara abusividade, pois se deduz demanda em juízo que não irá ter proteção do ordenamento jurídico e conseqüentemente, não irá prosperar o pedido. Configura ainda hipótese do artigo 14 inciso III do CPC.

Nessa modalidade pode ser vista também a hipótese do indivíduo notoriamente “carecedor de ação”, pois deriva de hipótese em que o indivíduo não merece provimento jurisdicional de procedência, ressaltando-se que tal afirmativa não representa adoção da teoria concretista. O direito de ação nesse caso existe e é exercido, mas apenas de forma abusiva.

Ainda poderiam ser considerados os atos praticados por vingança, pois a condição humana do homem de ser passional, se releva, por vezes, nas emoções de modo a influenciar suas ações, pelo qual podem levar a utilização do direito de ação. O ajuizamento de ação como meio de vingança demonstra claramente o exercício abusivo do direito de ação, pois a jurisdição tem como função a proteção a direitos.

Importa salientar que a motivação para o ajuizamento de ação não configura exercício abusivo do direito de ação, mas apenas quando a demanda é notoriamente infundada, pois o autor sabe desde logo que não irá obter sucesso ao final com um provimento jurisdicional de procedência.

A legislação processual civil prevê ainda casos em que não se fala propriamente de exercício abusivo do direito de ação, mas que são necessariamente derivadas de condutas que não se coadunam ao acesso a justiça que a Constituição Federal buscou proteger.

A massificação do acesso à justiça com sua ampliação nos termos da Lei nº9.099/95 em que se possibilita a dedução de pretensão em juízo sem a representação por advogado e sem o recolhimento de custas processuais contribuiu para o exercício abusivo do direito de ação.

A Lei dos Juizados Especiais possibilitou àquele que pretendesse ajuizar ação, o fizesse sem qualquer ônus para si, pois além da ausência de qualquer despesa com o processo, em eventual improcedência do pedido, de acordo com o artigo 55 da Lei nº9.099/95, não há condenação em verbas sucumbenciais. Se não há qualquer ônus ao exercício do direito de

ação, é notório que irá existir aquele que não teve direito violado ou ameaçado de lesão, mas que se utilizará do acesso fácil ao Judiciário para tentar auferir vantagem.

Ainda é comum na prática forense o ajuizamento de ações de responsabilidade civil em que se forma litisconsórcio passivo em que nem todos os réus tenham participado do fato danoso, não sendo hipótese de solidariedade, deflagrando-se processo sem que exista direito a ser protegido em relação a um dos réus. Esta hipótese se dá principalmente em se tratando de relação consumerista.

Os incisos II e III do artigo 17 do CPC são quase que complementares, uma vez que quem falta com a verdade normalmente não possui interesse legítimo. Apesar de tal afirmação, não se confundem, já que a ilegalidade do objeto deriva da contrariedade a norma legal, diferentemente da alteração da verdade que se dá no mundo fático.

A oposição ao andamento do processo, atuação temerária em ato ou incidente deste, provocar incidentes manifestamente infundados ou interpor recursos protelatórios, na forma dos incisos IV a VII do artigo 17 do CPC, são o grande problema verificado nos Tribunais.

A prática forense demonstra que todos aqueles atos a retardar, impedir ou desvirtuar a prestação jurisdicional são utilizados por aqueles que se utilizam do Poder Judiciário para a satisfação de interesses próprios ou alheios.

O homem, ser racional por natureza, mas insatisfeito por sua condição de humana, diante de tempos em que há deterioração dos princípios morais e éticos, pratica todos os atos a atender seus interesses, sejam de natureza patrimonial ou não.

Casos que demonstram que simples atos são praticados com o intuito de prejudicar a parte contrária, como o que se denominou chamar de “carga dos autos”. O advogado retira os autos do cartório e não os devolve com a intenção de retardar o andamento do processo e

consequentemente a entrega da prestação jurisdicional, ficando a cargo do juiz coibir tais prática com ações de busca dos autos no escritório do profissional.

Nesse sentido, a tentativa em obstar o andamento do processo que lhe prejudica ou praticar ato processual de forma temerária é meio para que sejam atingidos os seus fins, satisfação de seus interesses.

A provocação de incidentes manifestamente infundados geram atraso ao andamento do processo da mesma maneira, pelo qual o indivíduo retarda a entrega da prestação jurisdicional para que seus interesses não sejam prejudicados.

A interposição de recursos protelatórios é outra forma de retardar o andamento do processo. O homem se utiliza dos instrumentos recursais previsto em lei, esgotando-os, por muitas vezes, sabedor de que não obteria posição jurídica de vantagem após o julgamento destes, mas que lhe servem de forma a atrasar a “vitória” da outra parte.

O direito de recorrer tido como manifestação do direito de ação na visão da doutrina moderna que considera este como o exercício de posições jurídica ativas no processo, quando utilizado de maneira meramente protelatório é inequivocamente configurador do exercício abusivo do direito de ação.

Todos os atos com observância aos incisos do artigo 17 do CPC são um dos fatores responsáveis pelo excesso de trabalho existente no Poder Judiciário, por gerar o descrédito dos órgãos julgadores e atrasar a função jurisdicional, notadamente em tempos que o tema celeridade e efetividade processual encontram-se em moda, principalmente após a Emenda Constitucional nº 45/2004 com a criação do Conselho Nacional de Justiça.

Assim, devem tais atos serem combatidos pelos operadores do direito de forma a observar os deveres de lealdade e boa-fé, exercendo-se o direito de ação regular e

legitimamente nos moldes como garantidos pela Constituição Federal em seu artigo 5º inciso XXXV.

4.3. NORMA DE DIREITO PRIVADO CONTROLADORA

No item referente ao abuso de direito foi mencionado que, apesar das normas de direito privado não serem aplicadas no que se refere ao exercício propriamente dito do direito de ação, por ser este direito subjetivo público, no que tange as penalidades previstas por estas normas, deveriam elas incidir em eventuais lides derivadas do exercício abusivo do direito de ação quando o objeto desta versassem sobre direito privado. A estas podem ser chamadas de normas de direito privado controladoras do exercício abusivo do direito de ação, configurando hipótese de sua prática e prevendo diretamente sua punição.

Uma destas regras previstas em normas de direito privado é o artigo 940 do Código Civil, que se refere a demanda que tem por objeto a cobrança de dívida paga no todo ou em parte. Ora, se a dívida encontra-se paga no todo ou em parte, não haveria para o indivíduo o direito subjetivo a receber aquilo já lhe foi pago. Mesmo apesar desta afirmativa, o Código Civil traz regra expressa sobre o tratamento a ser dado ao indivíduo que, mesmo sabendo de tal fato, utiliza-se do direito subjetivo de ação para cobrar, exercendo abusivamente este direito.

Insta salientar que se a previsão legal fosse meramente da cobrança de dívida paga, a regra incidente seria a do artigo 187 do Código Civil com todas as peculiaridades da responsabilidade civil, mas que quando incluída a condição “demandar em juízo”, declara-se como exercício do direito de ação.

A regra do Código Civil prevê que aquele que demande em juízo objeto nestas condições, deverá pagar o dobro que vier a ser cobrado na dívida totalmente paga ou o equivalente do que cobrar quando não ressalvar as quantias pagas ou pedir mais do que for devido.

Notoriamente há exercício abusivo do direito de ação, pois o indivíduo se utiliza de um direito garantido constitucionalmente fora dos limites impostos, qual sejam, sabedor de que não possui direito subjetivo a ser protegido, busca provimento jurisdicional a que não faz jus.

4.4. RECONHECIMENTO PELA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência, da mesma forma que a doutrina, vem timidamente reconhecendo a ocorrência do exercício abusivo do direito de ação, sendo poucas as decisões em que sua fundamentação faz menção a tal prática.

O presente tópico não se destina a analisar as decisões judiciais que reconheceram em sua fundamentação o exercício abusivo do direito de ação, mas sim o exame das situações em que este abuso foi reconhecido.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, por algumas vezes, decidiu que a interposição de recursos contra decisão que se sabe não merecedora de qualquer reforma ou anulação, configura o exercício abusivo do direito de recorrer, como pode se verificar por exemplo da ementa do Recurso Especial nº333.150/MS.

Esta modalidade é a mais reconhecida, pois o direito de recorrer é visto como uma extensão do direito de ação e, por tempos, vem sendo utilizado de forma irregular na prática forense, configurando hipótese do artigo 17, inciso VII, do CPC.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconhece a abusividade no exercício do direito de ação em certas escolhas do juízo a que se dirigirá a demanda nas hipóteses previstas em lei em que se mostra mais de um juízo competente, pois nestas hipóteses haverá competência concorrente de juízos.

A utilização de norma legal pelo autor em seu favor para dificultar, ou impedir a colheita de prova, ou o exercício do direito de defesa pelo réu, demonstra claramente o exercício abusivo do direito de ação, pois o direito é exercido de forma única e exclusivamente a prejudicar outrem, o que se verifica pela fundamentação do julgado da uniformização de jurisprudência nº2008.018.00003 que deu origem a súmula nº 143 do TJ/RJ.

5. FORMAS DE CONTROLE

Estando delimitadas as hipóteses de exercício abusivo do direito de ação, faz-se a abordagem neste tópico de formas de controle que visa trazer uma orientação de como se pode e deve coibir o exercício abusivo do direito de ação, protegendo o direito daqueles que o exercem dentro dos limites e de forma legítima.

5.1. MULTA POR ATOS ATENTATÓRIOS A DIGNIDADE DA JURISDIÇÃO

A abordagem anterior dos atos atentatórios a dignidade da justiça deixaram claras as formas de violação ao artigo 14 do CPC, como a dedução de demanda infundada, prática de atos inúteis, criar embaraços a efetivação de provimento jurisdicional entre outros, sendo examinado a partir deste momento as formas de se coibir e punir a prática destes atos.

A utilização da multa como forma de punição pela prática de atos atentatórios a dignidade da jurisdição leva a análise do parágrafo único do artigo 14 do CPC, pelo qual a aplicação deste meio de coerção deve ser realizado em montante fixado pelo juiz de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa.

O exame da multa em seu valor passa por duas premissas: a primeira é a de que na sua fixação deve ser analisada a conduta praticada pelo agente. A segunda é de que o valor no percentual previsto em lei, diferentemente da condenação em honorários advocatícios, este se refere ao valor da causa e não ao da condenação.

Na aplicação de multa deve o juiz determinar prazo para pagamento que se iniciará do trânsito em julgado da decisão final, quando descumprido, deverá ser inscrito o débito em dívida ativa.

Nota-se que a inscrição em dívida ativa em razão da inadimplência se dará de acordo com o órgão jurisdicional competente, pois sendo a Justiça Estadual ou Federal competente para a causa, que se determinará a quem será devido a multa.

Ressalta-se que a multa aplicada por ato atentatório a jurisdição é revestida a Fazenda Pública e não a para parte contrária.

Assim, o exercício abusivo do direito de ação que configure hipótese de ato atentatório a jurisdição deve ser punido de acordo com as regras trazidas pelo artigo 14 parágrafo único do CPC.

5.2. CONDENAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Os atos que configuram má-fé de acordo com a legislação processual foram analisados posteriormente, passando-se ao exame das sanções aplicáveis a estes atos.

A aplicação da condenação por litigância de má-fé na redação original do Código de Processo Civil, gerava a discussão acerca da possibilidade de ser aplicada *ex officio* pelo juiz, o que foi praticamente pacificado com a Lei nº8.952/1994 que inseriu o §2º ao artigo 18 do CPC.

A orientação do “criador” do Código de Processo Civil o jurista Alfredo Buzaid em 1973 era exatamente nesse sentido, defendendo que para a condenação por litigância de má-fé imprescindível o requerimento da parte contrária.

Assim, no tema sanções por litigância de má-fé a dissertação pressupõe a análise do artigo 18 *caput* e parágrafos do CPC, que levam a interpretação de três possibilidades em sua aplicação.

A primeira, fundamentada no artigo 18 *caput* do CPC, é a condenação do litigante de má-fé a pagar multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

A segunda é condenar o litigante de má-fé a indenizar a parte contrária pelos prejuízos experimentados que derivem do ato, também fundamentada a obrigação no artigo 18 *caput* do CPC.

A terceira é última possibilidade, é a condenação do litigante de má-fé a pagar indenização em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa ou liquidado por arbitramento, com fundamento no §2º do artigo 18 do CPC.

As regras derivadas da condenação por litigância de má-fé levam a fazer considerações sobre a sua aplicação. A condenação é independente da condenação em ônus sucumbenciais, o que deriva do próprio texto legal expresso no artigo 18 *caput* do CPC.

A indenização pelos prejuízos experimentados pela parte contrária pressupõe incidente processual, onde deve haver instrução probatória e liquidação dos danos, sob pena de enriquecimento sem causa.

Na condenação por litigância de má-fé, na primeira hipótese apresentada o valor se reveste em favor da Fazenda Pública, diferentemente das demais, onde o objetivo da norma é indenizar a parte contrária.

Cabe ressaltar que a condenação diferentemente do ocorre com aquela em ônus sucumbenciais é no valor da causa ou liquidado por arbitramento e não no valor da condenação.

Diferencia-se ainda a condenação por litigância de má-fé com a dos atos atentatórios à jurisdição, já que a primeira recai sobre a parte da relação processual, diversamente da segunda em que a parte ou terceiro pode ser alvo.

Nesse sentido o exercício abusivo do direito de ação que configure má-fé de um dos litigantes, deve ser punido de acordo com as regras previstas no artigo 18 do CPC, sendo

relevante mencionar que cabe ao juiz diante do caso concreto avaliar qual será a forma em que a parte será condenada, fixando-se indenização desde já ou posteriormente.

5.3. COBRANÇA DE DÍVIDA PAGA

O artigo 940 do Código Civil prevê regra que dá tratamento especial no caso de exercício abusivo do direito de ação para cobrança de dívida paga no todo ou em parte, conforme abordado anteriormente.

A regra especial trazida pela legislação civil faz com que as demais normas tenham sua aplicação afastada quando a situação que se apresente subsume-se a previsão legal.

A cobrança de dívida paga no todo ou em parte, gera para o autor da ação a obrigação de pagar o dobro do que vier a ser cobrado na primeira hipótese ou o equivalente do que exigir no caso de dívida paga em parte e não ressalvadas as quantias recebidas.

Insta salientar que se a previsão legal fosse meramente da cobrança de dívida paga, a regra incidente seria a do artigo 187 do Código Civil com todas as peculiaridades da responsabilidade civil, mas que quando incluída a condição “demandar em juízo”, declara-se como exercício do direito de ação.

Assim, havendo a cobrança judicial de dívida paga em notório exercício abusivo do direito de ação, deve a parte ser condenada nos termos do artigo 940 do Código Civil a pagar o dobro se a dívida tiver sido paga no total ou o equivalente na dívida paga parcialmente. Ressalta-se que a legislação civil ressalva o caso de obrigação prescrita, pois tratando-se de

obrigação natural, o débito continua a existir, desaparecendo apenas a exigibilidade do crédito.

5.4. TEORIA DA CAUSALIDADE E ÔNUS SUCUMBENCIAIS

A condenação em ônus sucumbenciais prevista na seção III do capítulo II do Código de Processo Civil é regida pelos artigos 19 a 35 sob a denominação “das despesas e das multas”. Deriva esta condenação da relação jurídico-processual existente, em que se forma triangularmente entre partes e Estado-Juiz.

A “punição” processual pressupõe duas regras que são complementares no âmbito do processo, que são chamados de princípio da sucumbência e a teoria da causalidade, representadas no Código de Processo Civil e que serão analisadas adiante.

A sucumbência deriva da posição jurídica de vantagem de outrem, pelo qual aquele que no exercício do direito de ação restou em posição jurídica inferior deverá arcar com as despesas do processo, como disposto no artigo 20 do CPC. Assim, deriva da própria condenação.

A teoria da causalidade, diferentemente da sucumbência, não se fundamenta na premissa da posição jurídica obtida com o provimento jurisdicional, mas sim no sujeito que deu causa a certa despesa, na forma como pode ser extraído do artigo 19 do CPC.

A união entre o princípio da sucumbência e a teoria da causalidade são a *ratio* da distribuição das despesas e multas processuais, justificando a causa geradora da obrigação de dar que estarão sujeitas apenas as partes e não terceiros como acontece na multa por ato

atentatório a dignidade da jurisdição. Nesse sentido, comunga da regra da condenação por litigância de má-fé.

A relevância do tema condenação em ônus sucumbenciais ao abordado no presente trabalho deriva do fato da cumulação que pode ser realizada na condenação por esta e pela litigância de má-fé e/ou ato atentatório a jurisdição.

O artigo 18 do CPC quando estabelece uma das formas de condenação por litigância de má-fé estabelece que não há qualquer prejuízo a condenação em honorários advocatícios e despesas processuais.

Na condenação em multa por atos atentatórios a jurisdição também não há qualquer vedação legal para que haja a cumulação, tanto com os ônus da sucumbência como pela litigância de má-fé.

No tema “exercício abusivo do direito de ação”, quando exercitado ilegitimamente o direito pelo autor da ação, pois não realizado na forma de recurso como demonstrado anteriormente como possível, deve ele quando reconhecida a abusividade ser condenado necessariamente em custas processuais e honorários advocatícios em razão do princípio da sucumbência.

As demais considerações referente à condenação em ônus sucumbenciais são irrelevantes para o tema exercício abusivo do direito de ação e como não possuem maiores influência, não merecem maior detalhamento.

6. CONCLUSÃO

O homem como ser humano busca a satisfação de seus interesses por todos os meios possíveis e postos a sua disposição, de modo que na ânsia de atender a esses interesses, por muitas vezes influi no interesse de outrem.

Quando uma das partes se submete à pretensão da outra não há qualquer problema, desde que não haja ameaça ou violência, mas quando uma das partes resiste a esta pretensão, está instaurado o conflito de interesses. Na intenção de impedir que, na solução de conflitos de interesses utilize-se da violência, é vedada a autotutela, e o ordenamento jurídico visa tutelar e proteger direitos lesados ou ameaçados de lesão, como o Poder Judiciário tem como função cumprir na prática o objetivo do daquele.

O exercício abusivo do direito de ação consiste exatamente na utilização de um direito garantido pelo ordenamento jurídico para satisfação de interesses não protegidos por este, pois há um desvio de finalidade na utilização da ação.

O direito de ação exercido de forma abusiva é prejudicial ao Poder Judiciário, abarrotando os Tribunais com processos inúteis ou ilegítimos e levando o Estado a realizar despesas desnecessárias na movimentação da “máquina judiciária”, como também a sociedade é prejudicada com o atraso na entrega da prestação jurisdicional.

Assim, necessário se faz que o Poder Judiciário por meio dos juízes combata demandas abusivas, realizando os preceitos de controle do exercício do direito de ação, tais quais condenação por litigância de má-fé e multa por atos atentatórios a jurisdição, de forma a coibir estas condutas.

REFERÊNCIAS

BOIS, Mariana Du. *A teoria do direito abstrato de agir*. Como reelaboração da teoria abstrata, face as teorias concretista e eclética. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/Publicacoes/Doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=503>> Acesso em 15 nov. 2009.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 15 nov. 2009.

BRASIL. Emenda Constiucional nº45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em: 15 nov. 2009.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>> Acesso em: 15 nov. 2009.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm> Acesso em: 15 nov. 2009.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm> Acesso em: 15 nov. 2009.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 15 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 333.150/MS. Relator Min. Barros Monteiro. Publicado no DOU de 12.11.2001.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Uniformização de Jurisprudência n. 2008.018.00003. Relator Des. José Mota Filho. Publicado no DOE de 05.11.2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. *A teoria da ação de Liebman e sua aplicação recente pelo Superior Tribunal de Justiça*. Alguns aspectos dogmáticos da teoria da asserção. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13066>>. Acesso em: 15 nov. 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. DE ALMEIDA, Flávio Renato Correia. TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. vol. I. São Paulo: RT, 2007.