

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

ANDRÉ CORDEIRO LEAL

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

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

CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: André Cordeiro Leal, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Valesca Raizer Borges Moschen – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-133-3

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetivação da justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O XXIV Congresso do CONPEDI, realizado em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, da Universidade Fumec e da Escola Superior Dom Helder Câmara, ocorreu em Belo Horizonte, Minas Gerais, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015, sob a temática Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II desenvolveu suas atividades no dia 13 de novembro, na sede da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, e contou com a apresentação de vinte e nove textos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos. Aliás, os escritos que tratam dessa instigante temática vão dos negócios processuais à admissibilidade recursal, passando pela principiologia constitucional do processo e suas relações com a legitimidade decisória no estado democrático de direito. Há também considerações acerca da cooperação processual, da coisa julgada e da segurança jurídica, da proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, das tutelas de urgência e de evidência e da sumarização da cognição.

Também há, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as tensões entre o direito processual tradicional e suas insuficiências, com apresentação das controvérsias sobre aspectos procedimentais na adoção *intuitu personae* e na proteção do meio ambiente, bem como na ação de prestação de contas em face do guardião responsável pela administração dos alimentos. Tratam, ademais, do neoconstitucionalismo e do papel e atividade dos tribunais brasileiros, havendo escritos que, quanto a esse último tema, discorrem sobre a jurisprudência defensiva, sobre o ativismo judicial, sobre a inaplicabilidade do marco civil da internet pelos tribunais e sobre as súmulas vinculantes.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos

problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante e inafastável tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II agradecem aos autores dos trabalhos pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos os que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen - UFES

Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva - UFRN

Prof. Dr. André Cordeiro Leal - FUMEC

Coordenadores do Grupo de Trabalho

**O ASSÉDIO PROCESSUAL SOB A PERSPECTIVA DO CARÁTER
DETERMINADO DO DIREITO**

**THE PROCESSUAL HARASSMENT BY THE PERSPECTIVE OF THE
DETERMINATED NATURE OF LAW**

**Murilo Ramalho Procópio
Fernanda Teixeira Saches**

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo criticar a criação, por parte dos magistrados e doutrinadores, do instituto do assédio moral processual, tendo como referencial o caráter determinado do Direito. Nessa perspectiva, embora o instituto se apresente na doutrina como uma inovação, consideramos que o Código de Processo Civil de 1973 já regula a conduta do assédio processual em seu texto legal, mesmo não apresentando a referida nomenclatura de modo expresse. Portanto, segundo entendemos, o assédio processual, tal como foi criado, favorece a insegurança jurídica, o que decorre da crescente autonomia dos operadores do direito.

Palavras-chave: Assédio processual, Insegurança jurídica, Caráter determinado do direito, Litigância de má-fé

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to criticize the creation, by part of judges and scholars, of the processual harassment institute, referencing the determined nature of law. From this perspective, although the institute is presented in the doctrine as an innovation, we believe that the Civil Procedure Code 1973 has already regulated the conduct of procedural harassment in its legal text, although the absence of this expressed nomenclature. In this sense, we understand that processual harassment, as it was created, favors legal uncertainty, which arises from the growing autonomy of law enforcement officers

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Processual harassment, Legal uncertainty, Determinated nature of law, Bad faith litigation

1. INTRODUÇÃO

Na doutrina de direito processual e em toda ciência jurídica, de forma geral, muito se discute acerca da arbitrariedade e discricionariedade dos juízes, em relação ao processo de tomada de decisão. Enquanto alguns operadores do direito apoiam que sejam dadas alternativas e liberdade aos magistrados¹, como forma de obter justiça no caso concreto, outros acreditam que quanto maior a discricionariedade e não obediência às leis previamente estabelecidas, maior a chance de se obter a chamada “ditadura do judiciário”.

Tal dicotomia está diretamente relacionada à teoria da determinação e da indeterminação do direito, que foram devidamente expostas por Noel Struchiner (2011) em seu artigo *Indeterminação e objetividade: quando o direito diz o que não queremos ouvir*. Neste artigo, o autor disserta sobre as vantagens, principalmente por parte do magistrado, de se vincular ao texto de lei previamente implementado no momento de proferir decisões judiciais.

Sob este contexto, utilizando-se das teorias acima mencionadas, busca-se através do presente estudo relacioná-las ao instituto do assédio moral processual no âmbito processo civil², demonstrando qual teoria se encaixa mais com a postura utilizada pelos magistrados e doutrinadores no momento em que supostamente criaram o instituto. Além disso, tem-se como objetivo concluir qual das duas teorias deveria ter sido aplicada, levando-se em consideração que o instituto, na verdade, sempre esteve legalmente previsto, mais precisamente no Código de Processo Civil.

2. DA (IN)DETERMINAÇÃO DO DIREITO

Inicialmente, devemos destacar a existência de uma forte divergência em relação ao caráter essencial do Direito, no que diz respeito a sua determinação. Isso porque, enquanto alguns doutrinadores entendem que o direito deve ser reconhecido como indeterminado, outros acreditam na existência da determinação no direito. O expoente do positivismo jurídico (HART, 1988), por exemplo, se debruça sobre a indeterminação do direito, afirmando que a mesma ocorre quando há por parte do sujeito uma negação à regra imposta e, nesse sentido, pode-se dizer que o sujeito estaria

1 O ministro Luis Roberto Barroso, por exemplo, defende o caráter estritamente aberto das normas Constitucionais, permitindo que seu conteúdo seja totalmente preenchido pelo intérprete (BARROSO, 2009, p.111).

2 Tendo em vista que o referido instituto costuma ser normalmente analisado na seara do processo do trabalho, contexto em que foi construído jurisprudencialmente.

adotando uma atitude prática de não aceitação das regras ou estaria rejeitando a própria atitude prática.

Sob sua conceituação, quando o sujeito adota uma atitude prática de não aceitação das regras, trata-se de um sujeito motivado por interesses pessoais (HART, 1988, p.40). Por outro lado, quando rejeita a própria atitude prática é porque adota um ponto de vista diverso, como, por exemplo, o teórico, ao invés do prático. Trata-se, portanto, de alguém que tem pretensões de descrever o direito, sem tomar qualquer cuidado com a decisão prática do que está escrevendo (HART, 1998, p. 41). Para Hart, portanto, quando a atitude prática do sujeito corresponde a não seguir o que as regras prescrevem, isso traduz uma atitude meramente instrumental por parte do intérprete jurídico, o que o aproxima do caráter determinado do direito.

Em sentido distinto de Hart, o teórico BRIAN TAMANAHA (2006) classifica o direito como indeterminado, acreditando, portanto, que caso a regra existente não seja convencional ou favorável, os aplicadores do direito não precisam utilizá-la para justificarem uma determinada decisão. O autor utiliza a teoria da instrumentalidade para justificar seu posicionamento, pois para os instrumentalistas, o direito é apenas um meio utilizado para se alcançar determinados propósitos, ainda que tais fins sejam obtidos contrários à norma positivada, sendo o mesmo objetivo e indeterminado.

Sob a mesma perspectiva dos instrumentalistas, existem os realistas, conforme descrito por NOEL STRUCHINER (2011), os quais também acreditam que as regras jurídicas não têm um papel fundamental no processo decisório, e que o direito é, na verdade, aquilo que os juízes determinam como sendo o direito. Portanto, assim como os instrumentalistas, os realistas acreditam que os juízes estarão corretos, ainda que não utilizem das regras já positivadas para embasar suas decisões. Neste sentido, de acordo com os instrumentalistas e realistas, caberia ao direito se adequar aos fins desejados tanto pelos legisladores, quanto pelos juízes e advogados, ainda que cada profissional apontasse valores diversos uns dos outros e contrários à norma previamente estabelecida.

Assim sendo, as teorias acima mencionadas podem ser utilizadas como justificativas para a classificação indeterminada do direito, já que em ambas prevalece o entendimento de que se houver uma regra preestabelecida que for claramente contrária ao que o operador do direito quer aplicar ou utilizar como argumento que justifique suas perspectivas, deve-se afastar o direito e aplicar as considerações de cada caso concreto. Por outro lado, quando uma norma encontra-se preexistente a um determinado fato, e se entende que a mesma deve ser observada por todos os operadores do direito, ainda que a

regra não seja adequada aos anseios objetivados, pode-se dizer que se estará diante da classificação do direito como sendo determinado³.

Assim como Hart (1988), Noel Struchiner (2011) acredita na predominância do caráter determinado do direito. Segundo ele, as pessoas devem pautar suas condutas tendo como parâmetro as regras já existentes, bem como acreditam que, se há uma norma positivada, a mesma deve ser observada no momento de aplicação da regra ao caso concreto⁴. Neste mesmo sentido, o autor critica o segmento adotado pelos instrumentalistas e realistas, haja vista que, segundo ele, devem ser aplicadas as normas estabelecidas, mesmo que sejam contrárias às finalidades dos operadores do direito, a fim de prezar pela certeza, segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade.

Outros doutrinadores, como Timothy Endicott (2001), classificam o direito como sendo determinado, porém acreditam que a determinação não ocorra como regra, pois o direito, que depende de uma linguagem comum, pode-se mostrar indeterminado, quando faz uso, por exemplo, de conceitos vagos. É o autor afirma no seguinte trecho, citado por Noel Struchiner:

[..] a textura aberta da linguagem jurídica, ou sua potencial vagueza é inexorável. Sempre pode surgir um caso não antecipado que se encontre na região da penumbra do significado regra. Até mesmo os termos que são utilizados para tornar uma definição mais precisa estão sujeitos a se tornarem vagos em função de mudanças não antecipadas do mundo. Mas, para que o leitor internalize o ponto de uma vez por todas, o fato de o direito ser necessariamente vago não significa que ele seja radicalmente indeterminado. A sua indeterminação, fruto em boa parte de sua vagueza, dá-se nas beiradas. (EDINCOTT apud STRUCHINER, 2011, p.130).

Assim sendo, para Timothy Eddincot (EDDINCOT, 2001), o direito jamais deve ser considerado indeterminado, como regra, já que embora em alguns casos sejam vagas as determinações legais, deve-se sempre observar alguns dos parâmetros normativos no momento de decisão. Destarte, pode-se perceber que de fato há uma dicotomia no que concerne à classificação do direito. Isso porque, alguns doutrinadores preferem denominá-lo como indeterminado, e acreditam cabe ao direito se adequar aos fins desejados tanto pelos legisladores, quanto pelos juízes e advogados, ainda que cada

3 Segundo STRUCHINER (2011), todavia, essa postura estaria relacionada muito mais com a corrente formalista do Direito do que efetivamente com qualquer adepto do positivismo ou realismo jurídico.

4 Sobre o posicionamento de Noel Struchiner, ressalta-se que o mesmo não defende que os regras já existentes devem ser aplicadas a todo custo. O que o autor acredita, com base em Hart, é que os casos difíceis não constituem a maior parte dos problemas que se colocam perante o judiciário. Na maior parte das vezes, o próprio ordenamento jurídico oferece a resposta correta para casos concretos, assim como o sistema de precedentes judiciais. Na existência de lacunas jurídicas, todavia, ou quando o direito estabelece uma prescrição completamente em desacordo com a realidade, não haveria problemas em utilizar de outras normas (não-jurídicas), embora esta atitude também seja capaz de produzir uma série de problemas (STRUCHINER, 2011, p.139).

profissional aponte valores diversos uns dos outros e contrários à norma previamente estabelecida. Em contrapartida, há os operadores do direito que o classificam como determinado, e defendem que havendo uma norma preexistente deve o juiz adequar o caso concreto a ela, e não criar uma nova regra, diversa da existente, quando a redação não lhe for favorável.

3 DO ASSÉDIO PROCESSUAL

3.1 A diferença entre o assédio moral e assédio processual: a relevância do aspecto trabalhista

Sabe-se que o assédio moral constitui um instituto presente em diversos ramos jurídicos, podendo estar relacionado ao âmbito do serviço público, por exemplo, momento em que traz implicações relacionadas ao Direito Administrativo. No âmbito penal, por sua vez, é antiga a reivindicação para incluir a conduta de assédio moral do Direito do Trabalho como um crime. É o que se manifesta, por exemplo, por meio do projeto de lei n. 4742/2001, de iniciativa do deputado Marcos de Jesus. O referido projeto pretende acrescentar o art. 146-A ao Decreto-Lei n. 2.848/40, criando o seguinte tipo penal:

Art. 146-A. Desqualificar reiteradamente, por meio de palavras, gestos ou atitudes, a auto-estima, a segurança ou a imagem do servidor público ou empregado em razão de vínculo hierárquico funcional ou laboral.

Pena: Detenção de (3 (três) meses a um ano e multa.

É no Direito do Trabalho, todavia, que o instituto do assédio moral possui maiores repercussões. Neste sentido, é oportuno apontar o que dispõe Márcia Novaes Guedes a respeito do conteúdo do assédio moral no âmbito do Direito do Trabalho, o qual seria caracterizado, segundo a autora, pela existência de duas características fundamentais, sendo a primeira, a regularidade dos ataques. É assim que, o assédio moral, nos dizeres mesma, refere-se a “uma violência sistemática e que dura um certo tempo (GUEDES, 2005, p. 35). A segunda, por sua vez, refere-se na intenção deliberada, por parte do agente em desestruturar a estabilidade emocional do empregado para que o mesmo possa se desligar do contrato de trabalho (GUEDES, 2005, p. 35).

Neste contexto, devemos ressaltar o fato de que o assédio moral tem sido objeto de inúmeras reclamações trabalhistas, gerando como consequências principais, nesta seara do Direito, a transformação do pedido de demissão em rescisão indireta e a

condenação da obrigação de indenizar por parte do agente que assedia, em regra, o empregador. Considerando essa perspectiva, é nosso dever mencionar, que embora o assédio processual também tenha se relacione, principalmente, com o Direito do Trabalho, em razão de sua aplicação corriqueira pelos juízes, os dois institutos não se confundem.

Sobre a diferença entre essas duas modalidades de assédio, Jeane Sales Alves se manifesta da seguinte maneira:

Enquanto o assédio moral tem por fim principal tornar a relação de direito material insuportável, ocasionando a rescisão do contrato de trabalho, ou mesmo, humilhar, desqualificar, submeter o trabalhador a situações vexatórias perante os colegas de trabalho, o assédio processual, por sua vez, visa, primordialmente, impedir o trâmite regular da reclamação trabalhista, desestimulando o trabalhador a prosseguir com a ação, fazendo-o desacreditar na realização da justiça, e, muitas vezes, forçando-o a celebrar acordos flagrantemente prejudiciais aos seus direitos, mesmo após a sua certificação no processo de conhecimento, pois, mesmo na execução é possível obstaculizar a prestação jurisdicional (ALVES, 2008, p. 2940).

Segundo a concepção de assédio moral processual adotada pela autora, marcante é a característica de assédio processual relacionada à justiça do trabalho, na qual, conforme sabemos, as propostas de acordo e de extinção do processo em atenção à celeridade processual são muito mais comuns, principalmente considerando a necessidade do trabalhador em receber as parcelas correspondentes de forma mais rápida. Em razão deste contexto é que a jurisprudência de direito processual no Trabalho considerou oportuna a adoção de um instituto que punisse as práticas desestimuladoras do prosseguimento fluido do processo, desconsiderando a existência do instituto da litigância de má-fé. Segundo seus idealizadores, portanto, a litigância de má-fé não seria suficiente para alcançar a referida finalidade. Nesse sentido, passamos a apresentar os elementos conceituais do assédio moral processual, conforme defendido pela doutrina.

3.2 O conceito de assédio moral processual e sua aplicação no processo civil

Em relação ao conceito de assédio processual, Nilton Rangel Barreto Paim e Jaime Hillesheim o definem nos seguintes termos:

[...] a procrastinação do andamento do processo, por uma das partes, em qualquer uma de suas fases, negando-se ou retardando o cumprimento de decisões judiciais, respaldando-se ou não em norma processual, provocando incidentes manifestamente infundados, interpondo recursos, agravos, embargos, requerimentos de provas, contraditas despropositadas de testemunhas, petições inócuas, ou quaisquer outros expedientes com fito protelatório, inclusive no decorrer da fase executória, procedendo de modo temerário e provocando reiteradas apreciações estéreis pelo juiz condutor do processo, tudo objetivando obstacularizar a entrega da prestação jurisdicional à parte contrária (PAIM; HILLESHEIM, 2006, pp. 1113-1114).

Ampliando a possibilidade de autoria do assédio processual para os membros do poder público, Marco Aurélio Aguiar Barreto, por sua vez, defende que se um magistrado, um representante do Ministério Público, um advogado, ou qualquer das partes, faltar com urbanidade e destratar qualquer pessoa ou seus representantes, de certa forma causando humilhação, a ponto de afetar a sua autoestima, intimidá-lo(a), e ainda contribuir para o atraso da conclusão da prestação jurisdicional, pode-se aferir que o sujeito estará praticando assédio processual (AGUIAR BARRETO, 2013, p. 1114).

Destacando o caráter reiterado das condutas retardatórias por parte do assediante, José Affonso Dellegrave Neto afirma que, no assédio processual, o assediante atua dentro da relação jurídica processual, objetivando retardar a prestação jurisdicional e/ou prejudicar dolosamente a parte contrária, através do exercício reiterado e abusivo das faculdades processuais, geralmente sob a dissimulada alegação de estar exercendo o seu direito de contraditório e de ampla defesa (DELLEGRAVE NETO, 2013, p.8).

Portanto, no assédio processual, o desânimo para com a demanda ajuizada faz com que parte e advogado esmoreçam, negligenciem e tropecem diante de ônus processuais que lhes cabem; potencialidade das agressões – as várias medidas protelatórias adotadas pelo agressor têm o condão de fazê-lo desistir da ação, desacreditar no Poder Judiciário, duvidar da seriedade do Juízo e até mesmo do seu defensor constituído (PAIM e JAIME HILLESHEIM 2006, p. 1113).

Assim, permite-se emitir o conceito do assédio moral processual como todas as práticas abusivas de forma reiterada praticadas no âmbito de uma relação jurídico-processual, com a intenção deliberada de causar prejuízos a uma ou ambas as partes, principalmente, causando-lhe transtornos, constrangimentos, abalos em sua autoestima, sejam por intermédio da utilização dos recursos e faculdades processuais, sem fundamentos e de forma temerária com o objetivo de retardar a conclusão da prestação jurisdicional. Nessa linha, entende-se, ainda, como assédio moral processual, o ajuizamento de ações não fundamentadas, com mostras de litigância de má-fé, sem

conteúdo, argumentações e fundamentos fáticos e científicos, sem perspectiva científica de sucesso, com a intenção de causar dano à imagem de uma ou ambas as partes, além da aventura processual no sentido de tentar alcançar o locupletamento, o enriquecimento ilícito.

Havendo a configuração da prática de assédio processual, portanto, o assediante será penalizado pelo juízo, a partir das circunstâncias do caso concreto, na razão do prejuízo causado. Importante salientar que ante a constatação do assédio moral processual, pode o juiz aplicar a penalidade, inclusive, de ofício, uma vez que haverá a configuração de atentado à pessoa da vítima, à boa ordem processual e à dignidade da justiça.

3.3 Comparativo entre assédio moral processual e litigância de má-fé, sob a égide do Novo Código de Processo Civil

A maioria da doutrina, como exemplo de NILTON RANGEL BARRETTO PAIM e JAIME HILLESHEIM (2006, p. 1114), distingue assédio processual de litigância de má-fé. Os argumentos utilizados pelos doutrinadores, em sua maioria, defendem que, quando se trata de litigância de má-fé, necessariamente o litigante inobserva um ou alguns dos requisitos elencados no artigo 80 do Novo Código de Processo Civil, artigo 17 do Código de Processo Civil de 1973, enquanto que o assédio processual caracteriza-se pela prática reiterada dos requisitos compositores da litigância de má-fé.

Ademais, como penalidade, a litigância de má-fé traria a sanção imposta no artigo 81 do novo Código de Processo Civil, artigo 18 do Código de Processo Civil de 1973, que estabelece uma multa superior a 1% e inferior a 10%, além de uma indenização a ser fixada pelo juiz. Por outro lado, a penalidade ao assediante é escolhida pelo próprio juiz de modo a suprir os prejuízos causados, não havendo que se falar em multa, nem mesmo em limites para a indenização.

Contudo, embora a maior parte da doutrina estabeleça que há as mencionadas diferenças entre a litigância de má-fé e o instituto criado do assédio moral processual, observa-se que, na verdade, não há qualquer diferença entre os institutos, bem como não há qualquer explicação para a permanência do assédio processual, senão a discricionariedade por parte dos magistrados de aplicação das regras preexistentes. Senão, vejamos:

Não há qualquer previsão legal que exclua a possibilidade de aplicação da litigância de má-fé em casos de reiteradas desobediências legais. Ao se observar o artigo 80 do Código de Processo Civil, artigo 17 do Código de Processo Civil de 1973, percebe-se que não há menção a quantidade ou variedade de atitudes que devem ser realizadas para a caracterização da litigância de má-fé. Portanto, a aplicação da litigância de má-fé também ocorre em casos de desrespeito reiterado ao ordenamento vigente.

Em outras palavras, a redação do artigo 80 do novo Código de Processo Civil apenas expõe todos os atos que, se praticados, serão considerados de má-fé, mas em momento algum aduz que a litigância de má-fé só ocorre se praticado um ou mais atos elencados, conforme exposto abaixo:

- Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:
- I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
 - II – alterar a verdade dos fatos;
 - III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
 - IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
 - V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
 - VI – provocar incidente manifestamente infundado;
 - VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Destarte, consideramos não haver nenhum fundamento razoável para não considerar o instituto da litigância de má-fé quando houver a incidência de reiterados atos considerados acima mencionados.

Não obstante, observa-se que a prática reiterada dos incisos elencados no artigo 80 do novo CPC, artigo 18 do Código de Processo Civil de 1973, também é considerada pela jurisprudência pátria como litigância de má-fé, conforme comprova a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

PRELIMINARMENTE: ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA DE LIQUIDAÇÃO. Se a decisão é contrária aos interesses da agravante, ensejando a interposição de remédio processual cabível, não implica em qualquer nulidade. Prefacial rejeitada. ARBITRAMENTO DAS COMISSÕES DE COBRANÇA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS CONTÁBEIS. Obstada a liquidação por cálculos, pela executada, da quantificação do valor devido, com base na aplicação do percentual de 0,5% sobre as vendas realizadas, não havia outro meio para apurar o quantum debeatur, a não ser o arbitramento realizado pelo Juízo. Provimento negado. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. A prática reiterada de atos atentatórios contra a dignidade da Justiça, com ofensa direta aos arts. 14, 17 e 600 do Código de Processo Civil, impõe a aplicação da penalidade processual que reputa o autor das ofensas como litigante de má-fé.

Ainda sobre este aspecto, é oportuno mencionar que o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou da seguinte forma:

[...] a condenação por litigância de má-fé pressupõe a ocorrência de alguma das hipóteses previstas em lei (art. 17 do CPC) e configuradoras do dano processual. Não há de ser aplicada a multa processual se ausente a comprovação nos autos do inequívoco abuso e da conduta maliciosa da parte em prejuízo do normal trâmite do processo. (Resp 731197/SP - Teori Albino Zavascki. Pub. 06.06.2005)

Neste sentido, havendo a incidência de quaisquer dos incisos elencados no artigo 80 do novo CPC, artigo 18 do Código de Processo Civil de 1973, bem como havendo a incidência de modo reiterado dos incisos, desde que comprovada a ilicitude e o abuso do litigante, denomina-se litigância de má-fé. Portanto, não podem os magistrados e doutrinadores criarem um instituto processual novo, como se o mesmo não existisse, se na verdade, as características atribuídas ao assédio processual são, legalmente, as mesmas características que compõe a litigância de má-fé.

Outro argumento utilizado pelos doutrinadores que diferencia o assédio processual da litigância de má-fé, é que nesta, há uma multa de 1 a 10 por cento, além de uma indenização quantitativamente limitada como forma de penalizar os sujeitos que a pratiquem, enquanto que no assédio processual há apenas a indenização ilimitada ao sujeito que sofrer os prejuízos dos atos praticados.

No entanto, embora a doutrina tente fazer crer que os institutos são distintos, a indenização imposta ao assediante está contida como penalidade da litigância de má-fé, ou seja, em outras palavras, foi criado um instituto processual como se não houvesse uma penalidade específica aos que praticassem os atos de má-fé de modo reiterado e causassem prejuízos à parte contrária, mas foi inobservado pelos doutrinadores e magistrados que, na verdade, o instituto do assédio moral processual já estava contido como penalidade da litigância de má-fé no artigo 18 do CPC/73, atual artigo 81 do novo Código de Processo Civil. Senão, vejamos:

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou
(...)

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

Assim sendo, se o assédio processual foi criado como uma forma de punição aos que manifestamente praticarem quaisquer atos mencionados no artigo 80 do novo CPC, artigo 17 do Código de Processo Civil de 1973, e se a punição é o arbitramento por parte do juiz de uma indenização a fim de que sejam reparados todos os prejuízos por ventura existentes em decorrência dos atos praticados, pode-se dizer que a penalidade imposta já é preexistente à criação do instituto do assédio processual. Ademais, o próprio artigo 16 do CPC/73, atual artigo 79, dispõe sobre a responsabilização em perdas e danos do sujeito que atuar de má-fé na relação processual: “Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente”.

Percebe-se, portanto, que para o sujeito responder por perdas e danos, basta que o mesmo litigue de má-fé. Como o assédio processual é a prática reiterada dos atos elencados no artigo 80 do novo CPC, pode-se dizer que a indenização utilizada como penalidade no assédio processual já é preexistente também no artigo 79 do novo CPC. Não obstante, importante frisar que os magistrados e doutrinadores estão utilizando do instituto do assédio processual também para penalizarem os sujeitos que interpõem vários embargos de declaração com intuito protelatório, bem como para os que empregam de modo escrito ou verbal palavras injuriosas contra a parte contrária ou mesmo ao juízo. No entanto, em ambas as exemplificações também existem dispositivos legais que foram criados para serem aplicados como sanções aos atos praticados.

No que concerne aos embargos protelatórios, o artigo 538 parágrafo único do Código de Processo Civil de 1973, prevê expressamente o pagamento de multa a quem o opuser, bem como prevê a elevação do montante da multa para quem o opuser de modo reiterado. Neste mesmo sentido, os parágrafos 1º e 2º do artigo 78 do novo CPC dispõe que quando houver expressões ofensivas de modo oral, o ofensor terá como penalidade uma advertência, sob pena de lhe ser cassada a palavra, e quando a injúria for escrita, o juiz determinará que as expressões ofensivas sejam riscadas e, a requerimento do ofendido, determinará a expedição de certidão com inteiro teor das expressões ofensivas e a colocará à disposição da parte interessada.

Portanto, em ambos os casos também existem previsões legais expressas de punições aos que desobedecerem às regras impostas. Assim, pode-se perceber que os magistrados e doutrinadores criaram o assédio processual como se o mesmo fosse um

novo instituto de punição sem observar que já existiam artigos no Código de Processo Civil que regulamentava exatamente às proposições caracterizadoras do assédio processual.

3.4 Da aplicação do caráter determinado do direito ao assédio processual

De acordo com os conceitos apresentados neste trabalho, é possível dizer que o assédio moral processual se constitui com a prática abusiva e reiterada de atos dentro da relação jurídica-processual. Os assediadores possuem a intenção de causar prejuízos à parte contrária, utilizando de recursos para retardar o andamento do processo causando abalos à parte contrária. Reputam-se assediadores, ainda, os que empregarem expressões injuriosas dentro da relação jurídica, seja de forma escrita ou oral, dirigidas à parte contrária ou ao próprio magistrado. A penalidade estabelecida para o assédio moral processual é o pagamento de indenização a ser arbitrada pelo juiz da causa.

Assim sendo, percebe-se que o assédio moral processual nada mais é que uma nova denominação ao que se costuma designar como litigância de má-fé, uma vez que os atos praticados encontram-se previstos no artigo 80 do novo Código de Processo civil e, como já afirmado, não há qualquer limitação quantitativa no referido artigo para que se defina a litigância de má-fé. As teorias que consideram o caráter determinado do direito entendem que, se há uma norma preexistente a um fato, deve este se adequar àquela, ou seja, deve a norma ser observada por todos os operadores do direito, ainda que a regra não seja adequada aos anseios objetivados.

No que tange ao assédio moral processual, nota-se, portanto, que fora utilizada a teoria da indeterminação, já que embora preexistente o instituto da litigância de má-fé, o juiz, a fim de fazer valer seus próprios interesses, uma vez que considerou a penalidade da litigância de má-fé branda com relação a alguns casos, criou o instituto do assédio moral processual, como se o mesmo fosse novo no ordenamento jurídico.

No entanto, devem os operadores do direito, quanto ao assédio moral processual, seguir a teoria determinante do direito, ou seja, deve se pautar na legislação preexistente para punir quem praticar qualquer um dos atos previstos no artigo 80 do novo Código de Processo Civil, seja de forma reiterada e abusiva, seja praticando apenas um dos atos elencados no mencionado artigo.

Isso porque, na visão de Noel Stuchiner, quando o magistrado possui uma prerrogativa de desconsiderar a regra em função de outras considerações (STRUCHINER, 2011, p. 148), haverá uma maior probabilidade de haver erros ou

abusos por parte de quem aplica o direito, seja de modo direto, quando o próprio magistrado é o responsável por tomar decisões de modo instrumentalista e particularista, deixando de aplicar a regra previamente estabelecida, seja de modo indireto, quando há o reconhecimento de desvio do magistrado por outros agentes, que pode engendrar comportamentos indesejados dos mesmos em larga escala.

Além disso, segundo Noel Sthuchiner, se o conhecimento do desvio sistemático gerar efeitos de adaptação e estes forem mais frequentes e indesejados que os eventuais erros cometidos pela aplicação do texto legal, então temos boas razões para querer que os juízes não se desviem do significado claro do direito (STRUCHINER, 2011, p. 147). Assim, no caso do assédio processual, os magistrados erraram de forma direta, se mostrando, conforme nosso marco teórico, instrumentalistas e particularistas, já que criaram o instituto do assédio moral processual com o fim de fazer valer os seus próprios anseios e finalidades. Ressalta-se, ainda, que mesmo existindo a litigância de má-fé com uma penalidade insculpida no artigo 81 do novo CPC, os adeptos do aumento da pena relacionada a referida conduta criaram o instituto sem que houvesse limites para a indenização, inobservando as regras preestabelecidas, gerando incerteza, insegurança jurídica, imprevisibilidade e instabilidade aos operadores do direito.

Logo, sob esse contexto, deve-se prevalecer o conceito de determinação do direito, haja vista os efeitos prejudiciais da atitude discricionária por parte dos operadores do direito, quais sejam, a não padronização das decisões, e o efeito estimulador do uso discricionário por outros juízes. Portanto, entendemos que cabe ao mundo jurídico adaptar as regras previamente estabelecidas para o caso concreto, e não criar uma nova regra para justificar um determinado posicionamento.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto do assédio moral processual foi criado pelos magistrados e doutrinadores, que agiram como se não houvesse qualquer norma prévia no regulamento que punisse os sujeitos que praticassem de modo reiterado e abusivo qualquer um, ou alguns dos atos classificados no artigo 80 do novo CPC. A maior motivação dos magistrados foi de poder, com a criação do instituto, não seguir a limitação da penalidade imposta no artigo 81 do atual Código de Processo Civil, já que a indenização arbitrada quando reconhecida o assédio processual não possui qualquer demarcação.

No entanto, como fora anteriormente observado, embora tenham criado um instituto com uma nova denominação, as características que compõe o assédio

processual sempre se encontraram estabelecidas nos artigos 78 e seguintes do Código de Processo Civil. Assim, os magistrados e doutrinadores agiram de acordo com a teoria instrumentalista ao criarem o assédio moral processual, pois motivados por interesses pessoais negaram a regra previamente imposta, ou seja, simplesmente acreditaram que a regra existente não era convencional ou favorável e que não precisavam utilizá-la para justificarem uma determinada decisão.

Desse modo, o direito foi apenas um meio utilizado pelos magistrados para alcançar determinados propósitos. Destarte, no que tange ao assédio processual, os magistrados fizeram com que o direito se tornasse objetivo e indeterminado. No entanto, os magistrados deveriam ter observado a teoria determinante do direito, a qual expõe que se houver uma norma preexistente, os sujeitos devem observá-la no momento de aplicar a regra ao caso concreto, bem como devem pautar suas condutas tendo como parâmetro as regras já existentes.

Isso porque os magistrados não poderiam deixar de observar as regras já impostas e criar novos institutos como se os mesmos não existissem. Ademais, os erros e abusos causados pelos magistrados tendem a aumentar, seja de modo direto quando o próprio magistrado atua desconsiderando a regra preexistente seja de modo indireto quando há o reconhecimento de desvio do magistrado por outros agentes, já que não se está prezando em nenhum dos casos pela segurança jurídica.

Portanto, deveria ter sido observada a teoria determinante do direito no que concerne ao instituto do assédio moral processual, uma vez que este foi criado pelos magistrados, tão somente para que os mesmos pudessem aplicar uma penalidade quantitativamente superior à que já se encontrava legalmente prevista, gerando total insegurança jurídica e viabilizando um número maior de erros a ser cometidos pelos operadores do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AGUIAR BARRETO, Marco Aurélio. *Assédio processual entendido como ramo do assédio moral – seu conceito atual e a necessária problematização*. São Paulo. Revista LTr. vol. 77, n.03/304, março de 2013.

ALVES, Jeane Sales. *Assédio Processual na Justiça do Trabalho*. In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI – Salvador. Florianópolis, 2008, p. 2935- 2949. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/jeane_sales_alves.pdf

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 16 mar. 2015.

BRASIL. Projeto de Lei n. 4742 de 2001. Introduce art. 146-A no Código Penal Brasileiro - Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, dispondo sobre o crime de assédio moral no trabalho. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD26MAI2001.pdf#page=74>

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão no Agravo de Petição n 0 RS 4355900-26.1994.5.04.0024. Relator: MARQUES, Vanda K. Publicado em 29 de novembro de 2000. Disponível em: <http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16527164/agravo-de-peticiao-ap-rs-4355900-2619945040024/inteiro-teor-16527165>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n 731197 SP 2005/0036786-9. Órgão julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA . Publicado no DJ 06/06/2005 p. 230. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7226416/recurso-especial-resp-731197-sp-2005-0036786-9-stj>

DELLEGRAVE NETO. José Affonso. *Assédio processual na justiça do trabalho*. Artigo divulgado no Núcleo Trabalhista Calvet. Disponível em: nucleotrabalhistacalvet.com.br. Acesso em 8 jan 2013, às 16h.

ENDICOTT, Timothy. *Law is necessarily vague*. Legal Theory, n.7, p.379-85, 2001.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror Psicológico no Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2005, 2. ed.

HART, H. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *O Assédio Moral e o Contrato de Trabalho*. In: Valor Econômico, 26/05/2006.

PAIM, Nilton Rangel Barreto e HILLESHEIM, Jaime. *O assédio processual no processo do trabalho*. Revista LTr, vol. 70, n.09, setembro de 2006, p.1112-1118.

RIBEIRO UCHOA, Marcelo. *O assédio processual*. Disponível em <http://www.gomeseuchoa.adv.br/publicacoes/O%20Ass%C3%A9dio%20Processual%20-%20LTr.pdf>. Acesso em 24 fev 2015, às 15h.

STRUCHINER, Noel. *Indeterminação e objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAMANAH, Brian. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Nova York: Cambridge University Press, 2006.