

A moralização da relação processual civil e o sistema de repressão à litigância de má-fé

Eduardo José da Fonseca Costa

Juiz Federal Substituto em Franca - SP. Bacharel em Direito pela USP. Especialista, Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC - SP. Membro do IBDP e da ABDPC. Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Processual.

1. Introdução

Em tempos em que a sociedade mergulha numa profunda crise moral e em que a *celeridade* se torna progressivamente a viga-mestra de toda a principiologia do processo civil, cresce a preocupação em torno do instituto da *litigância de má-fé*. O princípio da celeridade processual é uma norma jurídica cujo conteúdo desejado é a rápida entrega da prestação jurisdicional, norma esta a qual se inspira na crença valorativa de que “justiça atrasada é injustiça qualificada”. Aliás, trata-se de ideal que se pode alcançar através de um sem-número de providências: fazer prevalecer a comunicação oral nas alegações das partes e nas apresentações das provas sobre o julgamento baseado nos registros escritos; restringir a instrução do processo a um mínimo possível de audiências (ou, se possível, a uma única audiência concentrada); impedir as contínuas interrupções no andamento processual moti-



vadas por recursos opostos pelas partes contra as decisões tomadas pelo juiz sobre incidentes surgidos na tramitação da causa; tornar excepcional a atribuição de efeito suspensivo aos recursos; encurtar os prazos processuais; eliminar as formalidades dispensáveis, primando-se pela instrumentalidade das formas; antecipar os efeitos práticos reversíveis das tutelas finais pretendidas.

Entretanto, uma das mais destacadas formas de concretizar-se a celeridade processual é, sem dúvida, o duro combate aos atos protelatórios, de litigância de má-fé e de exercício abusivo do direito de defesa¹. Não há processo civil célere sem que ele esteja caracterizado por limpidez moral. A par de toda a sorte de problemas e limitações de que padece o Judiciário para uma rápida entrega da prestação jurisdicional (falta de juízes e

¹ V. nosso As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 121, p. 275-301, mar. 2005.

servidores públicos, deficiência de capacitação humana, baixo grau de informatização de expedientes, precariedade de instalações, falta de material de trabalho, restrições orçamentárias, etc.), há um fator de desaceleração do processo cuja erradicação depende bastante do Poder Judiciário: a má-fé.

Não obstante, seja por entraves culturais de indesejada tolerância à chicana, seja devido ao inadequado modelo dogmático que tem sido construído em torno das normas de combate à litigância de má-fé, a atuação tímida dos juízes tem infelizmente contribuído para a ineficiência, a ineficácia e a inefetividade do subsistema de repressão à má-fé. O presente trabalho tem como objetivo, portanto, investigar os entraves à boa funcionalidade das regras jurídicas de repressão à litigância de má-fé que se encontram presentes nos discursos normativo, doutrinário e jurisprudencial.

2. A moralização das relações jurídicas

O sistema social global é resultado de uma interação entre diversos subconjuntos semi-autônomos (Política, Religião, Moral, Direito, Ciência, Economia, Estética, Moda, etc.). Sem embargo do relativo grau de insulamento entre esses subsistemas, sabe-se que todos eles se influenciam mutuamente.



Contudo, à medida que os subconjuntos se tornam complexos, seus respectivos modelos teórico-compreensivos tendem a simplificá-los e, portanto, a abstrair as faixas de interpenetração deles com os outros subconjuntos sociais. Quando esse procedimento

de simplificação se radicaliza, surgem as famosas *teorias puras*, que entusiasмам no começo, mas sempre descambam no descrédito. Não por outra razão, os economistas têm tentado desenvolver modelos que partam de um subsistema econômico cada vez mais inserido no tecido social íntegro, especialmente na Moral, não obstante a ruptura – difundida por Bernard Mandeville e Adam Smith – da atividade econômica com as leis e preceitos que regem os demais setores sociais.

No caso específico do Direito, há muito se percebeu que parte considerável das suas disfunções se deve ao excessivo isolamento sistêmico a que foi impelido na segunda metade do século XIX e na primeira metade do século XX. Graças a juristas como Hans Kelsen, propalou-se a crença inconseqüente de que a Dogmática Jurídica deve “garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa rigorosamente determinar como Direito”².

Daí por que despontam teorias como a *Economic Analysis of Law*, que busca reestruturar a compreensão do fenômeno jurídico em sua interação com a Economia, ou como a do Professor Klaus Gunther, para o qual a racionalidade das normas do Direito deve ser deduzida diretamente das normas morais, conforme a estrutura prescritiva da razão prática, ou ainda como determinadas linhas de estudo a respeito do direito constitucional, em virtude das quais se pretende a difusão de uma hermenêutica constitucional embebida pelas razões materiais próprias da Política.

Como bem diz Menezes Cordeiro:

“As sociedades humanas primitivas comportavam, como é sabido, uma indiferenciação entre as várias ordens normativas hoje distintas, com inclusão da Moral e do Direito. A autonomização deste,

² *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 1.

em sistema, pressupõe, como prévia, a catalogação de actuações jurídicas e postula, como motor, uma autoconsciência organizativa. Compreende-se, nestas condições, que Moral e Direito se cindam em função da História e de imperativos sócio-culturais, mais do que por obediência a naturezas internas particulares: ambas têm existência social, tomam a pessoa como referência e procuram objectivos considerados em termos apreciativos. Os escopos da Moral confluem no esforço da ordenação em que esta se inclui, representando uma cultura e uma organização global. A independência do Direito traduz exigências particulares que, dando a um sector normativo-social um tratamento específico, deixam, o restante, numa situação inorgânica; a presença dessa independência exprime a incapacidade, por parte do Direito, de esgotar todo o ordenamento social; o seu reconhecimento pelos juristas exprime uma distância de regular todo o espaço humano e a admissão de bitolas diferentes das suas e, nessa medida, autónomas. Torna-se compreensível a indiferenciação alcançada quando, abdicando de perspectivas jurídicas, se intente contemplar a normatividade enquanto ideia ou quando se pretenda impor um pensamento totalitário, que não tolere instâncias de controlo exteriores e, como tais, sempre potencialmente críticas; a essa luz, a diferenciação é desejável.”³

De outro lado, a colocação de Direito e Moral em planos distintos e radicalmente separados conduziu a Dogmática a perplexidades atroz, especialmente após os juristas alemães verem-se desarmados pelo positivismo jurídico frente a leis arbitrárias e de teor delitivo editadas pelo III Reich.

Ademais, o sofisticado aparato conceitual desenvolvido pelo Pandectismo nem sempre municiou os magistrados de elementos suficientes para a tomada de decisões adequadas a determinadas situações concretas, razão por que não se pôde evitar o uso de “regras materiais de equidade” ou “preceitos de ética extrajurídica” na solução dos litígios.

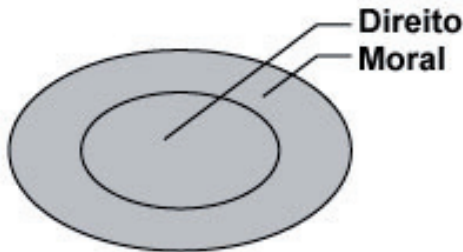
Assim, face à ineficiência de um modelo jurídico essencialmente formalista, alguns flancos da Ciência Jurídica passaram a reconstruir dogmaticamente o Direito sob a influência endógena da Moral, num processo dialético de “reforço jurídico da Moral” e de “reforço moral do Direito”. Mais: houve quem entendesse que o próprio Direito fosse englobado pela Moral, como se desta fosse simples capítulo especializado. Daí Georg Jellinek dizer que “o Direito não é nada além do mínimo ético”.

Aliás, para os adeptos da teoria do *mínimo ético*, todas as normas jurídicas – sem exceção – possuem uma espécie de *validade moral*. Ou seja, a aceitabilidade das regras do Direito é extraída da mesma aceitabilidade que elas ostentam no plano moral. Enfim, o Direito representa o mínimo de preceitos morais que são necessários para o bem-estar da sociedade, de modo que a Moral acaba apresentando uma amplitude maior em relação ao Direito, estando este inserido naquela (não obstante a Moral toda não esteja inserida no Direito).

Aqui, portanto, não se pode sustentar que Moral e Direito são subconjuntos distintos entre si, cada qual dotado de um relativo grau de insulamento. Mais do que se influenciarem mutuamente, a Moral e o Direito têm entre si uma relação de continência: o Direito é uma espécie de *Moral particularizada*, ou seja, é um subconjunto dela. Com isto, os preceitos morais são um elemento indissociável do processo de criação positiva das normas jurídicas. Ao criar uma lei, o legislador deve tomar em conta o mais ético, o mais condizente com a Moral.

³ *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1166-1167.

Portanto, se determinadas normas jurídicas, qualquer que sejam elas, forem modificadas, é porque o Estado acreditou que seria tal mudança mais sensata, mais correta, não se desvinculando jamais da idéia de Moral.



Segundo V. Domingo García Marzá:

“En definitiva, la fuerza jurídica posee carácter legitimador gracias a la relación entre derecho y moral. Esta relación non es algo ‘externo’ al derecho, sino que la tensión entre legalidad y legitimidad entra em El interior mismo del sistema jurídico. Prueba de ello es el hecho de que encontremos, em los Estados constitucionales actuales, una serie de normas de carácter jurídico y moral al mismo tiempo, como principios a los que una determinada constitución debe aproximarse. Esta moralidad legalizada, por utilizar palabras de G. Peces-Barba, conlleva que un ordenamiento jurídico há de legitimarse em virtud de unos principios, cuya validez no depende de que ele derecho positivo coincida con ellos. Son principios generales que, como los derechos fundamentales, las disposiciones sobre la soberanía popular, los mecanismos legislativos ..., conforman la base del sistema democrático. Em consecuencia, a la necesaria complementación de la moral por El derecho corresponde ahora la del derecho positivo por la moral. Em los Estados de derecho, tanto el legislador y la administración pública, como los jueces, están bajo esta exigencia de legitimación jurídicamente establecida. Esto nos permite

decir, según Habermas, que la moral se establece como derecho positivo y, por tanto, que los procedimientos jurídicos pueden considerarse, a su vez, como discursos morales institucionalizados. Em este sentido, por ejemplo, concibe R. Alexy el discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico⁴.

Nesse sentido, merece destaque a dogmática contratual produzida na Alemanha do início do século XX.

Sabe-se que a teoria contratual clássica foi planejada a partir de uma “geometria euclidiana das obrigações”, razão por que a compreensão do fenômeno contratual esteve sempre assentada sob o binômio linear “débito-crédito”. No entanto, hodiernamente, os juristas têm tratado o contrato como um “organismo tridimensional complexo”, no qual a bipolaridade “pretensão à prestação” - “dever de prestar” é circundada por vários outros deveres recíprocos e acessórios, de conteúdo diversificado, que *moralizam* o contato das partes.

Nem poderia ser diferente. Em uma sociedade massificada de riscos complexos, atuamos de *boa-fé* quando tomamos o *cuidado* de não frustrar as expectativas lastreadas na confiança que objetivamente despertamos nas outras pessoas.

Daí por que o conteúdo de um contrato não é integrado somente pelo corpo de cláusulas literalmente reduzidas a um instrumento escrito, mas também – e principalmente – pelos comportamentos reiterados que, dentro do seio cultural em que se inserem as partes, são reconhecidos como *comportamentos sociais típicos*, de quem se obriga além dos termos já alinhados expressamente no documento contratual. Mais do que simples papelucho, o contrato

⁴ *Ética de la justicia*. Madri: Editorial Tecnos, 1992, p. 163-164.

é um fenômeno dinâmico de comunicação interativa tão complexo e cambiante como a realidade sócio-cultural dentro da qual se insere⁵.

A relação jurídico-administrativa é outro exemplo cabal de relação jurídica cujo conteúdo é plasmado a partir de uma conjugação de normas de *direito positivo* e normas de *moralidade pública*.

Em outros termos: por força do *caput* do art. 37 da Constituição, o conteúdo das relações jurídicas de direito administrativo não é integrado somente pelo que é impingido por *lei* (princípio da legalidade), mas também – e principalmente – pelo que é imposto pela *moral*, pela *boa-fé* e pelos *bons costumes* (princípio da moralidade).

Aliás, não obstante *positivado* pelo *caput* do art. 37 da Constituição Federal, o princípio da moralidade administrativa sempre esteve imbricado nas múltiplas decisões e nas leis esparsas que há muito “descodificam” o direito administrativo.

De todo modo, trata-se de norma de conduta cuja aplicabilidade bem poderia resultar de uma *necessidade ética essencial*. Afinal de contas, como cunhado pelo gênio Machado de Assis, “enquanto a segurança precisar de uma fechadura, e a boa-fé de um tabelião, os homens lutarão de reino em reino, como de pessoa a pessoa” (*Crônicas*). Daí o motivo pelo qual a doutrina e a jurisprudência entendem que à Administração Pública também se outorga o dever de *cuidado* de não frustrar as expectativas fundadas na *confiança* objetivamente despertada nas outras pessoas, já que elas podem projetar suas vidas excluindo aquilo que confiam que jamais acontecerá⁶.

No caso brasileiro, talvez a mais dramática e premente “onda de moralização” se esteja vendo no direito eleitoral. Por meio de uma espécie de “jurisprudência criativa”, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral – a despeito da ausência de um melhor supedâneo textual para o combate das várias imoralidades, que há muito têm inquinado o nosso processo eleitoral – vêm desenvolvendo construções e interpretações *moralizantes*, especialmente em matéria de fidelidade partidária e inelegibilidade, com o intuito de tornar o sistema jurídico eleitoral cada vez menos uma instância técnica para a manipulação de estratégias antiéticas, mas legais, e cada vez mais uma zona normativa de concretização de lealdade na disputa eleitoral e de fidelidade na ostentação de pautas e programas das legendas partidárias.

3. A moralização da relação processual

Mutatis mutandis, o fenômeno processual tem passado por releitura semelhante. E com maior razão, uma vez que o processo civil tem sido palco de inúmeros joguetes e artimanhas. Aliás, poucas têm sido as relações jurídicas nas quais a astúcia e a esperteza reinam tanto quanto no processo.

Sob o ponto de vista semântico, “chicana” e “processo judicial” são dois termos que sempre andam associados na mente dos populares e leigos. Não por outro motivo, existem aqueles que têm a visão (deturpada) de que conhecer o *processo* é saber “ganhar sem ter razão”.

Isto levou Piero Calamandrei a redigir célebre e clássico artigo denominado “Il processo come giuoco”, publicado originariamente em 1950 na *Rivista di diritto processuale civile*, em que pugna por um comportamento ético entre as partes, a fim de que o processo se preste como instrumento da justiça, não como forma de ser dada a vitória ao mais astuto.

Assim sendo, o Código de Processo Civil

5 Para um aprofundamento do tema: MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 527 e ss.

6 Sobre o assunto: MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.



da Áustria foi o diploma pioneiro na imposição de uma conduta ética aos litigantes, cujo § 178 obriga as partes a que digam a verdade de uma forma completa e exaustiva e a que se manifestem sobre as alegações do adversário, expondo os resultados da prova com igual clareza e completude. Seguiu-se a ele o Código Civil alemão, o qual, no seu § 138, mais sucintamente formula o mesmo dever de verdade.

De qualquer modo, seria ingênuo acreditar que o vencedor do “jogo processual” é necessariamente a parte que tem a razão: muitas vezes, o vencedor é aquele que soube melhor expressar argumentativamente os seus interesses, mediante o manejo mais bem sucedido de técnicas discursivas e o cálculo mais bem apurado de riscos em cada “lance processual”.

Deve-se lembrar que, além de apresentar-se como uma dogmática analítica de conceitos e situações jurídicas e como uma hermenêutica, a ciência do processo traz também consigo um aspecto *pragmático*, ou seja,

um aspecto de *técnica instrumental* a serviço de interesses egoísticos.

Assim, é plenamente possível que vença a causa quem tenha melhor domínio sobre essa técnica, definindo melhor as estratégias e conhecendo de antemão os apetrechos mais eficazes para atendê-las. No entanto, não se há de negar que já existe maior moralização a partir do momento em que, no processo, a “ética do ardil” dá lugar à “ética da eficiência técnico-funcional”.

Em outras palavras: é tolerável que a vitória do *sorrateiro* acabe dando lugar à vitória do *competente*, contanto que essa competência técnica não seja desviada para prática de condutas moralmente imputáveis e processualmente danosas.

Daí por que o processo, sendo uma relação jurídica, não pode deixar de ser uma relação jurídica *moralizada*.

Como bem cunhado por Humberto Theodoro Jr.:

“O Estado e a sociedade, de maneira geral, apresentam-se profundamente empenhados de que o processo seja eficaz, reto, prestigiado, útil ao seu elevado desígnio. Daí a preocupação das leis processuais em assentar os procedimentos sobre os princípios da boa-fé e da lealdade das partes e do juiz. A lei, pois, não tolera a má-fé e arma o juiz de poderes para atuar de ofício contra a fraude processual (art. 129). ‘A lealdade processual é consequência da boa-fé no processo e exclui a fraude processual, os recursos torcidos, a prova deformada, as imoralidades de toda a ordem’ (Echandia). Para coibir a má-fé e velar pela lealdade processual o juiz deve agir com poderes inquisitoriais, deixando de lado o caráter dispositivo do processo civil”⁷.

⁷ Curso de direito processual civil, v. 1. 7. ed. São Paulo: Forense, 1991, p. 30

Contudo, esse fluxo de moralidade que passa a permear a relação processual não nos permite mais asseverar que o processo é simplesmente uma “relação jurídica de três pólos”, tal como ficou consagrado pela Processualística desenvolvida no final do século XIX e no início do século XX. Não se está mais diante de um simples trinômio estático, constituído pelo autor, pelo Estado-juiz e pelo réu. Enfim, essa velha figura da relação jurídica tripolar é, em verdade, somente uma fotografia episódica em meio ao complexo fluxo de situações jurídicas que caracterizam o *movimento* processual.

Hoje, o processo civil há de ser entendido como um “emaranhado *protéico* de situações jurídicas”, isto é, como uma macro-relação multifacetada e mutável composta por uma seqüência lógico-cronológica de situações jurídicas, cujo (não)-exercício pela parte titular – autor, juiz ou réu – enseja o despertar de novas situações jurídicas, até que o Estado-juiz se coloque na situação final de entregar a tutela jurisdicional. Essas situações jurídico-processuais em turbilhão podem ser classificadas em: a) unissubjetivas (p. ex., capacidade postulatória, capacidade processual); b) intersubjetivas: b.1) unilaterais (p. ex., vinculação do juiz aos termos em que proposta a demanda; ônus processuais); b.2) bilaterais: b.2.1) ativas (ex., imunidade de jurisdição, poderes de instrução do juiz); b.2.2) passivas (p. ex., dever de lealdade, dever de veracidade, dever de urbanidade).

Merecem destaque especial as situações jurídicas processuais bilaterais passivas pré-faladas. Trata-se de *deveres* recíprocos de teor variado que, apesar de engrossarem o já complexo emaranhado de situações jurídicas que caracterizam o processo, *moralizam* os contatos entre os sujeitos do processo (especialmente entre o autor e o réu).

Trata-se, enfim, de desdobramentos do *dever geral de boa-fé processual*, que cria para as partes a necessidade de levarem em consideração a esfera jurídica do adversário e

de se guiarem por comportamentos esperados de um litigante *honesto e leal*.

Nesse sentido, fazem com que o processo assuma a sua vocação *ética* e deixe de ser simples *jogo*, que beneficia os astuciosos, para tornar-se eficiente instrumento público a serviço da pacificação social. Com outras palavras: trata-se de deveres destinados à viabilização técnico-normativa da prestação jurisdicional, sem que haja desagregação entre as partes. Afinal de contas, não se pode aceitar que a deslealdade de uma parte seja o motivo determinante da derrota da outra ou de eventuais prejuízos por esta sofridos.

A bem da verdade, conquanto seja inegavelmente um valor *ético-moral*, a boa-fé sempre constituiu um valor *jurídico*, o qual se positivou em nosso ordenamento vigente como uma *norma-princípio implícita*, que inspira a criação de um sem-número de regras jurídicas (especialmente de regras processuais de repressão à litigância de má-fé) e que, por ser norma jurídica, pode utilizar-se do poder coercitivo do Estado para ser efetivada no plano social.

Embora não aludida de forma expressa no Código de Processo Civil, a boa-fé tem se portado como “princípio geral não-expresso”, ingressando no *corpus* do ordenamento pela via doutrinário-jurisprudencial e permitindo a abertura do sistema de processo civil no Brasil⁸.

Não se trata, portanto, de uma novidade introduzida pelo Código Nacional de Defesa do Consumidor e em 2002 encampada pelo novo Código Civil: a boa-fé objetiva sempre foi princípio subjacente às normas de direito positivo do nosso sistema jurídico e intrajacente à prática judiciária brasileira.

⁸ Sobre a boa-fé objetiva como princípio jurídico implícito ao ordenamento brasileiro: COUTO e SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. *Estudos de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 6-12.

4. A estruturação dos deveres processuais de boa-fé

O padrão de boa-fé exigido na relação processual civil se consubstancia naqueles comportamentos reiterados que, dentro da realidade sócio-cultural em que se inserem as partes, são reconhecidos como *comportamentos sociais típicos* (que os alemães chamam de “sozialtypische Verhalten”) de um litigante *honesto e leal*.

Quer dizer, determinadas condutas possuem um *significado social típico* de quem litiga com lealdade, motivo por que a atuação processual que discrepe desses arquétipos objetivos será qualificada como *desleal* e sujeitará a parte, portanto, às conseqüências jurídicas negativas previstas para a prática de litigância de má-fé.

Enfim, a partir do comportamento da parte no processo e das circunstâncias concretas, é possível extrair-se uma “inferência prática”, isto é, um “nexo lógico-experimental” que nos permita concluir empiricamente que a parte age sob má-fé processual “em elevado grau de probabilidade”⁹. Não se trata obviamente de um modelo de pensamento jurídico com o qual os processualistas estejam acostumados.

A inferência objetiva de sentidos juridicamente relevantes, a partir de situações empíricas e de contextos interlocutivos, é recente conquista da Dogmática Jurídica, inspirada pelos modelos pragmáticos desenvolvidos no campo das ciências lingüísticas, como a Análise Conversacional, a Etnometodologia, a Sociolingüística Interacional, a Semiótica, etc.¹⁰ Nesse sentido, a litigância de má-fé deixa

de ter um significado desvendado a partir de uma inútil investigação psicológica do *animus* da parte e passa a ser captada a partir das situações criadas pelas partes e dos contextos discursivos concretamente considerados.

Isto significa que a responsabilidade processual pelo descumprimento de deveres processuais de boa-fé é *objetiva*: prescinde-se da perquirição de dolo ou culpa, visto que a conduta é julgada a partir de sua comparação com padrões comportamentais.

Aliás, é inaceitável que os processualistas civis ainda pensem o sistema de repressão à litigância de má-fé sob a égide do postulado da boa-fé *subjetiva*. É provável que este talvez seja o principal fator de ineficiência do sistema, esvaziando o fim moralizante das normas que o compõem e tornando a aplicação delas uma verdadeira *raridade*.

Em pleno século XXI, em que a litigância em juízo se dá em proporções massificadas e em que a litigiosidade explode em números assustadores, não se há de impor ao juiz que investigue o *animus* da parte toda vez que quiser impor-lhe uma sanção por má-fé processual (investigação esta cujo desempenho se mostra difícilíssimo na prática), não obstante a conduta da parte tenha objetivamente causado um atraso irrecuperável ao desfecho processual, seja típico de quem age de má-fé e tenha causado à parte *ex adversa* perdas e danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Imagine-se o caso (bastante corriqueiro no dia-a-dia forense) do réu que, condenado por sentença recorrível mediante apelação dotada de efeito suspensivo, opõe embargos de declaração confessadamente infringentes: o obstáculo à celeridade do processo já está colocado, pois o réu conseguirá protelar a execução da sentença contra ele proferida caso seja confirmada pelas instâncias judiciárias superiores, ainda que ele tenha oposto esses embargos “ingenuamente”, desprovido daquela “intenção malévola” que lhe contaminaria o espírito.

9 Sobre os comportamentos sociais típicos e os seus “nexos de conclusão”, p. ex.: PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 760-786.

10 Para um estudo desse tipo no âmbito da ciência processual civil, v. nosso Uma arqueologia das ciências dogmáticas do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 16, n. 61, p. 11-44, jan./mar. 2008.

Posição intermediária é defendida por Helena Najjar Abdo:

“Acredita-se que a posição mais coerente a ser adotada relativamente ao abuso do processo seja, realmente, aquela que se harmoniza com a clara previsão contida no art. 187 do CC. Assim, uma vez que se chegou à conclusão de que o ordenamento brasileiro optou pelo critério objetivo-finalístico no âmbito do processo do direito, o mesmo critério deverá ser adotado para o abuso cometido no âmbito de uma relação jurídica processual. A opção pelo critério objetivo não corresponde, todavia, à afirmação de que a conduta processual abusiva deva ser totalmente desprovida de qualquer caráter doloso ou culposo. Ou seja, eventual dolo ou culpa pode ou não estar presente no ato cometido por qualquer dos sujeitos processuais, sem que isso retire da conduta o seu caráter abusivo. O que a lei dispensa é a perquirição do elemento subjetivo no caso concreto. E, de fato, a disciplina não poderia ser diferente, tendo em vista que o dolo ou a culpa acompanham, muitas vezes, a conduta abusiva. Há casos, inclusive, em que a verificação do desvio de finalidade passa também pela investigação da intenção do agente”¹¹.

Além disso, os deveres processuais de boa-fé comportam conteúdo cambiante e dinâmico. Assim, não se pode exigir que a lei estabeleça um rol *taxativo* de deveres que expressam um arquétipo de condutas processuais honestas e leais.

Quando muito pode a lei processual civil trazer um mero rol *exemplificativo* de condutas que configuram *má-fé* e valer-se de *standards* e *conceitos jurídicos indeterminados* para que o julgador afira a moralidade do comportamento das partes caso a caso. Essa a razão por que os sistemas de combate à litigância de má-fé não podem circunscrever-se a *tipos fechados*, sob pena de não se varrerem todas as possibilidades de deslealdade processual perpetráveis pelas partes¹².

Nesse sentido, as regras sobre litigância de má-fé não se aplicam por subsunção, mas por *sobresunção*. O julgador não encaixa os elementos integrantes do caso concreto nos elementos abstratos descritos previamente numa hipótese de incidência normativa. Ao contrário: a hipótese de incidência é construída *a posteriori* a partir da valoração que o aplicador faz da situação sob análise.

Ou seja, partindo de normas materiais de boa-fé, o aplicador plasma casuisticamente a hipótese de incidência da regra de direito positivo, dando ao subsistema de combate

11 *O abuso do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 120-121. Contra, na jurisprudência: TRF da 4ª Região, 3ª Turma, AC 200070010050907-PR, rel. Juíza Vânia Hack de Almeida, j. 03.10.2006, DJU de 01.11.2006, p. 691: “O reconhecimento da litigância de má-fé depende da análise de elemento subjetivo e da constatação do dolo ou culpa grave, necessários para afastar a presunção de boa-fé que norteia o comportamento das partes no desenvolvimento da relação processual”. V. ainda: STJ, 1ª Turma, RESP 21.549-7-SP, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. DJU 08.11.1993, p. 23.520; STJ, 3ª Turma, RESP 826.698-MS, rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 06.05.2008, DJU 23.05.2008, p. 1. Segundo João Batista Lopes, “cuida-se de responsabilidade subjetiva, decorrente de dolo processual [...]” (*O juiz e a litigância de má-fé*. RT 740, p. 129). No mesmo sentido: IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 213.

12 Pugnando pela taxatividade: TRF – 3ª Região, 9ª Turma, AC 200203990154940-S, rel. Juiz Nelson Bernardes, j. 29.08.2005, DJU 06.10.2005, p. 438; TRF da 4ª Região, 6ª Turma, AG 200504010273114-RS, rel. Juiz Ricardo Teixeira do Valle Pereira, j. 30.08.2005, DJU 08.09.2005, p. 532; STJ, 1ª Turma, RESP 84.835-SP, rel. Ministro Demócrito Reinaldo, j. 03.09.1998, DJU 26.10.1998, p. 22: “Há violação ao art. 17 do CPC, quando se condena a parte por litigância de má-fé: sem lhe dar oportunidade de defesa, sem que haja sido comprovado dano processual quantificável à parte adversa; ou ainda, quando não há o enquadramento preciso da conduta atribuída do *improbus litigator* nas hipóteses elencadas *numerus clausus*, no art. 17 da Lei Processual vigente”. No mesmo sentido, p. ex., Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery: “Rol taxativo. As hipóteses de caracterização objetiva de litigância de má-fé estão arroladas em *numerus clausus*, taxativamente, norma ora comentada, não comportando ampliação [...]” (Código de Processo Civil comentado. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 288, 2ª coluna).

à litigância de má-fé maior potencial de adaptabilidade e individualização. Daí se vê que esse subsistema não pode aprazer-se de generalizações simplificadoras e raciocínios axiomático-dedutivos.

De qualquer maneira, isso explica a dificuldade enfrentada pelo Poder Judiciário na interpretação-aplicação das regras sobre má-fé processual. Não é por outra razão que o sistema de combate à litigância de má-fé tem operado em níveis insatisfatórios de eficácia, efetividade e eficiência. Nossos juízes estão treinados para a realização de operações conceito-subsuntivas de *conformidade* e *obediência*, o que os lança em profundo desconforto quando se deparam com operações *semi-condicionadas* ou *descondicionadas* de aplicação do Direito.

Na realidade, isso tem raiz na história própria da consolidação da Processualística como um ramo autônomo da ciência jurídica. Originariamente, o pensamento processual não se fez em torno do estudo das *normas*, tomadas uma a uma, na sua individualidade, mas em torno de *institutos* e *conceitos*.

Em verdade, o pensamento da Processualística Civil predominante é do tipo analítico-institucionalista: o jurista do processo debruça-se fundamentalmente sobre núcleos aglutinadores de normas conhecidos como *institutos processuais*, ou seja, sobre normas jurídicas conjuntamente agrupadas em função de um campo específico de incidência no âmbito do processo; enfim, sobre normas processuais que compõem uma determinada unidade material de regulamentação setorial (processo, procedimento, ação, exceção, recurso, jurisdição, competência, etc.).

Dizendo de forma mais precisa, pode-se asseverar que a dogmática analítica processual civil desenvolveu-se mais como uma (a) *dogmática das situações jurídico-processuais*. Sem refinamentos científicos maiores, ficaram ao largo (b) a *dogmática da norma jurídico-processual* (em que são estudados problemas como o da *sanção*, fato

que ganhou maior importância só após a introdução de institutos como a litigância de má-fé e o atentado à dignidade da justiça), (c) a *dogmática do ordenamento jurídico-processual* (em que são estudados problemas como os do direito processual intertemporal, da existência, da nulidade e da anulabilidade dos atos processuais – que ainda é, indubitavelmente, um dos calcanhares de Aquiles da ciência processual civil), (d) a *dogmática das fontes do direito processual* (a qual, aliás, tem tido pouca relevância para a solução de problemas forenses, porque o processo tem basicamente a Constituição Federal e as leis ordinárias federais como suas fontes, muito embora seja um desafio verificar se a jurisprudência é, ou não, uma fonte específica do direito processual civil) e (e) a *dogmática dos fatos jurídicos processuais* (que estuda os atos processuais *stricto sensu* lícitos e ilícitos, os negócios processuais, os atos-fatos processuais lícitos e os fatos processuais *stricto sensu* lícitos e ilícitos).

Aliás, foi como um estudo analítico de que, no século XIX, a Processualística Civil revelou-se pela primeira vez ao mundo como um ramo autônomo da Dogmática. Na esteira desse pressuposto, os juristas de então passaram a transmitir a idéia de que o “processo” nada mais era do que uma relação jurídica complexa de índole protéica capaz de ser decomposta em situações jurídicas mais simples (pretensões, ônus, faculdades, imunidades, poderes, sujeições, funções, deveres jurídico-processuais, etc.).

Noutras palavras: a ciência do processo era uma espécie de *investigação anatômica*, em que ao jurista cabia a dissecação desta macro-relação multifacetada e mutável chamada *processo* em uma seqüência lógico-temporal de situações jurídicas, cujo (não)-exercício pela parte titular (autor, juiz ou réu) enseja o despertar de novas situações jurídicas, até que o Estado-juiz se ponha finalmente em situação de entregar a tutela jurisdicional.

Daí por que, sintonizada com a neces-

cidade de segurança jurídica imposta pelo pensamento racionalista burguês, a Dogmática Processual Civil tornou-se uma ciência organizatória de categorias processuais partidas de conceitos-chave como ação, jurisdição e processo, os quais foram explicados como *situações jurídicas* particularizadas.

A *ação* foi captada como “exercício da pretensão à tutela jurisdicional do Estado” (sendo tal *pretensão* uma situação jurídica enfronhada no pólo ativo de uma relação de direito público de natureza pré-processual, hodiernamente constitucionalizada).

A *jurisdição* foi entendida como o “poder-dever estatal de aplicar a lei ao caso concreto por meio de um terceiro imparcial” (*dever* este que se mostra como a situação jurídica passiva correlata à pretensão à tutela jurisdicional).

Por sua vez, o *processo* foi apreendido como a “relação jurídica de direito público que se desenvolve progressivamente entre o Estado e aquele que busca a tutela jurisdicional”. Assim, mais do que especificar a natureza jurídica da ação, da jurisdição e do processo, a dogmática de então intrincoou essas três noções dentro duma espécie de “interligação lógico-siamesa”, tornando-as integrantes de um triunvirato regente de toda a Processualística.

Ao mesmo tempo, ganharam evidência os exercícios dogmáticos de diferenciações categoriais entre *ônus* (situação jurídica intersubjetiva unilateral) e *dever processual* (situação jurídica intersubjetiva bilateral); entre a *capacidade de ser parte*, a *capacidade processual* e a *capacidade postulatória* (situações jurídicas unissubjetivas).

Com isso, a ciência do processo afirmou-se e o método analítico consagrou-se como o principal esteio epistemológico de toda a Dogmática Jurídica. Sendo assim, só recebia o título de *processualista* o pesquisador que encarasse o fenômeno processual por meio de separações, distinções, especificações, classificações e sistematizações de

suas partes¹³.

Assim sendo, a Ciência do Processo Civil não se habitou de um conhecimento suficiente para apreender o seu objeto de estudo a partir de uma visão *normativista*, visão esta indispensável para que o sistema de combate à litigância de má-fé possa ser manejado a contento. Não se pode bem aplicar as normas punitivas desse sistema se não se conhece bem a estrutura lógica de suas regras jurídicas, os elementos integrantes de sua hipótese de incidência, a eventual presença de elementos subjetivos, em que termos se estruturam as conseqüências jurídicas estatuídas, etc.

5. O conteúdo dos deveres processuais de boa-fé

Como já visto, os deveres processuais de boa-fé são rebeldes por natureza a uma enumeração precisa ou descrição definitiva. A bem da verdade, o complexo dos deveres de boa-fé é caracterizado pela marca da *atipicidade*, conquanto o Código de Processo Civil tenha optado pela técnica legislativa de *arrolar* condutas reputadas como litigância de má-fé.

Em um certo sentido, essa opção tem a vantagem de ilustrar para os operadores forenses os exemplos comportamentais reprimidos pelo legislador do processo civil. Assim fazendo, o Código de Processo Civil outorga à comunidade forense parâmetros operativos a partir dos quais se torna possível uma avaliação comparativa das condutas praticadas pelas partes no dia-a-dia.

Por outro lado, a depender do tímido estágio de evolução dogmática da aludida comunidade, essa ilustração de comportamentos pode ser entendida (tacanhamente) como um rol fechado de condutas de litigância de má-fé,

13 A respeito da ciência do processo como uma *dogmática analítica de situações jurídicas*, v. nosso Uma arqueologia das ciências dogmáticas do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 16, n. 61, p. 11-44, jan./mar. 2008.

como se o sistema de repressão à litigância de má-fé fosse um subconjunto normativo regido pelo princípio da reserva legal absoluta. Aliás, a jurisprudência dominante e parte considerável da doutrina têm compreendido as normas que regulam o combate à má-fé processual à luz a partir das mesmas referências teóricas que permeiam a dogmática do direito penal.

De qualquer forma, seja entendendo-se que o Código de Processo Civil traz róis fechados de condutas de litigância de má-fé, seja entendendo-se que tais róis são meramente exemplificativos, é possível fazer-se uma diferenciação dos deveres de boa-fé processual em dois grupos ou classes, conquanto seja difícil uma classificação analítica das hipóteses de apresentação desses deveres. Podem ser eles divididos em: a) *deveres de lealdade*; b) *deveres de proteção*.

Os *deveres de lealdade* dizem com sinceridade, franqueza e honestidade. Daí por que não são admissíveis, por exemplo: a exposição mentirosa dos fatos, a formulação de pretensões sabidamente destituídas de fundamento, a produção de provas ou atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito, o descumprimento dos provimentos mandamentais, a criação de embaraço à efetivação de providências judiciais, o emprego de expressões injuriosas, a dedução de pretensão ou defesa contra fato incontroverso, o uso do processo para a consecução de objetivos ilegais, a alteração da verdade dos fatos, a oposição de resistência injustificada ao andamento do feito, a interposição de recursos manifestamente protelatórios, a provocação de incidentes manifestamente infundados, a fraude de execução, a oposição maliciosa à execução, a resistência injustificada a ordens judiciais, a recusa de indicação dos bens penhoráveis, a dedução de pretensões absurdas. Trata-se, enfim, daqueles deveres que, no Código de Processo Civil vigente, encontram-se *exemplificativamente* arrolados nos arts. 14, 15,

17, 340 e 600¹⁴.

Deve-se frisar que nem sempre a prática dessas condutas enseja danos morais ou materiais à parte adversa. Nem por isso deixam de ser censuráveis e puníveis pelo juiz, uma vez que – insista-se – os deveres de boa-fé processual não objetivam tutelar a esfera patrimonial ou moral das partes em litígio, mas a hignidez moral que deve permear o desenrolar de toda e qualquer relação processual. Não se pode olvidar, ademais, que as condutas de litigância de má-fé – em especial aquelas imbuídas de propósitos protelatórios – atacam a própria dignidade da justiça, pois impingem demora na entrega da prestação jurisdicional, desprestigiando a reputação o Estado e arranhando, por via reflexa, sua legitimidade. Daí por que não se pode sustentar a tese de que apenas há a cominação de pena ao *improbis litigator* caso tenha havido dano à parte contrária: a litigância de má-fé provoca arranhadura à própria imagem do Estado.

O *improbis litigator* não equivale, necessariamente, à *parte*. Segundo Francisco Glauber Pessoa Alves:

“a expressão litigante não tem conteúdo semântico idêntico ao de parte. Pode com ele se confundir ou não, a depender do caso concreto. Toda e qualquer pessoa que atue como mencionado no art. 17 do CPC é um litigante de má-fé, sendo ou não parte. O art. 16 do CPC indica isso ao afirmar que responderá por perdas e danos tanto o autor, como o réu, o mero interveniente e qualquer outra pessoa que participe da relação processual, e a nova redação do art. 14 do CPC sepulta qualquer opinião contrária. A acepção de interveniente é ampla, não se confundido apenas

14 Para Francisco Glauber Pessoa Alves, é difícil vislumbrar uma situação contrária à ética que não possa ser enquadrada no art. 14 do Código de Processo Civil (Ampla defesa X desvirtuamentos – litigância de má-fé e seu ônus financeiro. *Revista da ESMAFE - 5ª Região*, Recife, n. 4, p. 112-113, 2002).

com a figura de terceiros juridicamente interessados – perceba-se que o art. 16 menciona apenas intervenientes e não terceiros intervenientes. E interveniente é toda pessoa que, de algum modo, atua e intervém no processo movido por algum interesse próprio ou de terceiro. É só ter em mente a atuação de terceiro no processo (aquele que alega essa qualidade, mas na apreciação concreta é absolutamente despidido de fundamento), as testemunhas, o perito, o próprio defensor da parte (excedendo os limites de sua atuação – art. 14 do CPC) e o juiz”¹⁵.

Não há diferença ontológica entre “atos de litigância de má-fé”, “atos atentatórios à dignidade da justiça” e “atos atentatórios ao exercício da jurisdição”: todos consubstanciam desrespeito ao dever processual de lealdade, ferindo, em maior ou menor grau, a dignidade do Estado-juiz.

Não obstante a desnecessidade de haver prejuízo à parte adversa para configurar-se a litigância de má-fé, a inexistência desse prejuízo tem sido a escusa de que o Poder Judiciário se tem valido, em muitos casos, para deixar de punir o *improbus litigator*.

Vejam-se os seguintes arestos do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA DO MUNICÍPIO - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO DA PARTE ADVERSA - EXCLUSÃO DA MULTA.

Descabe conhecer do recurso especial se o tribunal de origem não apreciou os dispositivos de lei federal indicados pelo

recorrente como violados, incidindo, na hipótese, o veto das Súmulas n.ºs 282 e 356 do STF. Ao usar o direito de recorrer e cumprir o seu dever, não pode a municipalidade ser qualificada de litigante de má-fé, sendo infundada a aplicação de multa prevista no artigo 18 do Código de Processo Civil, caso não comprovado o abuso e o efetivo prejuízo da parte adversa. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.”

(STJ, 1ª Turma, RESP 331.594-SP, rel. Ministro Garcia Vieira, j. 20.09.2001, DJU 29.10.2001, p. 188).

“ADMINISTRATIVO - RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS - REAJUSTE REMUNERATÓRIO PREVISTO NA LEI Nº 8.390/91 - CUMULAÇÃO DOS PERCENTUAIS MENSIS - IMPOSSIBILIDADE - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - INOCORRÊNCIA.

1 - Esta Corte tem entendido que a incidência dos reajustes de 40%, 75% e 100% sobre os vencimentos dos servidores públicos, de acordo com a interpretação do disposto no art. 2º, da Lei nº 8.390/91, não deve ser feita de forma cumulativa.

2 - Precedentes (MS 2.539/DF e RMS 3.840/DF).

3 - Contudo, improcedente a multa fixada por litigância de má-fé, tendo em vista que não foi oferecida à parte oportunidade de defesa acerca deste tema, nem tampouco sua conduta resultou em prejuízo à parte adversa (cf. REsp 271.484/PR e 76.234/RS).

4 - Recurso conhecido e parcialmente provido apenas para excluir do v. acórdão de origem a condenação por litigância de má-fé, mantendo-o nos demais aspectos.” (STJ, 5ª Turma, RESP 3.656-DF, rel. Ministro Jorge Scartezini, j. 02.08.2001, DJU 29.10.2001, p. 216)

¹⁵ Ampla defesa X desvirtuamentos – litigância de má-fé e seu ônus financeiro. *Revista da ESMAFE - 5ª Região*, Recife, n. 4, p. 114, 2002. Celso Hiroshi Iocohama dá a esse fenômeno o nome de “amplitude subjetiva da lealdade processual” (*Litigância de má-fé e lealdade processual*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 69).

“AUSÊNCIA DE OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INDENIZAÇÃO DO ART. 18, § 2º, DO CPC. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO E DOS PREJUÍZOS. NULIDADE DE INTIMAÇÃO. INEXISTÊNCIA. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. LIMITES DA LIDE. COISA JULGADA. ART. 610 DO CPC.

1. Não há ofensa ao Art. 535 do CPC se, embora rejeitando os embargos de declaração, o acórdão recorrido examinou todas as questões pertinentes.

2. A condenação prevista no Art. 18, § 2º, do CPC, pressupõe dolo da parte que litiga de má-fé, além de demonstração inequívoca do prejuízo causado à parte contrária.

3. Sem que haja prejuízo processual, não há nulidade na intimação realizada em nome de advogado que recebeu poderes apenas como estagiário. Deficiência na intimação não pode ser guardada como nulidade de algibeira, a ser utilizada quando interessar à parte supostamente prejudicada.

4. Não é lícito incluir na condenação, em sede de liquidação, valores não postulados na inicial e não mencionados na sentença liquidanda, sob pena de ofensa ao Art. 610 do CPC.”

(STJ, 3ª Turma, RESP 756.885-RJ, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 14.08.2007, DJU 17.09.2007)

“EXECUÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ IMPUTADA À EXEQÜENTE. PREENCHIMENTO UNILATERAL DE CLAROS EXISTENTES NO CONTRATO CELEBRADO. IRRELEVÂNCIA.

- Sem a prova do comportamento malicioso da parte e, ainda, da existência efetiva do dano não se configura a litigância de má-fé.

- Inexistência de contrariedade ao art. 17, incisos II e III, do CPC.

- Recurso especial não conhecido.”

(STJ, 4ª turma, RESP 220.162-ES, rel. Ministro Barros Monteiro, j. 06.02.2001, DJU 09.04.2001, p. 366)

Neles se nota, *data vênia*, absoluta incompreensão a respeito da configuração da hipótese de incidência das regras de repressão à litigância da má-fé: o elemento objetivo descritivo nuclear da *Tatbestand* é o *descumprimento do dever jurídico de lealdade – e só! –, razão por que eventual existência de prejuízo tão-somente tem relevância para fins indenizatórios.*

Nisto tem desgraçadamente residido a grande responsabilidade do Poder Judiciário (especialmente dos Tribunais, uma vez que os juízes de primeira instância se mostram sempre mais dispostos a aplicar aludidas regras e, portanto, menos tolerantes à chicana) por uma parte da ineficiência no combate à má-fé processual. Há tanto ou mais reprovabilidade em omitir-se no combate do que em praticar deslealdades processuais. Afinal de contas, elas são reprováveis *per se*, mesmo não causem qualquer tipo de dano à parte contrária.

Decidindo assim, a jurisprudência consagra uma *regressão ética*, visto que só se move para punir a conduta processual que traga *prejuízos*, ainda que ela seja reprovável em si. Daí se nota o profundo *utilitarismo ético* que marca essa visão jurisprudencial, já que, aqui, a noção de moralidade deixa de ser determinada pela *razão* e passa a ser pelos sentimentos de perda econômica, de arranhadura patrimonial.

Enfim, para os acórdãos acima citados, só existe a litigância de má-fé se houver dano palpável e indenizável. Se a conduta desleal não provocar danos à parte contrária, não haverá qualquer utilidade em punir-se o *improbis litigator*, mesmo que a prática por ele envidada seja essencialmente *injusta*. Ora, decididamente, o processo não é um liame entre dois litigantes “egoístas e esclarecidos”. Marca-se cada vez mais o processo civil com

o carimbo da *cooperação*: ainda que as partes estejam em lados formalmente antagônicos, a relação processual se deve desenvolver por uma colaboração recíproca no desvendamento da verdade fática e pela manutenção de um padrão moral elevado de inter-relacionamento entre o autor e o réu.

Já os *deveres de proteção* visam o resguardo do patrimônio e da pessoa da outra parte. Aqui sim se tutela não somente o dever de moralidade processual puro e simples, mas também – e principalmente – a esfera patrimonial e extrapatrimonial das partes.

No caso específico do Código de Processo Civil vigente, não há propriamente um rol desses deveres, tal como se dá com os deveres de lealdade. Nem há motivo para tanto, uma vez que *qualquer* ato de litigância de má-fé (atípico ou tipificado no Código de Processo Civil), além de ferir um preceito moral, pode trazer eventualmente prejuízos para a parte *ex adversa*. Daí por que todo ato de litigância de má-fé implica violação a um dever de lealdade, mas nem todos eles configuram afronta a um dever de proteção.

No entanto, uma vez que a má-fé processual tenha lesado o patrimônio alheio, deverá o *improbis litigator* sofrer tanto as sanções punitivas previstas para a deslealdade, quanto as sanções reparatórias previstas para as hipóteses de dano. Quantas são as situações em que a resistência injustificada ao andamento de um processo ou a uma ordem judicial provoca danos irreversíveis à esfera patrimonial da parte contrária (que muitas vezes se vê privada de um bem indispensável para o afastamento de uma situação periclitante à sua saúde ou à sua integridade física).

Nem se contem os inúmeros casos em que indenizações são aguardadas durante décadas até que se dê o desfecho dos vários recursos protelatórios interpostos pelo devedor (caso em que o credor deixa de contar com o dinheiro para o suprimento de suas necessidades básicas). Lembrem-se, ainda, os casos em que, utilizando-se impunemente da gratui-

dade judiciária e advogando em causa própria, o autor propõe simultaneamente um número incontável de ações infundadas com o único fim de perturbar o sossego do demandado e de obrigá-lo a despender relevante quantia com a contratação de advogados. Daí a razão por que o art. 16 do Código de Processo Civil acolhe a *cláusula geral* segundo a qual “responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente”.

6. As sanções

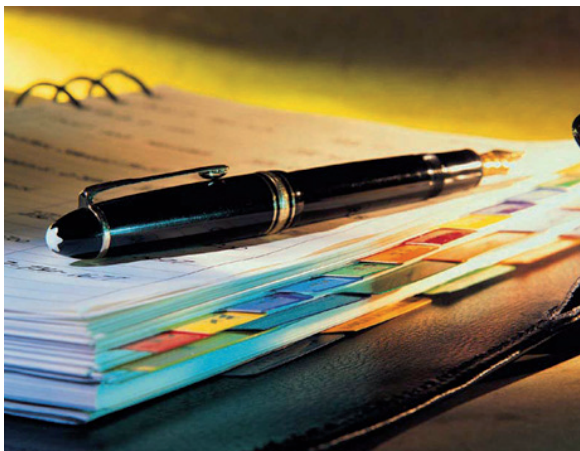
O Código de Processo Civil dispõe de um conjugado (lamentavelmente *assistemático*, ressalte-se) de sanções cominadas para o descumprimento dos deveres processuais de deslealdade e de proteção. Teria sido ideal a instituição de uma *regra geral de boa-fé processual*, ou seja, de um dispositivo que previsse uma *multa punitiva* modulável para todo e qualquer caso de deslealdade, e *medidas reparatórias* para casos em que da má-fé adviessem prejuízos à parte contrária. Isto facilitaria a assimilação psíquico-social da regra pela comunidade forense e, por via de consequência, aumentaria a probabilidade de sua efetiva aplicação. Afinal de contas, como diria Pontes de Miranda, na sua obra de juventude *À margem do Direito*, o Direito também é um processo de assimilação e de desassimilação psíquica de normas. Entretanto, infelizmente, não é esse o sistema de que dispomos no Brasil. Aqui, o sistema processual de repressão à litigância de má-fé é caracterizado por indesejável fragmentariedade, em que coexistem vários tratamentos jurídico-normativos diferentes, a depender do tipo de conduta tomada em consideração ou do âmbito processual em que essa conduta é envidada.

Para tutelar a *lealdade processual*, o Código comporta: a) uma *norma genérica de sanção* (art. 18, *caput*) e; b) várias *normas de sanção específicas* (p. ex.: art. 161; art. 196; art. 233; art. 538, parágrafo único; art. 557, § 2º; art. 601, *caput*; art. 740, parágrafo úni-

co). No caso de (a), prevê-se a possibilidade de aplicação, pelo juiz ou pelo tribunal, *ex officio* ou a requerimento, de uma multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

A possibilidade de o juiz condenar o litigante de má-fé independentemente de pedido da parte contrária foi inovação introduzida, no direito processual civil brasileiro, pelas Leis n^{os} 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, que deram nova redação ao *caput* e ao § 2^o do art. 18 do Código de Processo Civil. Até então, entendia-se que a condenação por litigância de má-fé pressupunha a existência de pedido da parte contrária (cf., p. ex., STJ, 3^a Turma, RESP 11.530-SP, rel. Ministro Eduardo Ribeiro, j. 20.08.1991, DJ 09.09.1991, p. 12.201; STJ, 4^a Turma, RESP 50.142-RS, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.08.1994, DJ 31.10.1994, p. 29.506; STJ, 1^a Turma, RESP 21.549-SP, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 06.10.1993, DJ 08.11.1993, p. 23.520).

No entanto, não nos parece que esse entendimento – hoje superado – já tivesse valia à época, tendo em vista que as regras de combate à litigância de má-fé não apenas tutelam os interesses da parte prejudicada, mas também – e principalmente – o *interesse público primário* ostentado pelo Estado, que proibiu às partes que fizessem justiça pelas próprias mãos (imputando a tal prática a pecha de *crime de exercício arbitrário das próprias razões*) e lhes prometeu a prestação



de uma tutela jurisdicional justa e célere, por intermédio de um procedimento e de uma relação processual marcados pela *moralidade* (a mesma moralidade, aliás, que deve reger toda e qualquer relação em que o Estado esteja imiscuído). Ainda que da conduta desleal advenha prejuízos patrimoniais para a parte, nada impede que o juiz imponha ao *improbis litigator* as sanções reparatórias previstas no Código de Processo Civil, já que, a um só tempo, estará tutelando a incolumidade da esfera jurídica da parte contrária e a moralidade dos meios para a outorga da prestação jurisdicional. Assim, em caso de dano, o produto pecuniário das sanções reparatórias é convertido à parte lesada; no entanto, se só houver deslealdade, a multa é convertida ao Estado¹⁶.

Já no caso de (b), prevêem-se punições para casos específicos de má-fé processual (p. ex: multa de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% do valor da causa no caso de cumprimento inexato de provimentos mandamentais – art. 14, parágrafo único; multa não superior a 20% do valor atualizado do débito exequendo em caso de fraude de execução – art. 601, *caput*; multa correspondente a metade do salário mínimo caso nos autos sejam lançadas cotas marginais ou interlineares – art. 161; multa de cinco vezes o salário mínimo caso a parte requeira dolosamente a citação por edital – art. 233; multa não excedente a um por cento do valor da causa, elevada a dez em caso de reiteração, se houver a oposição de embargos de declaração protelatórios – art. 538, parágrafo único; multa equivalente a metade do salário mínimo caso o advogado exceda

16 Nesse sentido: ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Ampla defesa x desvirtuamentos – litigância de má-fé e seu ônus financeiro. *Revista da ESMAFE - 5^a Região*, Recife, n. 4, p. 112-112, 2002. Contra, entendendo que a multa deve ser revertida à parte, assim como se dá na indenização: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 67. Celso Hiroshi Iocohama reconhece *de iure condito* que a multa deve destinar-se à parte (Código de Processo Civil, art. 18), embora defenda *de iure condendo* que ela deve ser revertida aos cofres públicos (*Litigância de má-fé e lealdade processual*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 241-244).

o prazo sem que devolva os autos e não os devolva em vinte e quatro horas se intimado – art. 196, *caput*; multa não superior a vinte por cento do valor em execução se opostos embargos de devedor manifestamente protelatórios – art. 740, parágrafo único).

Há quem diga que a antecipação de tutela fundada no inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil é sanção específica que se impõe no combate ao “abuso do direito de defesa” e ao “manifesto propósito protelatório do réu”. Sem razão, porém. Se de sanção se tratasse, a medida não poderia ser revogada por eventual sentença de improcedência, pois nada impede que a razão esteja com quem litiga de má-fé. Ora, inadmissível é que a sentença de improcedência possua o condão de *anistiar o improbus litigator*. Se no curso do processo for ao réu imposta sanção punitiva ou reparatória, especificamente direcionada à prática de litigância de má-fé, a condenação permanecerá incólume com a sentença de improcedência. Em contrapartida, sobrevindo a sentença de improcedência, não haverá justificativa para a liminar manter-se, mesmo que ela haja sido concedida contra quem tenha abusado do direito de defesa: não existe motivo para que os efeitos práticos da tutela final pretendida sejam antecipados em favor de quem não tem razão. Na verdade, trata-se de *tutela de evidência*, em que o *fumus boni iuris* é reforçado pelo “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”¹⁷.

Para a tutela da *lealdade processual*, o Código de Processo Civil vislumbra três formas de reparação: α) uma indenização não superior a vinte por cento sobre o valor da causa, ou liquidada por arbitramento (art. 18, *caput* e § 2º); β) o pagamento de honorários advocatícios (art. 18, *caput*); γ) o ressarcimento das despesas processuais efetuadas

pela parte prejudicada (art. 18, *caput*). Porém, no que diz respeito especificamente a (α), deve-se registrar que, conforme o Enunciado 32 do Centro de Estudos do extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, “a penalidade por litigância de má-fé pode ser imposta pelo juiz, de ofício, respeitado o limite de 20% do valor atualizado da causa, mas a indenização dos prejuízos excedente desse limite, dependente de pedido expresso da parte, se submete ao princípio do contraditório e é liquidável por arbitramento”.

Essa indenização é voltada tanto a danos emergentes quanto a lucros cessantes, tanto a danos materiais quanto a danos morais.

“No caso do processo civil, se as condutas previstas no art. 17 podem gerar danos materiais, podem gerar também danos morais, posto que a parte contrária é atingida no seu direito de ter um processo governado pela probidade, sendo prejudicada muitas vezes pelo descumprimento do princípio da efetividade processual, o que lhe gera uma sofrida ansiedade. E afirmar que a condenação em multa de 1% prevista no art. 18 do CPC seria suficiente para impedir o juiz de fixar a condenação por danos morais seria admitir a possibilidade de a parte atingida ficar prejudicada, sem possibilidade de receber indenização equivalente ao dano sofrido, no próprio processo”¹⁸.

Por força dos princípios da *especiali-*

17 Para um maior aprofundamento do tema, v. nosso O “direito vivo” das liminares: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 141-142.

18 Cf. ROSAS, Roberto. Dano processual. *Revista do TFR* nº 45, p. 165; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A condenação *ex officio* em indenização por danos morais em face da litigância de má-fé. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 9, p. 82 e ss., dez. 2003. Lembre-se que a Corte Européia de Direitos Humanos, em julgamento proferido no dia 25 de junho de 1987, condenou o Estado Italiano a indenizar uma litigante nos tribunais daquele país por dano moral “derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda” (publicado no periódico *Il Foro Italiano*, parte IV-28, 1987, p. 385-390).



dade e da proibição do *bis in idem*, não pode haver a cumulação de punições específicas entre si, ou de uma punição específica com a punição genérica do art. 18¹⁹.

Contudo, nada impede que a punição genérica ou uma punição específica seja cumulada as preditas sanções reparatórias, uma vez que cumprem finalidades distintas. Da mesma maneira, as *astreintes* (art. 461, § 4º; art. 621, parágrafo único; art. 645, *caput*) podem ser cumuladas com a punição genérica, com uma punição específica, ou com as sanções reparatórias, porquanto não têm índole punitiva ou reparatória, mas coercitiva, tendo em vista que buscam pressionar o devedor ao cumprimento de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa certa²⁰.

Deve-se ressaltar, ainda, que outra conduta do litigante no mesmo processo pode ser objeto de nova punição, fazendo-se incidir mais uma vez a pena do art. 18 ou dando-se azo à incidência de outra sanção mais específica, sem prejuízo da pena imposta pelo

comportamento anterior. Isto elide a crença – sustentada por alguns doutrinadores – de que o momento adequado para a condenação por litigância de má-fé é a *sentença*²¹: as sanções devem ser impostas prontamente, logo após a prática do ato a guerrear-se, sob pena de a demora na punição alimentar o *improbis litigator* de mais audácia.

No mesmo sentido Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa:

“A multa prevista neste artigo é uma sanção punitiva. Para que ela possa ser aplicada conjuntamente com outras sanções é necessário que elas exerçam funções distintas (p. ex., coercitiva ou reparatória). Um mesmo comportamento não pode ser sancionado mais de uma vez com a mesma finalidade. São também punitivas as sanções previstas nos artigos 14 § ún., 161, 196, 233, 538 § ún., 557 § 2º, 601-‘caput’, 740 § ún. e 746 § 3º; logo, não podem ser impostas cumulativamente. Em cada caso concreto, deve ser aplicada a multa mais específica. Dado o caráter genérico da multa prevista no art. 18, sua efetiva incidência fica prejudicada nas situações em que também exista suporte material para a aplicação de punição prevista nos artigos arrolados anteriormente. Todavia, isso não impede que, conjuntamente com as sanções dos arts. 14 § ún., 538 § ún., 557 § 2º, 601-‘caput’, 740 § ún. e 746 § 3º, seja imposta a condenação a indenizar, a pagar honorários advocatícios e

19 Na jurisprudência: STJ, 1ª Seção, ERESP 590.108-PE, rel. Min. Herman Benjamin, j. 13.12.2006, DJU 08.10.2007, p. 202; STJ, 6ª Turma, AGRESP 687.963-SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 27.10.2005, DJU 28.11.2005, p. 348; STJ, 1ª Seção, ERESP 510.506-SF, rel. Min. Peçanha Martins, j. 10.11.2004, DJU 17.12.2004, p. 399.

20 Nesse sentido, p. ex.: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 63-68.

21 Sustentando que a sentença é o momento mais adequado: LOPES, João Batista. O juiz e a litigância de má-fé. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 740, p. 132, jun. 1997; COSTA, Caroline Maciel. Litigância de má-fé. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, Brasília, n. 5, p. 51, out./dez. 1998. Para Hélio Apoliano Cardoso, “[...] em princípio, condenação só pode existir em provimento jurisdicional em torno de sentença (ou de acórdão). Não poderá, assim, haver condenação em decisão interlocutória ou em agravo dela decorrente, mesmo porque, em tais casos, a condenação mostra-se maculada pelo vício da surpresa, verdadeiro cerceamento de defesa [...]” (Da litigância de má-fé. *Revista Jurídica CONSULEX*, Brasília, n. 113, p. 41, set. 2001).

a ressarcir despesas previstas neste art. 18, na medida em que se trata de sanção reparatória, ou seja, distinta da punitiva. Tanto a multa como as demais verbas previstas neste art. 18 são cumuláveis com a multa prevista nos arts. 461, § 4º; 621 § ún. e 645-*caput*, que tem distinta finalidade coercitiva. Não existem óbices para que uma outra conduta do litigante no mesmo processo venha a ser objeto de nova punição, fazendo incidir mais uma vez a pena do art. 18 (RT 623/113) ou dando azo à incidência de outra sanção mais específica, sem prejuízo da pena imposta pelo comportamento anterior”²².

A par da cominação de multa e da reparação de danos, o Código de Processo Civil impõe outros tipos de sanção que importam, por exemplo, na *restrição de direitos*. É o caso da sanção que se prevê no parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil, segundo o qual a interposição de qualquer recurso pela parte condenada a pagar multa por reiteração de embargos protelatórios fica condicionada ao respectivo pagamento.

Essa mesma regra é encontrada no § 2º do art. 557, que condiciona a interposição de qualquer outro recurso ao depósito da multa ali prevista. No mesmo sentido, vejam-se os arts. 881 e 196, que prevêem, respectivamente, a proibição do réu de falar nos autos até que o atentado seja purgado, e a perda do direito de vista dos autos fora de cartório pelo advogado. Anote-se que a sanção prevista pelo art. 196 também pode ser imposta a membro do Ministério Público e ao representante da Fazenda Pública (Código de Processo Civil, art. 197)²³.

Deve-se registrar, ainda, que os beneficiários da justiça gratuita não são imunes a

todas essas sanções. São eles imunes, quando muito, a pagamento de custas e despesas processuais, nos termos do art. 3º da Lei nº 1.060/50. Ou seja, só estão isentos de incorrer naquelas despesas indispensáveis para que se busque um direito em juízo.

Ora, gozar de benefícios da gratuidade não significa gozar de atestado de pureza moral. Quantos são os casos de litigantes que, embora dispensados do recolhimento das custas, aproveitam-se do livre acesso ao Poder Judiciário para praticarem toda sorte de abusos processuais.

Assim sendo, não só podem, como devem ser condenados nas sanções previstas para a prática de litigância de má-fé (inclusive nas sanções reparatórias, previstas no *caput* do art. 18 do Código de Processo Civil, de pagamento de honorários e de ressarcimento de despesas efetuadas pela parte prejudicada)²⁴.

Finalmente, incabível dizer que todas essas sanções só deveriam ser impostas ao *advogado*, e não à parte, sob a alegação de que seria injusta a responsabilização da parte que não tem domínio sobre os atos do seu patrono.

De acordo com Francisco Glauber Pessoa Alves:

“Cumpro evidenciar que o advogado é um mandatário (Orlando Gomes, Contratos, p. 349) e, como tal, responde pelo excesso (art. 1.300 e ss., do Código Civil – CC), tanto a título doloso como culposo (parágrafo único do art. 32 da Lei nº 8.906/94, e ainda § 4º do art. 14 da Lei nº 8.078/90). Contudo, pelo exercício do mandato para com terceiros será responsável o mandante. Assim é que constituído o advogado, ainda que este opere na mais evidente má-fé, res-

22 *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 145, nota 9 ao art. 18 do Código de Processo Civil.

23 Sobre o tema: ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 238.

24 No mesmo sentido, TRF da 2ª Região, 1ª Turma Especial, AC 200151015249064-RJ, rel. Juíza Márcia Helena Nunes, j. 16.11.2005, DJU 25.11.2005, p. 356: “não há porque eximir o beneficiário de justiça gratuita da multa por litigância de má-fé, porquanto a todos deve ser exigida lealdade processual”.

ponderará o constituinte (= a parte) pelo abuso no que tange ao processo em si. Isso porque o mandante expressamente assumiu o ônus da atuação processual (a cláusula é *ad juditia*). Óbvio que caberá ao segundo buscar a reparação de quem de direito (art. 32 da Lei nº 8.906/94 c. c. 159 do CC), sem prejuízo da apuração técnica pelo órgão de classe competente (art. 34, VI, da Lei nº 8.906/64, bem como o respectivo Código de Ética, arts. 2º, 6º e 20). Entrementes, para fins processuais e perante a parte ou judiciário prejudicados é do mandante a responsabilidade processual pela má-fé.”²⁵

No entanto, é possível que a parte exerça regresso contra seu advogado:

“A norma não sanciona o advogado da parte, de modo que se esta for reputada litigante de má-fé por conduta de seu advogado, terá de indenizar a parte contrária, podendo exercer o direito de regresso contra o advogado. Demandada em ação autônoma de indenização por litigância de má-fé por conduta de seu advogado, a parte poderá denunciar a lide a ele (CPC, 70 III) (Arruda Alvim, CPCC, II, 151)”²⁶.

7. *Contempt of Court*

Destaque especial, no sistema de combate à deslealdade processual civil, merece o parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil (introduzido pela Lei nº 10.358/2001).

²⁵ No mesmo sentido, TRF da 4ª Região, 1ª Turma, AG 200304010171280-PR, rel. Juíza Maria Lúcia Luz Leiria, j. 10.12.2003, DJU 14.01.2004, p. 166: “Não há como sancionar a conduta do advogado no caso dos autos, determinando a solidariedade deste com seu cliente no pagamento da multa por litigância de má-fé, uma vez que a norma destina-se exclusivamente às partes ou intervenientes no processo”.

²⁶ NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 287, 2ª coluna.

Segundo o aludido dispositivo:

“Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

[...].

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraço à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado.”

Há quem veja aqui uma extensão da figura anglo-saxônica do *Contempt of Court* para o direito brasileiro.

Porém, para aferir-se a consistência dessa afirmação, necessário é que se analise a origem do instituto.

No domínio contratual, as *Courts* inglesas não propiciavam remédios adequados contra o descumprimento, senão a reparação de danos. Assim, em face da indiferença do *common law*, os comuns do povo passaram a recorrer à *justiça do rei*, que fiel à tradição medieval julgava com arrimo na equidade, e não no *strictum ius* da jurisdição ordinária.

Para tanto, o rei era assistido pelo *King's Council*, um grupo de clérigos-juristas. Dentre esses religiosos estava o Chanceler (*Lord Chancellor*), o funcionário principal do reino, guardião da consciência do rei e do seu sinete (razão por que também chamado de *Lord Keeper*).

No começo, o Chanceler selecionava as petições para o rei examiná-las; com a multiplicação das *petitions*, o *Lord Keeper* passou a decidir diretamente.

No final do século XIV, porém, o Chanceler passou a assumir posição autônoma dentro da burocracia judiciária, formando-se a Corte da Chancelaria (*Court of Chancery*). Tratou-se de órgão de jurisdição especial, paralelo e concorrente às *Courts of common law*.

Perpassada pelo espírito do direito canônico, a *Equity* considerava a falta à palavra dada nas convenções jurídicas (*breach of contract*) um pecado possível. Portanto, na medida em que as cortes do *common law* não conferiam tutela aos contratos verbais ou firmados por instrumento particular, a *Court of Chancery* começou a reprimir as “quebras” de palavra (*breach of faith*) com base no princípio da fé jurada (*pacta sunt servanda*).

Para isto lançava mão de duas medidas. Na primeira se dava ao lesado um *writ* para que este exercesse o direito à prestação específica junto aos tribunais da *common law*. Na segunda, o comparecimento do devedor era ordenado a fim de que o litígio fosse resolvido na presença de ambas as partes, sob pena de multa ou de prisão (*writ of subpoena*). Julgado o caso e prolatado o *decree for specific performance* (para as prestações positivas) ou o *decree for injunction* (para as prestações negativas), se o devedor persistisse na inexecução, a desobediência era considerada “desprezo pelo tribunal” (*contempt of court*) e o Chanceler determinava seu aprisionamento, durante o tempo necessário para o devedor arrepende-se e anunciar o seu intento de cumprir a obrigação²⁷.

Em contrapartida, há na doutrina quem

divise que a origem remota da *Contempt of Court* é romana, tendo sido já acolhida nas Ordenações do Reino, mas não preservada pela força dos influxos culturais do movimento liberal do século XVIII.

Quando tratavam das “cartas de sentença” (Livro V, Tít. 128), as Ordenações Filipinas já previam a prisão pelo descumprimento da determinação judicial (“desprezo”, na literalidade do referido texto português, que, não coincidentemente, se traduz para o inglês como *contempt*). Ali já se haveria revelado a fonte romana do instituto do *Contempt of Court* e, em germe, os elementos formadores da hodierna ação mandamental²⁸. Aliás, a mesma norma jurídica é já encontrada nas Ordenações Manuelinas, desta feita contida no Livro V, Título 50²⁹.

De qualquer maneira, a comunidade jurídica passou a deitar os seus olhos sobre o instituto anglo-saxão, em face da necessidade prático-forense de se qualificar a recusa ao cumprimento de uma determinação judicial como um desprezo ao Poder Judiciário a ser sancionado com o encarceramento (“refusal to comply with the order is a contempt of court punishable by imprisonment!”).

Não demorou a que alguns doutrinadores já vislumbrassem a possibilidade de se impor aos demandados recalcitrantes expedientes já previstos em nosso sistema jurídico muito semelhantes aos do regime do *Contempt of Court*.

Para parte da doutrina, o ordenamento jurídico nacional nunca foi infenso às benesses desse instituto, já podendo ser ele aplicado pelos nossos juízes³⁰.

27 Cf., v. g., SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 193; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 83-86; TOMASETTI JR., Alcides. *Execução de contrato preliminar*. São Paulo: USP [tese de doutoramento], 1982, p. 112-119.

28 Sobre o assunto: SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 2. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 350.

29 Cf. FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4. t. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 247.

30 Nesse sentido: ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 78; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro:

Segundo esta corrente doutrinária, a Constituição Federal de 1988, conquanto vede a prisão por dívida (art. 5º, inciso LXVII), não impede a restrição da liberdade em caso de descumprimento de uma ordem judicial legítima³¹. Assim, seria possível ao juiz prolator de provimento liminar, por exemplo, decretar a prisão do réu que descumprisse a sua determinação. Aliás, se houvesse ofensa a direitos fundamentais da pessoa humana, não se compreenderiam os motivos para a admissão do emprego desse instrumento nos Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha³². Daí a razão pela qual se trataria de expediente *de iure condito*, e não de *iure condendo*, simplesmente.

Trata-se de uma posição doutrinária respeitável, que tenta libertar-se dos quadros restritos da simples exegese – como se o direito processual civil fosse, unicamente, um *dado* que competiria aos juristas examinarem –, para infundir a preocupação maior com os mecanismos *políticos* que dão ao exercício do poder jurisdicional um caráter efetivo, no sentido de capacidade de suscitar a obediência.

Contudo, embora seja defendida a introdução da *Contempt of Court* no processo civil

brasileiro – especialmente porque nosso atual sistema institucionalizado de coerção contra condutas desobedientes tem operado num baixo nível de eficiência e em elevado grau de tensão, má integração e conflito –, o nosso ordenamento ainda não permite que algumas providências de efetivação inerentes ao regime anglo-saxão sejam implantadas, especialmente porque o magistrado brasileiro cível é desprovido de competência *ratione materiae* para decretar prisão pela desobediência às suas determinações (Código Penal, art. 330)³³. Quando muito, ele pode ordenar a extração de peças para oferecimento de denúncia ou abertura de inquérito policial.

Ademais, até antes do advento da Lei nº 10.358/2001, faltava previsão legal para que se pudesse acumular a sanção criminal pelo crime de desobediência com as sanções processuais civis já existentes para caso de descumprimento de decisões mandamentais.

Em verdade, até então tão-só havia indubitavelmente crime de desobediência para quem deixasse de cumprir a decisão judicial no caso de Prefeito, pois expressamente previsto no art. 1º, inciso XIV, do Decreto-lei nº 201/67 (“deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente”).

Por esse motivo, para que o *Contempt of Court* vigorasse no sistema brasileiro, além de atribuir-se competência material para o juiz cível decretar prisões pelas desobediências às suas ordens, fazia-se necessária a instituição por lei (em sen-

Forense, 1999; p. 59; CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada na teoria geral do processo*. v. 1. São Paulo: LTr, 1999, p. 625; FADEL, Sérgio Sahione. *Antecipação da tutela no processo civil*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 71-72; FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4. t. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 245 e ss.

31 Cf. ARMELIN, Donald. Tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 23, p. 136-137, jun. 1985; SHIMURA, Sérgio. A eficácia das medidas liminares. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 107; *idem*. Efetivação das tutelas de urgência. *Processo de execução*. Coord.: Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 675-676.

32 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 87-88. No mesmo sentido: FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. IV. t. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 245-257; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 242 e ss.

33 Entendendo tratar-se de crime de desobediência: TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 298 e ss.; WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do Código de Processo Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 27. Contra, argumentando que o crime de desobediência é praticado em desfavor da Administração Pública, não podendo ter como sujeito ativo servidor público, mas somente particular: BUENO, Cássio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 350.

tido formal e material) de um tipo penal próprio, sem que fosse exigido o dolo específico, no capítulo dos “Crimes contra a Administração da Justiça” no Código Penal, com uma pena mínima superior a 2 (dois) anos de reclusão e uma pena máxima não inferior a 6 (seis) anos. Logo, crime inafiançável e sem direito à liberdade provisória, de maneira a obstruir a prescrição (da ação penal, retroativa ou superveniente, ou da própria execução)³⁴.

Realmente, sempre existiram julgados que entenderam que o descumprimento de qualquer mandado judicial configuraria crime de desobediência³⁵. Contudo, é vencedor o entendimento de que deve existir expressa previsão legal para que se acumule, *v. g.*, a sanção processual civil (*e. g.*, multa diária) com a sanção penal prevista no art. 330 do Código Penal³⁶.

O último entendimento, aliás, veio recebendo a guarida da jurisprudência:

“Ação revisional de contrato. Tutela antecipada. Descumprimento. Crime de desobediência não configurado. Execução provisória da multa se a determinação judicial comina sanção de natureza civil para seu descumprimento, não se configura crime de desobediência, afigurando-se injustificada a requisição de instauração de inquérito

policial” (TARS, 7ª Câmara Cível, AI nº 197224272–Erexim, rel. Des. Manuel Martinez Lucas, j. 10.12.1997).

Por conseguinte, até antes do advento da Lei nº 10.358/01, não se devia cogitar da *persecutio criminis* a título de desobediência no caso de descumprimento de provimento mandamental, pois: (a) a efetivação dessas decisões pode fazer-se mediante a incidência de multa diária ou a aplicação das regras processuais de execução civil tradicional como “parâmetro operativo”; (b) não havia uma previsão legal para a acumulação das sanções processuais cabíveis e a sanção prevista no art. 330 do Código Penal.

Entretanto, na tentativa de suprir essa omissão legislativa, a Lei nº 10.358/2001 acrescentou o inciso V e um parágrafo único ao art. 14 do Código de Processo Civil, o que possibilita a acumulação da sanção de direito processual civil (*e. g.*, multa diária; execução forçada) com a sanção penal.

No entanto, distancia-se da solução engendrada, originariamente, pelo direito anglo-saxão, pois não se institucionalizou a aplicação de prisão civil à parte recalcitrante pelo juízo civil até o cumprimento da decisão judicial: aqui, escorado no art. 40 do Código de Processo Penal, o juiz cível deve ordenar a extração de peças para o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público ou a abertura de inquérito policial³⁷.

Com isto, tentou-se, certamente, evitar a celeuma que se instalaria em torno da constitucionalidade de uma reforma dessa envergadura, visto que se alegaria tratar-se de prisão por dívida, a qual é proibida pela Convenção Americana dos Direitos do Homem e pela atual Constituição³⁸.

34 Nesse sentido: MACHADO, Agapito. O aspecto penal do descumprimento às decisões judiciais de natureza mandamental. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 722, p. 394, 1995.

35 Cf. RTJ 92/1095, 95/124; JUTACRIM 75/368, 89/262, 91/142, 96/142; RJD 05/91; RT 448/394, 399/303, 519/416, 633/306, *apud* FRANCO, Alberto da Silva *et alli*. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. v. 1. t. 2. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 3693 e ss.

36 Na jurisprudência: RT 399/283, 412/401, 558/319, 728/562; JUTACRIM 46/353, 77/143, 94/199; na doutrina: FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro*. v. 5. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943, p. 552; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 417; JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. v. 4. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 187; NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. v. 4. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 302.

37 Cf. ASSIS, Araken de. Execução da tutela antecipada. *Processo de Execução*. Coord.: Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 60.

38 Cf. GRINOVER. Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o *Contempt of Court*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 102, p. 219 e ss., abr./jun. 2001.

Ou seja, pretendeu-se inserir um sistema de *Contempt of Court* Penal Indireto (*penal*, porquanto a aplicação da medida restritiva de liberdade não ocorre nos próprios autos processuais, mediante a provocação do interessado, mas em sede de persecução penal; *indireto*, pois não há a prisão imediata do recalcitrante, salvo hipótese de prisão em flagrante: exige-se um procedimento incidental sujeito a rigorosos requisitos e em trâmite perante o juízo criminal), contraposto ao sistema de *Contempt of Court* Civil Direto praticado nos países anglo-saxões.

Note-se, porém, que a extração de peças para oferecimento de denúncia pelo Ministério Público ou a abertura de inquérito policial é medida subsidiária, que somente se aplica quando a imposição de multa diária e a instauração de um procedimento expropriatório se revelarem inaptas para suscitar o cumprimento da obrigação e desestimular os atos de protelação e de chicana praticados pelo devedor.

Portanto, visto que a Constituição Federal proíbe expressamente a prisão por dívida, salvo no caso de obrigação alimentícia (art. 5º, inciso LXVII), poder-se-ia entender que não caberia a prisão civil como mecanismo de compelir o obrigado ao cumprimento das decisões mandamentais, só podendo ser usado em último caso, nas situações em que não se consegue vislumbrar um outro meio de obrigar o réu ao seu cumprimento.

De qualquer maneira, um sistema de

Contempt of Court Criminal Indireto pouco resolve o problema da efetividade do processo civil. Aliás, esse retributivismo que nele se encerra pouco se compadece com os propósitos utilitaristas da ciência processual.

Em primeiro lugar, porque, para o autor, a responsabilidade penal do réu é o que menos importa, eis que o seu interesse imediato é o resguardo da utilidade do processo principal³⁹.

O indiciamento do desobediente não faz com que este se apresse a cumprir a ordem judicial, pois, enquanto a persecução se arrasta claudicante, a esfera jurídica do demandante beneficiário de uma decisão liminar antecipatória continua a ser ameaçada pelo perigo de dano.

O enfoque penal não cria, portanto, uma solução para o deslinde da questão, que continua intocada: como coibir a desobediência à ordem liminar?⁴⁰

Com outras palavras, a imposição da sanção criminal atende o ímpeto revanchista do autor contra o mal que o réu lhe causou (ética retributivista), mas não satisfaz o demandante com a realização específica da prestação a que faz jus (ética utilitarista).

Em segundo lugar, porque, mesmo que se acate a caracterização do delito (como aqui se faz), há de se ver que ele tem pequena repercussão prática, pois a sanção cominada é insignificante (detenção de 15 dias a 6 meses, e multa), propiciando as vantagens da Lei nº 9.099/95 (o que faz com que, muitas vezes, o réu seja perdoado mediante a entrega de uma “sacola de cesta básica” a uma instituição de caridade). É dizer: no campo penal, as conse-

39 Cf. SHIMURA, Sérgio. A eficácia das medidas liminares. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 107.

40 Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liminares: alguns aspectos polêmicos*. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 165.

qüências são tão diminutas que não servem de desestímulo à desatenção à ordem judicial⁴¹.

8. Conclusão

Apesar da prodigalidade das normas direcionadas à repressão da litigância de má-fé, o Código de Processo Civil tem sido, nesse aspecto específico, um diploma legal pouco efetivo.

Como se não bastasse a abundância de normas, nelas se prevêem sanções relativamente severas, em geral dosadas com proporcionalidade e razoabilidade. Porém, como já se viu, essa hipertrofia legislativa a respeito do combate à má-fé processual tem contribuído para uma assimilação assimétrica dessas regras pela comunidade forense, o que, em uma certa medida, contribui para que elas sejam pouco ou mal aplicadas.

Daí a conveniência da edição de um dispositivo geral de repressão à litigância de má-fé, que reúna em si todas as suas possibilidades aplicativas e que preveja, de maneira unificante e unificadora, as sanções comináveis e os critérios de sua dosagem.

No entanto, pôde-se verificar que o maior inimigo da efetividade do subsistema processual de combate à má-fé processual tem sido a *tolerância cultural* arraigada no âmbito da classe judiciária (em especial da classe dos juízes dos tribunais superiores).

Aliás, de modo geral, há tempos a Sociologia Jurídica tem se debruçado sobre o problema da efetividade das normas de Direito e constatado que parte significativa desse problema tem as suas raízes em fatores eminentemente culturais.

Segundo Jean Carbonnier:

“C’est encore à susciter cette modestie

que s’emploie la sociologie juridique lorsqu’elle révèle aux lois avec quelle fréquence elles peuvent rester lettre morte. Le droit dogmatique s’intéresse peu à l’application des lois. C’est qu’au fond du cœur il la suppose parfaite. S’il advient que, dans un cas particulier, une loi soit enfreinte, les sanctions qui se déclenchent a lors ne sont que la forme suprême de son application. L’observation sociologique, au contraire, découvre d’innombrables phénomènes d’ineffectivité: beaucoup de lois ne s’appliquent pas ou ne s’appliquent que partiellement – que ce soit par une impuissance inhérente à leur nature, ou par la mauvaise conscience, la tolérance, voire la paresse des pouvoirs publics, ou par la résistance des sujets, soit active, soit passive”.⁴²

As palavras desse jurista-sociólogo são luminosas, porque põem de lado algumas estreitezas mentais que vêm empobrecendo um melhor estudo da efetividade no Direito, especialmente no direito processual civil.

Como bem pude analisar em artigo anterior de minha autoria:

“Quando se discursa a respeito da efetivação das resoluções judiciais, tende-se a restringir o enfrentamento da questão a uma análise dos instrumentos coercitivos, de caráter psíquico ou físico, de atuação direta ou indireta, conjecturados pelo sistema jurídico para serem impostos contra os infratores das normas jurídicas. (...) Ora, se é verdade que a efetividade de uma norma jurídica pode ser reforçada pelo tônus intimidatório que a sanção nela prevista inspira, também é incontestável que a absorção cultural desta norma pela comunidade

41 Cf. PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em juízo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 208-209, nota 452.

42 *Effectivité et ineffectivité de la règle du droit*. A.S., 1958, p. 511; *idem*. *Sociologie juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1978, p. 366-367.

jurídica – seja pelos jurisdicionados que a respeitam, seja pelos julgadores que a aplicam concretamente – é de vital importância para que a norma jurídica amolde de fato o comportamento de seus destinatários. (...) Os comportamentos há anos se reiteram; a velha cultura já está bem sedimentada; várias estruturas de dominação social já foram cristalizadas. Logo, dentro de uma perspectiva menos dogmática do que sociológica, tanto maior será a resistência às mudanças quanto maiores forem as contradições existentes entre as premissas teóricas que infundiram as novas normas (no caso, a ideologia das tutelas jurisdicionais diferenciadas) e os velhos pressupostos jurídico-teóricos que inspiraram o sistema antigo receptor dessas normas (a saber, a ideologia da ordinariedade formal do processo). De fato, essas resistências se devem à contínua estabilidade experimentada pela maioria das estruturas jurídicas, as quais, a par da constante mudança do cenário social, persistem em preservar a sua ‘identidade’.⁴³

Daí se vê que a internalização das inovações jurídicas, especialmente no direito processual civil, passa a ser filtrada por intermédio de critérios científicos de relevância próprios, razão por que as novas regras jurídicas tendem a serem interpretadas de acordo com a mentalidade preexistente, o que, não raro, lhes desfigura o *telos* (aliás, nada pode imobilizar mais a função social do subsistema de repressão à litigância de má-fé do que interpretar as suas normas segundo a cultura de tolerância que sempre logrou entorpecer o cotidiano forense brasileiro).

Por isso paira algum pessimismo sobre a aplicação dessas normas pelos Tribunais brasileiros, cujas interpretações, ao invés de serem esculpidas à luz de uma lealdade intolerante a astúcias e artimanhas, ainda têm se curvado à crença subliminar de que o processo é um jogo, no qual vence o mais esperto.

Dentro de uma postura enclausurada, o subsistema de combate à má-fé processual ainda terá de conviver com a falta de penetração dos seus intérpretes, embebidos ainda em um certo conservantismo paralisante.

43 As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 121, p. 275-301, mar. 2005.