

AMPLA DEFESA X DESVIRTUAMENTOS (LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E SEU ÔNUS FINANCEIRO)

Francisco Glauber Pessoa Alves

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

SUMÁRIO: I – Prelúdio; II – A ampla defesa e sua importância; III – O abuso da ampla defesa; IV – A litigância de má-fé e os instrumentos que visam elidi-la impondo sanções financeiras; V – Abuso do direito de defesa: a importância de uma coibição mais ostensiva pelo judiciário; VI – Ônus patrimonial da litigância de má-fé e aspectos procedimentais; VII – Responsabilidade solidária da parte e do advogado pela multa e indenização? VIII – Conclusões; Bibliografia.

I PRELÚDIO

Objetiva este trabalho uma abordagem acerca do abuso ao direito de defesa, da litigância de má-fé e da responsabilidade pela ocorrência fática da situação jurídica de abuso do dever processual de boa-fé pelo litigante.

Sob pena de linhas despidas de substrato dogmático bastante, para tanto foi traçada a importância do princípio da ampla defesa, aquilatando sua raiz normativa de cunho nobre.

Diante disso, levantou-se a primeira importante questão-problema do ensaio, a respeito do limite ao exercício de ampla defesa – para quando ela deixa de ser defesa e se constitui abuso.

Após ingressa-se no regramento da litigância de má-fé – que em verdade é umbilicalmente atado ao abuso da ampla defesa. Já aí são levantadas proposições acerca do conceito de litigante, a efetividade do processo e,

ainda, sob os instrumentos de sanção pecuniária postos à disposição pelo ordenamento para sua repressão.

Não se poderia deixar de enfrentar a imputabilidade do advogado por litigância de má-fé, porque afinal de contas é o mote deste ensaio.

Ao cabo são alinhavadas as nossas conclusões.

Marcos limitativos espaciais impedem uma abordagem mais exaustiva, inclusive acerca de outros meios de prevenção/repressão do abuso de direito processual.

II A AMPLA DEFESA E SUA IMPORTÂNCIA

O princípio da ampla defesa está insculpido no inciso LV¹ do art. 5º. da Constituição Federal (CF) e sem necessidade de maior inteligência percebe-se a importância que lhe foi conferida pelo legislador originário de 1988. Isso porque o preceituamento passou a estar dentre os primeiros dispositivos da Carta, contrariamente à ordem constitucional anterior.

Bom talhar que os princípios são “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários” (Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, p. 59)².

Por seu governo, a magnitude da ampla defesa é provavelmente originada da cláusula do *due process of law*, com primeira referência histórica na Magna Carta de João Sem Terra de 1215, onde se mencionou a *law of the land*. Ela visava evitar o abuso da coroa inglesa contra os nobres (Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na constituição federal*, p. 29).

Então, busca a ampla defesa, enquanto consectário do devido processo legal (Nelson Nery Junior, ob. cit., p. 28), assegurar que o litigante tenha todas as oportunidades para demonstrar seu direito e seus fatos.

¹ *Ipsis litteris*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

² Tivemos ocasião de estudar mais aprofundadamente os princípios jurídicos, notadamente o da igualdade, em nosso trabalho de defesa de dissertação de mestrado (*O princípio jurídico da igualdade e o direito processual civil*), cuja publicação encontra-se no prelo.

Inoportuno seria deixar de dizer que a sublimação do princípio da ampla defesa é resultado direto da sua reiterada inobservância sob a égide de ordens constitucionais anteriores, marcadamente a última, nascida de uma ditadura sumamente inspirada pela defesa de direitos de cunhos patrimonialistas ou morais de duvidosa aceitação. Tudo isso em detrimento de garantias processuais mínimas que acabaram por refletir na padronização do abandono às referidas cláusulas por instrumentos odiosos de exceção (atos institucionais – com iniciais minúsculas mesmo).

Feitas essas considerações preliminares, chegamos à tríade que sustenta a imponência da ampla defesa (buscando achegas na tridimensionalidade do direito – Miguel Reale, *Teoria Tridimensional do Direito*, p. 11): enquanto norma (art. 5º, LV, da CF), fato (expressividade concreta a partir de abusos de longa data) e valor (raiz axiológica nobre, representativa de uma inegável opção pelo direito pátrio, com o fito de assegurar abusos em detrimento dos litigantes).

Importa ainda ressaltar que não há limitação de seu teor exclusivamente ao réu, sendo uma garantia multivalente. A ampla defesa de que se fala *não se restringe apenas ao pólo passivo*, mas engloba a própria possibilidade de qualquer das partes (autor inclusive) ou outro sujeito processual defender seu direito e a verdade processual (= formal) que melhor lhe aprobe. Tanto o autor como o réu, litigantes e mesmo interessados em geral têm o direito de amplamente se valer da ampla defesa (e.g.: o direito do perito, do síndico da falência ou do comissário da massa serem ouvidos antes que o juiz tome uma medida punitiva ou fiscalizatória enérgica).

III O ABUSO DA AMPLA DEFESA

Bem plantada e já regada a importância da ampla defesa na ordem constitucional vigente, extensiva positivamente inclusive aos processos administrativos, o que antes era reconhecido apenas doutrinariamente, agora já se mostra aceitável a revisitação de sua amplitude, à luz do reconhecimento pragmático de que inúmeros abusos são cometidos sob a bandeira simpática do princípio em tela.

Dois fatores informativos preponderam no processo civil: segurança e efetividade. Durante muito tempo, ousamos dizer que durante quase todo o século 20, o primeiro foi seguido à exaustão. O evoluir do direito brasileiro e da própria sociedade, entretanto, pendeu pelo privilégio ao segundo.

Cresceu a busca por decisões mais ágeis, em uma sociedade com ares de globalização. Por força do art. 5º., XXXV, da Magna Carta, erigiu-se como direito fundamental a defesa da lesão ou da ameaça de lesão ao direito. É o chamado princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional. Sem um maior esforço, constata-se que o legislador originário atentou para um fator informativo da tutela jurisdicional para o qual antes não se dava maior vista: o tempo.

Efetivamente, a proteção que o ordenamento quer assegurar é não só àquela já ocorrida (a lesão propriamente dita) *como também* a que em vias ou sob risco de acontecer (a ameaça de lesão).

O elemento cronológico está aí contido bem forte. Reconheceu-se que a tutela jurisdicional há de alcançar não só a remediação, como também, em igual linha de importância, a prevenção³. Por isso se registrou que o “processo, para cumprir o princípio da isonomia, não pode deixar de distribuir de forma isonômica o ônus do tempo entre os litigantes” (Luiz Guilherme Marinoni, *Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição*, p. 224).

Dessas constatações surgiu o princípio da garantia do processo sem dilações indevidas ou da sua razoável duração, ou, ainda, da tempestividade da tutela, expressões que a nosso entender têm idênticos significativos. É inegavelmente um consectário da cláusula isonômica, na medida em que procura sopesar e corretamente distribuir o ônus do processo entre as partes.

A paridade dos elementos segurança e efetividade é recalibrada, para que a segunda não seja mais tão sacrificada como ao longo do século XX. Por isso é que se diz que não se pode “olvidar, nesse particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, exigindo, como já salientado, um lapso temporal razoável para a tramitação do processo (‘tempo fisiológico’), e o da efetividade deste, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário (‘tempo patológico’). Obtendo-se um equilíbrio desses dois regramentos – segurança/celeridade –, emergirão as melhores condições para garantir a justiça no caso concreto, sem que, assim, haja diminuição no grau de efeti-

³ Por isso que bastante força ganharam recentemente as tutelas de urgência satisfativas (como a antecipada, prevista no art. 273, do Código de Processo Civil).

vidade da tutela jurisdicional” (José Rogério Cruz e Tucci, *Garantia do processo sem dilações indevidas*, p. 237).

Tais pensamentos são endossados pelo ideário de uma justiça mais sensível ao problema temporal, porque injusto que aquele que tenha razão se veja privado de seu direito.

Assim, cresceu e criou raízes legislativas a idéia já antiga em sede doutrinária de que o processo há de chegar a algum resultado útil em um tempo o mais breve possível. Tanto é assim que no projeto em trâmite no Congresso Nacional (existente já na Constituição espanhola de 1978, em seu art. 24.2, consoante José Rogério Cruz e Tucci, ob. cit., p. 247), visando a Reforma do Judiciário, pretende-se a inserção do inciso LXXVIII no art. 5º, assim vazado: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Ainda que eventualmente não vingue a inclusão do princípio no texto constitucional, já se pode dizer com certeza da sua existência no direito brasileiro. Isso porque é reconhecida a existência de princípios gerais não expressos, extraídos por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais, consoante giza Norberto Bobbio:

“são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que se comumente se chama o espírito do sistema” (Teoria do ordenamento jurídico, p. 159).

Mas, não sem frustração a atividade forense vem dando mostras seguras de que abusos vêm reiteradamente sendo cometidos. Inegável que se parcela dos litigantes querem uma justiça ágil (como regra: autores e seus defensores), outras não a querem (como padrão: réus e seus defensores).

Menos inverdade ainda é que os interesses são conflitantes quando as coisas se invertem (autores que viram réus e vice-versa). Por isso é que com sua habitual percuciência escreveu José Carlos Barbosa Moreira que não “convém esquecer, por outro lado, que há uma demora fisiológica, conseqüente à necessidade de salvaguardar na atividade judicial certos interesses e valores que uma sociedade democrática não ousaria prescindir. Insiste-se na escrupulosa observância de tais ou quais garantias das partes – ao menos, diga-se de passagem, quando se trata de pessoas simpáticas à opi-

nião pública (ou melhor, à opinião publicada, que com aquela ingenuamente somos levados a confundir). Ora, um processo de empenho garantístico é por força um processo menos célere. Dois proveitos não cabem num saco, diz a sabedoria popular. *É pretensão desmedida querer desfrutar ao mesmo tempo o melhor dos dois mundos*” (*O futuro da justiça: alguns mitos*, p. 75 e grifos que não estão no original).

Daí porque é um *excelente negócio* a aposta do réu no abuso das faculdades processuais englobadas sob o título de ampla defesa (provas, recursos etc). Ele dura muito no nosso país, por problemas estruturais e pela opção do ordenamento que, como já dito, prestigia de muito tempo a segurança. Se isso ocorre, nada melhor que postergar a efetividade.

E não é só o réu quem foi acometido de tal patologia jurídica (o excesso de lucidez). Autores que promovem demandas manifestamente infundadas ou temerárias (os litigantes de má-fé de uma maneira geral), avolumando de serviço desnecessário o judiciário, que se vê com menor tempo para as atividades realmente úteis, contribuindo para a lentidão da tutela jurisdicional em outras causas, pela limitação da estrutura.

Também não deixa de ser um grande investimento para os causídicos. As grandes bancas de advocacia, que como regra representam as maiores e mais importantes causas, cobram muitas vezes por tempo despendido na defesa dos seus clientes. Quanto mais tempo durar o processo, mais dinheiro entra.

Não são só nos grandes escritórios onde essa política é razão de sobrevivência. O ajuizamento de causas não deixa de ser o ganha-pão dos advogados de uma maneira geral. Quanto mais causas e quanto mais elas demorarem, melhor receita está assegurada.

E não se conceba isso como um ataque à relevante função assegurada pelo art. 133 da CF, até porque boa parte dos que a exercem são homens de bem como em qualquer outra profissão. Isso se faz às vezes intuitivamente. É o ser humano buscando a sobrevivência e o progresso pessoal e profissional.

Só que se de um lado são legítimos e até compreensíveis esses papéis, igualmente bem acompanhada valorativamente a necessidade sociológica do país por uma maior efetividade da tutela jurisdicional e um desassobramento do judiciário, já muito prejudicado pela carência humana e material para ainda ter de lidar com causas ou condutas processuais longe da boa-fé.

Disso tudo nasceram condutas censuráveis: a) ajuizamento de ações manifestamente descabidas; b) protelação indefinida de feitos, com abuso de incidentes em geral (exceções de suspeição ou incompetência, objeções de pré-executividade); c) a utilização desregrada do direito de recorrer (com o fim de postergar a concretude da tutela jurisdicional)⁴; d) insistência por provas desnecessárias (perícias ou provas orais que em nada acrescentam a lides); e) ajuizamento de ações fulcradas em fatos inexistentes ou sob cuja real extensão do conhecimento impede desde logo o pleito⁵.

Aliás, a idéia de abuso nasce essencialmente daquela originada do direito civil e supedaneada no art. 160 do Código Civil (Humberto Theodoro Júnior, *Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro*, p. 43).

Evidencie-se que sua configuração demanda o exercício prévio de um direito regularmente constituído, de onde não haveria excesso possível sem o antecedente lógico (direito, enquanto não abusado).

⁴ Especificamente em sede recursal já se asseverou que poucos “foram aqueles que ousaram dizer, em defesa deste Poder, que uma das razões do acúmulo de causas que geram as conseqüências da morosidade, além de outros defeitos ou omissões estruturais, está na interposição de recursos, abusivos, protelatórios e/ou injustificados por agentes de toda qualificação, nos vários campos do direito, principalmente os Estatais, quando visam exclusivamente a retardar pagamentos de sua obrigação ou negando-se a reconhecer direitos constitucionais, e dos quais os exemplos são abundantes: previdência social, planos econômicos, desrespeito às obrigações legais e constitucionais tanto da União quanto dos Estados Federados e Municípios” (Honildo Amaral de Mello Castro, *O abuso do direito e a litigância de má-fé no novo agravo*, p. 109).

⁵ “PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LIDE TEMERÁRIA. AUTOR QUE LABOROU DURANTE O PERÍODO VINDICADO DE APOSENTADORIA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. LITIGANTE DE MÁ-FÉ. ART. 17, I DO CPC.

I. Ação proposta para recebimento de parcelas atrasadas, ao argumento de que trinta e cinco anos atrás o IAPC concedera ao autor aposentadoria por invalidez jamais recebida pelo segurado.

II. Comprovação, nos autos, por documentos novos na fase recursal, que o autor, logo após a cessação do auxílio-doença, em 16.05.52, voltou a trabalhar até 1984, quando se aposentou por tempo de serviço no regime estatutário, dado arditosamente omitido pelo segurado.

III. É litigante de má-fé aquele que deduz pretensão temerária contra fato incontroverso (art. 17, I do CPC), o qual se admite para exame e apreciação em 2 grau de jurisdição, nos termos do art. 514 do CPC, porquanto é de se considerar como fato novo a inusitada descoberta, pelo INPS, na ocasião da apelação, que o autor, que se diz inválido desde 1952, houvesse trabalhado por mais trinta e dois anos até inativar-se, por tempo de serviço, em 1984.

IV. Apelação provida, dispensada as cominações legais de sucumbência e má-fé por se tratar de parte assistida pela justiça gratuita” (TRF 1ª. R., 1ª. T., Ap. Cível nº. 01.086.640-MG, rel. Aldir Passarinho Júnior, DJ 3.6.1991, p. 12.445).

IV A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E OS INSTRUMENTOS QUE VISAM ELIDI-LA IMPONDO SANÇÕES FINANCEIRAS

Os deveres das *partes* e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo estão previstos no art. 14 do Código de Processo Civil (CPC). A redação anterior somente falava nas partes e nos seus procuradores, limitação hoje inexistente por força da Lei n.º. 10.358, de 28.12.2001.

Pelos incisos do mesmo dispositivo obriga-se a exposição de fatos em juízo conforme a verdade, a observância da lealdade e boa-fé, a não formulação de pretensões ou defesas destituídas de fundamento, a não produção de provas ou atos inúteis/desnecessários à declaração ou defesa do direito, bem como cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final (também esta uma inovação da Lei n.º. 10.358/01).

É bem completa a *fattispecie* normativa. Difícil vislumbrar uma situação contrária à ética que não possa ser enquadrada no artigo destacado. E ele existe desde a vinda a lume do CPC, como também desde quando existe a responsabilização pela má-fé, abrigadora tanto de autores e réus, como de meros *intervenientes* (art. 16). Aliás, essa tendência foi realçada pela nova redação dada ao caput do art. 14, ao mencionar como sujeitos a deveres processuais as partes e todos aqueles que de uma ou outra forma participem do processo (Lei n.º. 10.358/01).

Mais incisivamente, prevê o art. 17 do mesmo Estatuto que é litigante de má-fé (*improbis litigator*) aquele que: (I) deduz pretensão contra texto expresso de lei ou fato incontroverso⁶, (II) altera a verdade dos fatos⁷, (III)

⁶ “LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Apelante que insiste na existência de excesso de execução - Alegação anteriormente desmentida pelo Contador - Pretensão deduzida contra fato incontroverso nos autos com o nítido propósito de protelar a satisfação do crédito dos exequentes - Artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil - Condenação imposta à Fazenda do Estado” (TJSP, 8ª. Câmara de Direito Público, Apelação Cível n.º. 3.498-5-São Paulo, rel. Antonio Villen, d.j. 17.09.97).

⁷ “PROCESSUAL CIVIL. OFERTA À PENHORA DE TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA REFERENTES À DESAPROPRIAÇÃO EM CUJOS AUTOS A HABILITAÇÃO DE CRÉDITO FORA INDEFERIDA. FALSIDADE IDEOLÓGICA DA ESCRITURA DE CESSÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO. CONDENAÇÃO DO AGRAVANTE COMO LITIGANTE DE MÁ FÉ. RECURSO IMPROVIDO” (TRF 5ª. Região, 2ª. T., Ag. Inst. n.º. 19.336/PB, rel. Francisco Cavalcanti, DJ 18.12.1998, p. 2297) ou ainda “LITIGANTE DE MÁ-FÉ - CONDUTA TEMERÁRIA - CITAÇÃO DE JULGADO COM FALSA INDICAÇÃO DA FONTE - CARACTERIZAÇÃO. Comete litigância de má-fé, e infringe dever funcional, por conduta temerária, o advogado que cita precedente jurisprudencial como se fora do Supremo Tribunal Federal, assim pretendendo induzir em erro o julgador” (2ª. TAC-SP, 6ª. Câmara, Ap. s/ Rev. n.º. 508.120, rel. Euclides de Oliveira, d.j. 30.4.98).

usa do processo para conseguir objetivo ilegal⁸, (IV) opõe resistência injustificada ao andamento do processo⁹, (V) procede de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo¹⁰, (VI) provoca incidentes manifestamente infundados¹¹ ou (VII) interpõe recurso com intuito manifestamente protelatório¹².

É provável que uma situação concreta encontre abrigo em mais de um dos incisos citados (e.g.: interpor recurso protelatório não deixa de ser resistência injustificada ao andamento do processo). *Difícil no entanto é que uma situação ensejadora de má-fé não esteja prevista ou seja enquadrável no rol legal.*

Dá-se que já se aventou como genérica a descrição (João Batista Lopes, *O juiz e a litigância de má-fé*, p. 129). O mesmo autor, aliás, ao dissertar sobre cada uma das hipóteses parece externar a opinião que resulta no problema central deste ensaio (mero exercício da ampla defesa e seu abuso) optou por linha branda referentemente à tipificação (ob. cit., pp. 129-130).

Discordamos do insigne lente em dois contextos: a) entendemos que não há generalidade nos incisos do art. 17, posto que descrevem dentro do que se espera de um texto legal, que não pode e nem deve descer a todas as

⁸ “LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Ocorrência - Omissão de quitação de duplicata pela devedora - Ato de deslealdade processual - Artigo 14, I e II; 17, I e II do Código de Processo Civil - Sanção consistente no pagamento de juros e correção monetária desde o vencimento dos títulos em cobrança - Recurso adesivo provido” (TJSP, Apelação Cível n.º. 207.436-1-Campinas, rel. Ernani de Paiva, d.j. 25.08.94).

⁹ “LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Ocorrência - Réus que passando por cima de decisões judiciais invocaram uma série de remédios evidentemente impertinentes - Recurso parcialmente provido” (TJSP, Apelação Cível n.º. 212.746-1-Jundiaí, rel. Fonseca Tavares, d.j. 19.10.94).

¹⁰ “LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Embargos do devedor - Execução fiscal - Conceito de ampla defesa - Ditames de reprovação a lanços de esperteza processual - Artigos 15, 17 e 600 do Código de Processo Civil - Pena mantida - Recurso não provido” (TJSP, 7ª. Câmara de Direito Público, Ap. Cível n.º. 31.350-5-São Roque, rel. Walter Moraes, d.j. 06.10.97)

¹¹ “LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - Caracterização - Alegada anuência na renovação contratual - Inocorrência - Ausência de instrumento, configurada alteração nos fatos - Recurso provido para julgar improcedentes as ações principal e cautelar, com isenção do ônus da sucumbência” (TJSP, Apelação Cível n.º. 220.925-2-São Paulo, rel. Carlos de Carvalho, d.j. 01.03.94).

¹² No que a Corte Superior, depois de muito tempo de política protelatória da Fazenda Pública, trata agora de reprimir, v.g.: “EMENTA: Embargos de declaração que apenas reiteram argumentos rejeitados na decisão embargada, revelando intuito manifestamente protelatório: rejeição, com imposição da multa de 1% sobre o valor corrigido da causa, além da multa no mesmo percentual por litigância de má-fé atribuída na decisão embargada” (STF, 1ª. T., AGAEDÉ n.º. 285.825-SP, re. Sepúlveda Pertence, DJ 6.9.01, p. 17).

minúcias da vida em sociedade¹³; b) na economia do rigor no tratamento da má-fé, cuja repreensão, como já dito e redito antes, clama por urgência.

Insta ressaltar que *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 confundindo apenas com a figura de terceiros juridicamente interessados – perceba-se que o art. 16 menciona *apenas intervenientes* e *não* terceiros intervenientes. E interveniente é toda a 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 despido de fundamento), as testemunhas, o perito, o próprio defensor da parte (excedendo os limites de sua atuação – art. 14 do CPC) e o juiz¹⁴.

Prevê no art. 18 as sanções pecuniárias em que poderá incorrer o litigante de má-fé: *indenização* ou *multa*¹⁵. O artigo foi alterado pela Lei n.º. 8.952/94 para introduzir o cabimento da cominação *ex officio* e posteriormente novamente modificado pela Lei n.º. 9.668/98.

A indenização busca suas raízes na responsabilidade civil subjetiva (art. 159 do CC), que tem por elementos etiológicos a ação ou omissão, o dano, o nexo de causalidade e a culpa.

De mister esclarecer que a culpa exigida para o reconhecimento do dever indenizatório *não é só a grave*, como têm ilustrado alguns julgados e

¹³ “As leis, porém, são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juízes e os funcionários da administração não descobrem e fundamentam as suas decisões tão-somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador” (Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 207).

¹⁴ Humberto Theodoro Júnior, ob. cit., pp. 63-64.

¹⁵ Como adiantamos introdutoriamente, existem outros mecanismos de prevenção/repressão do abuso do direito processual como a nulidade do ato, a responsabilização criminal, o julgamento antecipado do mérito, o prazo determinado para cumprimento de diligências fora do juízo onde elas deveriam se realizar (Humberto Theodoro Júnior, ob. cit., pp. 57-58).

prestigiosa doutrina¹⁶, *mas mesmo a levíssima*, porque preceito legal algum demanda aquela e também porquanto assim assevera a melhor doutrina civilista ao esclarecer que no direito brasileiro não existe gradação de culpa em matéria de responsabilidade civil¹⁷, de quem o instituto processual em comento busca suas raízes¹⁸.

Já a multa é calcada, à semelhança do instituto em todos os demais ramos do direito, na falta de cumprimento de uma obrigação (que no caso é legal: o dever de lealdade processual – art. 14 do CPC) sobre cuja parte ela será imposta.

Similares dispositivos existem no que concerne ao processo executivo. É o caso dos atos atentatórios à dignidade da justiça (no que também contidas as condutas previstas e reprimidas nos arts. 16 e 17), por onde (art. 601¹⁹) se ojerizam (I) fraudes à execução, (II) a oposição maliciosa a ela com emprego de ardis e meios artificiosos, (III) a resistência injustificada às ordens judiciais e (IV) a não indicação ao juiz dos bens sujeitos à execução.

Ocorrendo isso, será o caso de imposição de multa não superior a 20% do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, que reverterá em proveito do credor (art. 601).

Disso tudo se extrai que: a) há o reconhecimento do direito positivo quanto ao abuso do direito de defesa; b) existem os necessários instrumentos legais para coibi-lo; c) há definição de quem é o litigante de má-fé – que pode ser a própria parte ou qualquer outro interveniente no processo.

¹⁶ Humberto Theodoro Júnior, ob. cit., p. 56, para a maioria dos casos elencados no art. 17 do CPC.

¹⁷ Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, p. 71; Rui Stoco, *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, p. 70.

¹⁸ Não se pode esquecer, como já disse José Roberto dos Santos Bedaque, que o “próprio conceito de direito processual está vinculado de forma inseparável ao fenômeno verificado no plano do direito material, consistente na sua não realização espontânea” (*Direito e processo*, p. 11). Com efeito, *o instrumento (processo) só existe em decorrência daquilo que viabiliza sua existência (direito material)*.

¹⁹ Tal preceito foi alvo de mudança pela Lei n.º 8.952/94, sendo que antes previa a impossibilidade do litigante de má-fé falar nos autos, enquanto não relevada a pena, o que evidentemente não se coadunava com a importância da ampla defesa em sua feição atual. Por mais grave que seja a conduta processual há sempre que se assegurar o direito do mau litigante de falar nos autos, ainda que muitas vezes seja uma tentação querer o contrário, dada a evidente falta de caráter de alguns.

**V ABUSO DO DIREITO DE DEFESA: IMPORTÂNCIA DE
UMA COIBIÇÃO MAIS OSTENSIVA PELO JUDICIÁRIO**

O legislador não impôs somente aos litigantes a obrigação de observar a boa-fé. Fê-lo também com relação ao próprio julgador, imputando-lhe perdas e danos (art. 133 do CPC) quando proceder com (art. 133, I) dolo ou má-fé, ou ainda (art. 133, II) quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Mais ainda o art. 198 do CPC permite às partes e ao órgão do Ministério Público representar ao Presidente do Tribunal de Justiça cujo juiz excedeu os prazos previstos em lei.

Demonstrada a necessidade de repressão – o que exigido pelo próprio ordenamento –, que falta para atuação jurisdicional firme nesse sentido, sabedor quem lida com a atividade forense dos inúmeros abusos que se cometem, firmados equivocadamente na bonita expressão ampla defesa?

Em primeiro lugar, é de se reconhecer que o pensamento institucionalizado não mudará pelas próprias partes. Como já se falou, há quem ganha (e muito) com a sistemática atual. Entrementes, na calibração de valores, parece que a efetividade é muito mais forte. Já se sabe bem à exaustão que justiça tardia é tudo menos justiça.

É, pois, precipuamente do judiciário a função de coibir as condutas perpetradoras e agasalhadoras de má-fé. Há que se dar firme repressão a isso, sem medo de crises de consciência. Isso porque a sociedade, o direito (como valor) e a ética assim o exigem. Há, de muito antes, obrigação legal (direito positivo), posto que cabe ao juiz velar pela rápida solução do litígio e prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça (art. 125, II e III, do CPC).

E o julgador deve reconhecer e prestigiar as necessidades da sociedade, referendadas na lei, e não as próprias, posto que à lei é que deve obediência. A dúvida entre a consciência e o direito positivado há sempre que pender para este, *porquanto mais grave do que aplicar mal uma lei é deixar de aplicá-la.*

Não sem um certo desconforto percebe-se que muito mais os tribunais²⁰ são claudicantes em condenar por má-fé do que os juízes de primeiro grau, talvez certamente pela distância das partes e dos casos concretos, ainda que em sacrifício patente da boa-fé processual. Também costuma informar esta decisão justamente a conflitância habitual ampla defesa x abuso, sempre pendendo para encaixe jurídico na primeira.

Daí a frequência de decisões que afastam o *improbis litigator* pelo simples fato do litigante ter-se utilizado do recurso ou do meio processual abstratamente previsto em lei. O raciocínio é temível pela simples razão da dificuldade em se **conceber que haja litigância de má-fé sem o exercício do recurso ou do meio processual**. Muito mais ainda *como se por haver previsão legal para o instrumento processual utilizado o mau litigante se veja revestido de um manto para toda a sorte de condutas processuais censuráveis*.

Singelamente: *há previsão de expedientes processuais e abusa-se muitas vezes deles patrocinando a má-fé. Mas, aventa-se que não poderá haver coibição aos excessos por conta da previsão!!!*

O raciocínio é deveras equivocado. É a própria idéia de abuso de um direito processual que acarreta o reconhecimento do litigante de má-fé. Abusa-se porque o direito foi exercido, só que em maus ventos. Em lapidar

²⁰ “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 n.º. 331.594/SP, rel. Garcia Vieira, DOU 29.10.2001, p. 188) ou ainda “ ADMINISTRATIVO - RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS - REAJUSTE REMUNERATÓRIO PREVISTO A LEI Nº 8.390/91 - CUMULAÇÃO DOS PERCENTUAIS MENSALIS - 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, ROMS n.º. 3656/DF, rel. Jorge Scartezzini, DJ 29.10.2001, p. 216).

aresto, averbou o então juiz relator Antônio Carlos Marcato lição que deveria se fazer bem mais freqüente:

“LITIGANTE DE MÁ-FÉ - INFRINGÊNCIA DO DEVER DE LEALDADE PROCESSUAL - DIREITO À DEFESA COMO ESCUSA DE CONDUTA MALICIOSA - AFIRMAÇÕES INVERÍDICAS NO PROCESSO – CARACTERIZAÇÃO. O direito de defesa, assegurado constitucionalmente, de modo algum poderá servir como escusa para acobertar malícia ou desvio de conduta profissional de quem quer que seja” (2º. TAC-SP, Ap. c/ Rev. 354.807, 7ª Câmara, d.j. 1.12.92).

Tal constatação (cuja percepção não demanda maior grau de sensibilidade) fez com que Humberto Theodoro Júnior asseverasse que a “prática forense tem ensinado que nem as medidas preventivas nem as repressivas da má-fé processual são aplicadas com a freqüência que seria de desejar-se. Há uma tolerância muito grande por parte de juízes e tribunais, que, se não anula o propósito ético que inspirou as sérias medidas traçadas pelo legislador, pelo menos minimiza muito o seu desejado efeito moralizador sobre a conduta processual” (ob. cit., p. 57).

A boa fé e a própria justiça, em sua acepção axiológica, impõem uma conduta mais ativa do judiciário, sob risco de grande descrédito da atividade forense.

VI ÔNUS PATRIMONIAL DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

Quadra enfrentar agora os aspectos processuais da sanção patrimonial ao litigante de má-fé²¹. A redação pura e simples do art. 18 do CPC dá conta que tanto a multa como a indenização podem ser impostas de ofício.

Extreme de dúvidas que são de direito quando a parte prejudicada o requeira, há exegese jurisprudencial negadora da subsistência da imposição à minguia de pedido de quem se entenda de direito²².

²¹ O que não afasta a apuração pelo órgão de classe competente, muito menos na esfera criminal, conforme o caso concreto.

²² STJ, 3ª. T., REsp nº. 22.027-4-RS, rel. Min. Nilson Naves, DJU 114.9.92, p. 14.970 (anterior à Lei nº. 8.952/94) e Enunciado 32 do Centro de Estudos e Debates do 2º. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (*apud* Theotônio Negrão, *CPC e legislação processual em vigor*, p. 121).

A interpretação gramatical pura e simples não dá margem a entendimento diverso que ela cabe tanto por requerimento como *ex officio*. Porém, mostra-se pouco provável a condenação pura e simples do julgador em tal sentido, sem pedido de quem interessa, mesmo porque existe a possibilidade da parte não ter sido prejudicada, embora o ato tenha sido atentatório à dignidade da justiça.

Ingressamos aqui em ponto importante do ensaio, por onde entendemos diversamente de autores de nomeada como Cândido Rangel Dinamarco, para quem o valor arcado com a multa reverte para a parte, à semelhança da indenização (*A reforma do código de processo civil*, p. 67).

Perceba-se que há atecnia na redação do art. 601 constatada à luz do art. 18. Neste a multa é coisa diversa da indenização; naquele ambas são sinônimas, dando a entender que em verdade se trata de indenização pura e simples, não multa. E só nisso é que poderíamos concordar com o autor (multa = indenização), posto que estaria adequado seu entendimento à luz do art. 601, mas não do art. 18.

Parece-nos que mais acerto está no dispositivo do art. 18, não só porque mais atual (reformado que foi pela Lei nº. 9.668/98), como também porque dá um tratamento mais detido às duas coisas, diferenciando-as nitidamente quanto aos valores e a quem reverterão (indenização de 20% do valor da causa ou a ser liquidada por arbitramento e para a parte; multa de 1% sem esclarecer a quem reverte).

Ora, em verdade a repressão ao *contempt of court* visa preservar a idoneidade e dignidade da justiça enquanto função estatal, e não o que eventualmente tenha sido acarretado de dano patrimonial à parte adversa. Isso porque essa já tem à sua disposição a indenização.

Temos mesmo que há *bis in idem* na imposição concomitante ao litigante de má-fé de multa e de indenização (nos casos dos arts. 18 e 601 do CPC), quando se entenda deverem ser revertidas à parte prejudicada, posto que ambos derivam do mesmo fato. A segunda é fruto do prejuízo acarretado pelo atraso e assegura à parte a reparação por tanto; a primeira independe de prejuízo, *ex lege* presumido ao aparelho judiciário e à sua própria decência.

Outrossim, a multa é imposição legalmente imposta e não contratualmente – o que tornaria aceitável a tese de benefício da parte adversa.

Mais forte ainda é o argumento de que a conduta temerária demandou injustificadamente trabalho, tempo e dinheiro do Estado que suporta a má-

quina estatal. Nada mais justo que a multa a ele (Estado) reverta, como maneira de compensar (um pouco que seja) o desnecessário empenho.

A redação dada pela Lei n.º. 10.358/01 ao parágrafo único do art. 14 do CPC preceitua claramente que o valor arrecadado com a multa reverterá à União ou ao Estado, na conformidade da esfera jurisdicional respectiva (federal ou estadual).

Ademais, o *quantum* máximo para a multa é muito pouco. E isso é fácil de constatar porque o valor fica vinculado ao da causa e se esse for ínfimo, igualmente o será a multa. Premente uma alteração legislativa em tal sentido²³.

O já citado parágrafo único acrescentado ao art. 14 eleva o limite da multa para 20% do valor da causa atualizado, o que efetivamente já representa um avanço. Contudo, da sua exegese percebe-se que tal multa só seria aplicável à hipótese de descumprimento do inciso V (descumprimento/embaraço aos provimentos mandamentais e judiciais).

Importante frisar que a limitação para imposição do valor da indenização independente de liquidação é de 20% sobre o valor da causa ou da execução. Aparenta-se que a *mens* legislativa quis garantir aqui uma amplitude de defesa ao sancionado, de molde a que se veja no direito de discutir mais largamente a imposição quando ela possa atingir um percentual mais acentuado do débito em discussão.

Em tais casos o preceito legal parece impor ao prejudicado uma nova causa. A dúvida é se seria necessário um prévio processo de conhecimento ou a simples liquidação, reconhecida a má-fé desde logo.

Nada leva a crer no acerto da primeira premissa. *Reconhecer que haverá a necessidade de um novo processo para constatar a má-fé é dizer igualmente que o juiz do processo onde ela ocorreu não poderia reconhecê-la.*

Exegese comezinha, há de se ter em conta que a interpretação não pode levar ao absurdo (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito, passim*), de onde a conclusão que se tem é de que necessária apenas uma liquidação quando o valor da indenização puder ultrapassar 20% do valor da causa.

²³ Propõe-se em acréscimo ao art. 18 do CPC: “§ 3º. Na hipótese do valor da multa, considerado o da causa, representar quantia ínfima, fica elevado o limite à razoabilidade do necessário a servir-se eficazmente como meio hábil a sancionar e coibir a litigância de má-fé, podendo valer-se o juiz da equidade e do regramento contido no § 4º. do art. 20”.

Não é também vedado relegar à liquidação *somente a parte que exceda o percentual indicado*. Muito do revés, em medida de evidente prestígio à celeridade de feitos seria avizinhar-se de nobres sentimentos que buscam coibir litigantes e seus procuradores imbuídos de má-fé.

Por fim, deve ser registrado que pouco importa tenha a causa natureza patrimonial ou não, porque o dano oriundo da conduta atinge não só à parte como também a dignidade da justiça, impondo-se as sanções pecuniárias sempre que o caso.

VII RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA PARTE E DO ADVOGADO PELA MULTA E INDENIZAÇÃO?

Dos mais difíceis vem sendo a discussão sobre o tema, afigura-se-nos melhor divisar as situações onde o profissional seja constituído e aquelas onde ele seja indicado como representante da parte ou que não se encaixe no perfil exato de constituído (detentores de funções referentes à defesa judicial da Fazenda Pública).

Cumprе 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 n.º 8.906/94, e ainda § 4.º do art. 14 da Lei n.º 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, responderá 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 n.º 8.906/94 c.c. 159 do CC), sem prejuízo da apuração ética pelo órgão de classe competente (art. 34, VI, da Lei n.º 8.906/94, bem como o respectivo Código de Ética, arts. 2.º, 6.º e 20). Entrementes, *para fins processuais e perante a parte ou judiciário prejudicados é do mandante a responsabilidade processual da má-fé*²⁴.

²⁴ Embora contrariamente se tenha decidido, em julgado onde parece se ter divisado bem o nível de responsabilização do advogado: “*CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - PETIÇÃO INICIAL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - ADVOGADO - COISA JULGADA. Consignação em pagamento. Pedido inicial. Formulação em caráter condicional. Pedido estranho à natureza da ação, envolvendo coisa julgada. Fato não imputável ao autor, mas ao seu advogado. Inadmissibilidade. Litigância de má-fé afastada*” (1.º. TAC-SP, 3.ª. Câmara, Ap. Cível n.º. 374085-3/00-Presidente Prudente, rel. Alexandre Germano).

E isso é válido, pelas razões propugnadas, mesmo para hipóteses-limite onde abandonada qualquer mínima boa-fé, ajuizando-se sucessivamente demandas idênticas buscando obter decisão favorável²⁵.

De outro lado não se afigura certo que o beneficiário da gratuidade da justiça (conceito englobado dentro do mais amplo assistência judiciária) esteja livre das sanções pela litigância de má-fé (multa e indenização da parte contrária), posto que tais débitos não se englobam nem genericamente na larga interpretação de custas ou despesas processuais que vem sendo emprestada ao art. 3º. da Lei nº. 1.060/50. Ou seja: *não fazem parte do custo para buscar em juízo um direito*. São, ao revés, justamente a punição pela busca de um direito inexistente ou tentado por vias tortuosas. Antes derivam da constatação de uma repudiável atitude pela parte, eivada da responsabilidade civil, de onde haverá de responder normalmente pelas sanções financeiras as quais sua conduta maculada houver dado causa.

Uma única hipótese justifica excluir a parte constituinte de responder pelo ônus da má-fé do profissional da advocacia: quando ele desde logo não apresente instrumento de mandato, invocando perigo de perecimento de direito (art. 37 do CPC). Efetivamente não seria justo imputar à parte, inexistente sequer constituição e instrumento de mandato, responder pelo prejuízo que lhe adveio com o qual previamente não se demonstrou aquiescer (ao menos expressamente).

Ocorre, porém, que em determinadas situações (indicação para fins de assistência judiciária ou representante judicial da Fazenda Pública), não age o advogado como simples mandatário. Antes exerce uma função pública, na perfeita esteira da relevante nomenclatura constitucional a si reservada (art. 133 da CF).

Nessas hipóteses ou é titular de cargo/emprego público ou simplesmente exerce, por toda e qualquer natureza, um múnus que lhe retira a

²⁵ “PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DUPLA IMPETRAÇÃO COM O MESMO OBJETO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

- Caso em que a parte impetrante, ante a denegação da liminar pretendida, ingressou com um segundo mandado de segurança em tudo idêntico ao primeiro, distribuído a uma outra vara cujo juiz deferiu a medida liminar.

- Tendo o juiz da primeira impetração homologado o pedido de desistência da mesma, por resultar inócuo no dizer da impetrante, reconheceu em detrimento desta a condição de litigante de má-fé, por não haver procedido com lealdade e boa-fé (CPC, art. 14, II), no que está correto o julgador, de vez que a impetrante tentou ocultar-lhe a existência de um segundo mandado de segurança com o mesmo objeto do primeiro.

- Apelação desprovida. Sentença confirmada” (TRF 5ª. Região, 1ª. T., Ap. em M.S. nº. 4275/PE, rel. Orlando Rebouças, DJ 25.10.1991, p. 26749).

esfera de disponibilidade de interesses (indicação para assistência judiciária, inclusive nos moldes da Lei n.º 1.060/50). Em tais situações são indisponíveis os direitos em litígio. Deve, pois, o advogado, como aliás deveria sempre, atuar dentro da mais estrita ética. E, principalmente: responde *solidariamente* pela falta no zelo profissional para a qual haja contribuído, pois não é justo que se impute semelhante ônus a quem não dispõe de bastante conhecimento ou de direitos para fazê-lo.

E a solidariedade *in casu* não é presumida, o que de resto é vedado (art. 896 do CC), mas prevista normativamente (parágrafo único do art. 32 da Lei n.º 8.906/94 c.c. o art. 14 do CPC). A respeito bom enaltecer e acompanhar Agnaldo Rodrigues Pereira:

“Poder-se-ia, em defesa, alegar que a responsabilidade deve ser apurada em ação própria (cf. parte final do referido parágrafo (parágrafo único do art. 32 da Lei n.º 8.906/94), tornando defeso, então, ao juiz, de plano, impor a multa de forma solidária, ou seja, entre autor/advogado, réu/advogado ou interveniente/advogado). Entretanto, afigura-se-nos equivocada esta tese, se observado que o Estatuto da Advocacia, por ter sido promulgado anteriormente à Lei n. 8.952/94, que deu nova redação ao art. 18 do CPC deve ser interpretado à luz das modificações feitas, pois antes delas a apuração dos danos era feita em procedimento específico (ação própria). Porém, com a alteração do § 2.º do art. 18 do CPC, o juiz poderá, desde logo, conhecer de ofício da litigância de má-fé e aplicar de imediato, nos próprios autos, independentemente de procedimento específico ou ação própria, o valor da indenização” (A responsabilidade solidária do advogado na litigância de má-fé, p. 32).

Realmente, houve uma evolução legislativa que possui regime jurídico diversificado do contido no dispositivo citado da Lei n.º 8.906/94. Antes demandava-se ação própria; hoje não. Repise-se que a expressão litigante do art. 17 do CPC engloba não só a parte como também outros intervenientes processuais (art. 16 do CPC).

Com efeito, os “deveres que o CPC traça para as partes estendem-se, por disposição expressa de lei, também aos seus advogados (art. 14), de sorte que todas os deveres de lealdade e probidade já analisados, no tocante aos litigantes, aplicam-se aos advogados”²⁶.

²⁶ Humberto Theodoro Júnior, ob. cit., p. 63.

De se frisar que a atuação temerária da Fazenda enseja inclusive a responsabilidade objetiva, nos precisos moldes do art. 37, § 6º., da CF, de onde por força da ordem constitucional impõe-se ao Estado arcar com custo de maus defensores desde logo, sabido que ações de regresso são deveras incomuns, quando tudo impõe que o mau profissional da advocacia é quem responda por sua censurável conduta.

No patamar emoldurado não há mandato no sentido estrito, porque falta justamente o que caracteriza tal contrato: a disponibilidade de interesses do mandante delegada ao mandatário. Nem os representantes judiciais da Fazenda e nem os que indicados para defesa de hipossuficientes desfrutam do poder de disponibilizar os interesses que defendem, senão excepcionalmente – por autorizativos legais próprios no primeiro caso ou mediante participação direta do próprio interessado, demonstrando-se sua perfeita compreensão de que parcela de direito abrirá mão, inclusive se for total, no segundo.

Como já adiantamos, litigância não se exaure na parte. É conceito mais amplo, que abrange outras pessoas direta ou indiretamente envolvidas no feito, inclusive o advogado dativo e o representante judicial da Fazenda Pública.

Exegese anterior à atual redação do art. 18 do CPC nega tal possibilidade²⁷, embora haja julgados recentes que abrem azo para interpretação diversa²⁸.

Patente que o sancionamento há de ser precedido do devido contraditório, posto que em tese poderá o litigante se justificar. E se inviável a

²⁷ “LITIGANTE DE MÁ-FÉ - LEALDADE PROCESSUAL - ADVOGADO - SIMPLES TRADUTOR DA POSIÇÃO DE SEUS CONSTITUINTES, SEM CONFUNDIR-SE OU SOLIDARIZAR-SE COM ELES - CONDENAÇÃO AFASTADA. Não há falar em litigância de má-fé de profissional do direito, uma vez que a este incumbe traduzir em juízo ou fora dele a posição de seus constituintes com os quais ou com cujas posições, porém, em momento algum se confunde e/ou solidariza” (2º. TAC-SP, 4ª. Câmara, Ap. Cível n°. 166.843, rel. Cunha de Abreu, d.j. 28.2.84, in JTA 90/281).

²⁸ Visando afastar má-fé já se admitiu inclusive a rejeição pelo próprio julgador da exceção de suspeição: “SUSPEIÇÃO - EXCEÇÃO - MAGISTRADO - INDEFERIMENTO LIMINAR PELO PRÓPRIO JUIZ - POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL EM CASOS DE EVIDENTE ABUSO DE DIREITO E MÁ-FÉ DA PARTE E SEU ADVOGADO – RECONHECIMENTO. Se é verdade que não pode o magistrado indeferir, em princípio, a exceção da própria suspeição, não é menos certo que não pode ficar inerte diante de comportamentos abusivos e de má-fé do advogado da parte que deixa claro o objetivo de obter retardamento de ato ou fim contrário às decisões judiciais. Assim, visando o juiz não apenas fazer-se justiça, mas também impor rapidez ao término do processo, é possível, excepcionalmente, indeferir de plano exceção de suspeição proposta contra ele” (2º. TAC-SP, 9ª. Câmara, MS n°. 439.555, rel. Eros Piceli, d.j. 13.9.95).

perfeita apuração (necessidade de provas), outro caminho não restará senão o apuração por meio de outra ação, movida em face do mau profissional.

Não se descarta da hipótese de advogados contratados nos termos do art. 25, II, c.c. 13, V, ambos da Lei n.º. 8.666/93 (inexigibilidade de licitação na contratação de profissionais do direito com notória especialização). Embora sejam espécie dos chamados particulares em colaboração com a administração, em boa verdade tanto quanto qualquer outro são considerados agentes públicos (cfr. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, pp. 135-138), aplicando-se-lhes o que dissemos antes.

Por fim, de se frisar que o novel parágrafo único do art. 14 do CPC exclui diretamente a possibilidade do causídico arcar pelo ônus financeiro no caso de afronta ao inciso V do mesmo dispositivo legal. O texto normativo, embora inegavelmente proteja o causídico em situações que antes devia repudiar, remetendo ao órgão de classe competente a apuração da eventual má-fé (a situação concreta pode dar azo a raciocínios iníquos, como nos citados casos dos representantes judiciais da Fazenda Pública ou dos defensores que atuam sob a égide da Lei n.º. 1060/50 ou assemelhados), em verdade ratifica o ensaio de tese a que nos propusemos, na medida em que roborar a teoria geral de que cabe ao mandante responder pelos atos do mandatário, salvo em casos de excesso.

VIII CONCLUSÕES

Em arremate, temos a dizer que:

1) tem especial importância no ordenamento constitucional brasileiro vigente a ampla defesa (art. 5.º., LV), que possui conceito multivalente, posto que se presta tanto para autores como para réus, litigantes, terceiros e demais intervenientes do processo de uma maneira geral;

2) o direito processual civil hoje clama por uma aceleração dos feitos, à luz mesmo de princípios já postos (inafastabilidade da prestação jurisdicional) ou com previsão implícita (tempestividade da tutela jurisdicional);

3) o atraso na tutela jurisdicional só existe porque há quem com isso ganhe (v.g.: réus contumazes), de onde mudanças deverão levar em conta tais contextos;

4) *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;

5) é **precipualemente do judiciário** a função de coibir as condutas perpetradoras e agasalhadoras de má-fé. Há que se dar firme repressão a isso, sem medo de crises de consciência. Isso porque a sociedade, o direito (como valor) e a ética assim o exigem;

6) há viabilidade para a imposição de multa ou indenização *ex officio* (arts. 18 e 601 do CPC), embora o pedido da parte interessada seja um antecedente desejável e até lógico;

7) as duas sanções impostas são de causa diferentes e revertem a pessoas diversas: a indenização, pelo prejuízo à parte adversa a quem cabe os valores, a multa, pelo atentado à dignidade da justiça e revertendo ao ente político (Estado ou União) que sustenta o Judiciário em acionado;

8) o percentual máximo da multa hoje previsto é iníquo (1% do valor da causa) em pretensões de conteúdo econômico inexpressivo, fazendo-se imperiosa a alteração ou complementação do texto legal, ressalvada a hipótese nova incluída pela Lei n°. 1.0358/01, onde o limite é alçado a 20%;

9) a solução mais consentânea com o direito é de que o excesso aos 20% do valor da causa como teto para indenização implica que o excedente há de ser previamente liquidado, sem necessidade de um outro processo de conhecimento de reconhecimento de má-fé e sua apuração pecuniária;

10) quando se tratar de advogado constituído o ônus pela má-fé frente à parte prejudicada via de regra será do constituinte, por se tratar de espécie contratual de mandato, puro e simples, ressalvado o direito de regresso contra o mandatário-constituído;

11) diferente é a situação onde o advogado não age como simples mandatário (indicação para fins de assistência judiciária ou representante judicial da Fazenda Pública), ao exercer uma função pública. Nessas hipóteses ou é titular de cargo/emprego público ou simplesmente exerce, por toda e qualquer natureza, um múnus que lhe retira a esfera de disponibilidade de interesses (indicação para assistência judiciária, inclusive nos moldes da Lei n°. 1.060/50);

12) em tais situações são indisponíveis os direitos em litígio. Deve, pois, o advogado, como aliás deveria sempre, atuar dentro da mais estrita ética. E, principalmente, responde *solidariamente* pela falta no zelo profissional para a qual haja contribuído, pois não é justo que se impute semelhante ônus a quem não dispõe de bastante conhecimento ou de direitos para

fazê-lo, havendo azo para tanto pela interpretação consonante do art. 32, parágrafo único, da Lei n.º. 8.906/94 com a atual redação do art. 18 e ainda do art. 14, ambos do CPC;

13) o beneficiário da gratuidade da justiça não está livre das sanções pela litigância de má-fé (multa e indenização da parte contrária) a que tenha dado causa, posto que tais créditos não se englobam nem genericamente na larga interpretação de custas ou despesas processuais que vem sendo emprestada ao art. 3.º. da Lei n.º. 1.060/50. Ou seja: não fazem parte do custo para buscar em juízo um direito. São, ao revés, justamente a punição pela busca de um direito inexistente ou tentado por vias tortuosas.

BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 8ª. e., São Paulo: Malheiros, 1996.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, vol. 2, n.º. 1: pp. 71-83, janeiro/junho de 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

CASTRO, Honildo Amaral de Mello. *O abuso do direito e a litigância de má-fé no novo agravo*. *Revista Forense*. Vol. 340, pp. 107-111.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 4ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7ª. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LOPES, João Batista. O juiz e a litigância de má-fé. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 740, pp. 128-133, junho de 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- MAXILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 3ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- PEREIRA, Agnaldo Rodrigues. A responsabilidade solidária do advogado na litigância de má-fé. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada de Minas Gerais*. N.º. 70, pp. 29-33.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *Filosofia do direito*. 18 ed., São Paulo: Saraiva, 1998.
- STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista Forense. Vol. 344, pp. 43-65.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.