



INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU

Eudes Lins de Albuquerque

**Da má-fé pela via recursal e suas sanções no sistema processual civil:
possibilidades normativas para maior celeridade na prestação jurisdicional.**

Brasília

2004

EUDES LINS DE ALBUQUERQUE

**Da má-fé pela via recursal e suas sanções no sistema processual civil:
possibilidades normativas para maior celeridade na prestação jurisdicional.**

Monografia apresentada ao CESAPE/UNICEUB, junto ao Departamento de Pós-graduação como pré-requisito para obtenção do grau de especialista em Direito Processual Civil, sob orientação do Professor Ministro César Peluso

Brasília

2004

À minha Esposa Rafaela, que colaborou com paciência e atenção.

À nossa Bebê, Raquel, Puro Amor.

Resumo

O presente trabalho busca demonstrar a possibilidade de se alcançar grande avanço na celeridade da prestação jurisdicional, se se aplicarem com o necessário rigor as normas concernentes à espécie. Utilizando o método indutivo, mostraremos que a partir de diversas particularidades de nossas normas, desde as que cuidam da má-fé, as que restringem a possibilidade de recorrer, conceitos do Direito Civil, bem como a partir da leitura de princípios processuais, já temos um sistema suficiente para garantir significativa melhora na rapidez da prestação jurisdicional.

Résumé

Le présent travail a l'objectif de démontrer la possibilité de s'obtenir un grand progrès quant à la célérité de la prestation juridictionnelle, si l'on applique avec la nécessaire rigueur les normes concernantes à l'espèce. En utilisant la méthode inductive, on vérifie qu'à partir des diverses particularités de nos normes, dès celles qui s'occupent de la mauvaise foi, jusqu'à celles qui limitent les hypothèses de recours, bien aussi à partir des concepts de Droit Civil et de la lecture des principes processuels, on a déjà un système suffisant pour garantir une significative amélioration dans la vitesse de la prestation juridictionnelle.

Sumário

Introdução.....	07
1. Do princípio da lealdade processual. Da caracterização da má-fé. ...	10
2. Análise da situação atual. Princípio da Ampla Defesa. Abusos e necessidade de maior coibição pelo Poder Judiciário.	21
2.1. Da importância da instrução, de primeiro grau.	23
3. Da responsabilização do advogado.	25
3.1. Do advogado e sua disciplina perante o respectivo órgão de classe.	28
4. Da reforma do Judiciário.	30
4.1. Da Repercussão Geral.	30
4.2. Da Súmula Vinculante.	32
5. Duplo Grau de Jurisdição.	33
6. Outras propostas para a punição à má-fé processual e o Princípio da isonomia.	34
Conclusão.	36
Referências Bibliográficas.	37
Bibliografia.	38

Introdução

Uma das grandes questões do nosso sistema processual civil ainda é a lentidão com a qual se desenvolve. O abuso no exercício do direito de recorrer tem sido fator de peso em tal situação. Diante disso, emerge a necessidade de se garantir a ampla defesa e a de se afastar os excessos praticados por aqueles que a desvirtuam.

Não há dúvidas de que é necessário um mínimo de formalismo para afastar arbitrariedades e inseguranças jurídicas, e que o Processo Civil brasileiro abrange um sistema recursal por demais permissivo.

Com efeito, após toda uma instrução processual anterior à sentença de 1º grau, exsurge a possibilidade de recorrer, não apenas ao juízo *ad quem*, mas a tribunais que podem configurar-se como 3ª ou 4ª instância.

Nos tribunais, e especialmente no que tange aos superiores, avolumam-se grandes quantidades de processos vindos de todo o país, constituindo-se, por tal excesso, em garantia de demora na prestação jurisdicional.

Os recursos são, muitas vezes, utilizados como meio para se atingir fins que o próprio sistema processual proíbe. Eis, a nosso ver, um dos maiores entraves para um mais rápido desenvolvimento do processo e, logo, da prestação jurisdicional.

Mas é exatamente diante desse quadro que se torna fundamental, e possível, inibir os abusos, com fulcro no Direito Processual Civil positivo, se aplicado com meridiano rigor.

Deve-se aplicar, para efeito de sanção, as normas já existentes, especialmente as que cuidam da má-fé, ante aqueles que desvirtuam a ampla defesa, aproveitando-se de tal princípio, e dos instrumentos a ele inerentes, como os recursos, para interpô-los com intuito procrastinatório.

Não se nega que o processo, dada sua natureza instrumental, tem como escopo a aplicação da lei material, produzindo normas jurídicas para o caso concreto. Isso é dialético. Mas se é, no mínimo, um instrumento para tal fim, não pode constituir-se em entrave para tanto, devendo viabilizar, com fluência, seu objetivo.

O fato é que toda lei em vigor tem aplicabilidade imediata. Surgida a lide, no entanto, a apreciação da questão e a aplicação do Direito, em face ao monopólio estatal da Jurisdição, é feita pelo Estado, pelos magistrados para tanto investidos.

Enquanto não houver a decisão judicial, o jurisdicionado não poderá buscar a concretização de seu direito, através da execução ou da efetividade da decisão, ressalvadas as hipóteses de antecipação de tutela, a qual tem seus requisitos, seja quanto ao artigo 273, seja na aplicação do artigo 461, § 3º, ambos do Código de Processo Civil Brasileiro, sendo este último mais direcionado às tutelas mandamentais, possuidoras de maior poder de coerção, ou ainda nas executivas, que removem a ilicitude por ato do próprio Estado, hipóteses essas que não são a regra, ainda quando antecipadas na própria sentença, em sentido estrito.

Tais hipóteses, hoje, ainda contam com o apoio do art. 14, inc. V e respectivo parágrafo único, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 10.358/2001.

A sentença condenatória depende de um processo de conhecimento que, ao gerar decisão transitada em julgado, por sua vez, necessita de um processo de execução que lhe concretize.

Mesmo as sentenças declaratórias, cujos efeitos podem eventualmente ser objeto de antecipação de tutela, regra geral são, obviamente, suscetíveis de recursos.

Tanto o processo de execução, como o de conhecimento, são suscetíveis de recursos, os quais, se manejados exclusivamente dentro da razoabilidade e boa-fé, permitirão a existência de um processo judicial, via de regra, bem mais célere.

Caso contrário, a regra será um processo sempre demorado, especialmente pela vulgarização na interposição de recursos, atraindo a máxima de que o Direito, "(...) enquanto apenas formulação teórica, enunciado normativo, proposição ou juízo, ainda não é o Direito" (PASSOS, 1999, p.67).

Se sua alusão foi ao despotismo ou excesso de interpretação da norma legal pelos aplicadores do direito, tal declaração vale, também, para mostrar que o direito, apesar de escrito, vigente e eficaz, pode ser postergado no tempo, quando o processo judicial é utilizado com tal finalidade por algum dos contendores.

O recurso, garantia que é contra despotismos e erros judiciais, os quais infelizmente se verificam, remédio para aquele que busca uma idéia de “Justiça” na prestação jurisdicional, acaba, por outro lado, sendo um poderoso instrumento para jurisdicionados de má-fé, que o usam para postergar direitos, os quais, *prima-facie*, assistem àqueles com quem litigam.

Insistem em teses absolutamente frágeis, apreciadas em primeira ou até segunda instância de maneira absolutamente razoável, quando não exauriente. Utilizam-se do sistema recursal com má-fé, já que não visam a defender direitos reputados razoáveis e integrantes de seu patrimônio jurídico – ou daquele de seu constituinte -, mas tentam afastar a real e devida aplicação do Direito, procrastinando os efeitos da tutela jurisdicional ao máximo.

O jurisdicionado de boa-fé, que busca, através da tutela jurisdicional, a satisfação de um direito realmente violado - ou assim considerado dentro de um critério de razoabilidade, é o mais penalizado.

O bem trazido à discussão judicial é muitas vezes fundamental para a resolução ou de decisivo auxílio para a necessidade que experimenta, a qual pode ser efeito de desemprego, de aquisição da casa própria, da possibilidade de estudar e se qualificar, de ajudar a algum parente, questões relativas à saúde, enfim, são várias as hipóteses, às vezes mais intensas, às vezes menos, que podem não mais existir ou fazer sentido num cenário montado após cinco, sete ou até na casa das dezenas de anos passados após a propositura da ação.

Dentro dessa busca de uma maior celeridade, os recursos desempenham papel fundamental, porque se trata de instituto processual não prescindível, diante de eventual erro ou excessos do julgador; em assim sendo, grande é seu peso processual e seu tratamento merece cuidado.

Se a celeridade visa a uma mais rápida aplicação da tutela, deve-se assentar desde já a diferença entre eficácia e efetividade:

Sempre é possível a existência de obstáculos externos capazes de inviabilizar a concreção do decidido ou desfuncionalizá-lo, frustrando-o de produzir os efeitos perseguidos. Não estamos nos referindo aqui ao que muitos juristas denominam de efetividade, distinguindo-a da eficácia. A primeira, real produção dos efeitos pretendidos pela decisão, que transcenderia ao jurídico; a segunda, aptidão meramente formal de produzir

efeitos, especificamente jurídica e indissociável de toda decisão válida (...).
(PASSOS, 1999, p. 72)

Quanto mais célere o processo, mais próximo se torna da efetividade da decisão trânsita. Processo é democracia. Se objetivo, seguro e rápido, mais amplo será o acesso aos direitos.

Sabedores, portanto, de que terão nos recursos, munidos que são de efeito suspensivo, ou de um efeito devolutivo que, mesmo em sede de execução provisória (com a alteração trazida pela Lei 10.444/02), apenas admite atos de alienação ou de levantamento de importâncias mediante caução – o que privilegia os mais abastados - a qual só é excepcionada em casos extremos de créditos de natureza alimentar, em até 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, e quando o exeqüente estiver em estado de necessidade, um poderoso instrumento para “punir” aqueles que provocaram a jurisdição em seu desfavor, muitos jurisdicionados exigem de seus advogados a interposição de recursos até a última instância, exigência essa que nem sempre é necessária.

O processo é um sistema, dentro do qual se visa a garantir a aplicação do Direito, através da ampla defesa, do contraditório, e com os meios e recursos inerentes à ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88), sempre visando à segurança jurídica e à paz social, sistema esse que não se compatibiliza com a possibilidade de manuseio dos recursos nele previstos, com escopos ligados à má-fé.

A situação atual, como se verificará mais adiante, é de uma tolerância quanto à interposição de recursos com má-fé, apesar do aparato de normas previstas para coibir tal conduta, especialmente nos artigos 14, 16, 17 e 18 do Código de Processo Civil.

1 - Do Princípio da Lealdade Processual. Da caracterização da má-fé.

Segundo nos ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p. 71), em sendo o processo eminentemente dialético, não pode ser instrumento para a falta ao dever de verdade, com emprego de artifícios fraudulentos, especialmente porque posto à disposição das partes para a eliminação de conflitos.

Em já sendo inerente à relação processual uma animosidade, o processo acabaria servindo ao abuso do direito, isso de forma mais intensa do que os próprios institutos de direito material: “O desrespeito ao dever de lealdade processual traduz-se em ilícito processual (compreendendo o dolo e a fraude processuais), ao qual correspondem sanções processuais” (*ibidem*, 2003, p. 72).

O dever ético processual abrange todos os sujeitos do processo, como partes, intervenientes, advogados e serventuários. Os membros do Ministério Público, na forma do artigo 85, do Código de Processo Civil, ao agirem com dolo ou fraude, responderão civilmente, e não por dano processual. Tal situação também se aplica aos Magistrados.

De acordo com Alves (2002, p. 209), o interveniente não se limita aos terceiros interessados, até porque muitos alegam tal qualidade e, na apreciação concreta do caso, observa-se que não o são. Do artigo 14 da Lei Adjetiva depreende-se que a acepção de interveniente abrange testemunhas, perito e o próprio defensor da parte (excedendo os limites de sua atuação).

A idéia de lealdade processual, dentro do Código de Processo Civil Pátrio, tem início em seu artigo 14, o qual prescreve como dever das partes - e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo - expor os fatos em juízo conforme a verdade, proceder com lealdade e boa-fé, não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento e não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito, devendo cumprir com exatidão os provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final, este último, acrescentado pela Lei 10.358/01.

Esse artigo cuida da probidade processual que, descumprida, na forma discriminada no art. 17, leva às sanções dos artigos 16 a 18, do Código de Processo Civil, abrangendo, frise-se, todos aqueles que participam do processo.

O referido artigo 14, em que pese elencar a lealdade e boa-fé em seu inciso II, também elenca, nos demais incisos, hipóteses outras que são reputadas como de má-fé, ao serem mais adiante disciplinadas no artigo 17, exceção feita ao inciso V, daquele artigo.

Tal norma, desse último inciso, acrescentada pela Lei 10.358, de dezembro de 2001, cuida da efetividade dos provimentos mandamentais, no que concerne ao

respectivo cumprimento, bem como aos embaraços que podem ser criados à efetivação de provimentos judiciais, seja em antecipação de tutela, seja final, após o trânsito em julgado, o que, nesse último caso, nos parece ser uma alusão ao processo de execução.

Com efeito, tais embaraços dizem respeito às dificuldades que a parte pode causar, desde o não cumprimento de uma obrigação de não fazer até à ocultação de bens suscetíveis de penhora.

O parágrafo único do artigo 14 em questão contempla a sanção aos que violem a norma de seu inciso V, excepcionando-se o advogado, sujeito ao estatuto da OAB, violação esta caracterizada como ato atentatório ao exercício da jurisdição. Trata-se de multa, a ser fixada de acordo com a gravidade da conduta, não superior a 20% do valor da causa, a qual, caso não paga, será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado.

Mais adiante, a lei processual cuida mais especificamente das sanções cabíveis quando a má-fé exsurge, inclusive, em nível recursal.

O artigo 17 dispõe reputar-se litigante de má-fé aquele que deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos, usar o processo para conseguir objetivo ilegal; opuser resistência injustificada ao andamento do feito; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; provocar incidentes manifestamente infundados; interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

No que concerne à dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso – artigo 17, I, do Código de Processo Civil -, o recurso que insistir em tese afrontosa à própria literalidade da lei, incide no dispositivo. A hipótese, no entanto, é mais rara, posto que a lei, como é sabido, muitas vezes exige a interpretação de seu texto. Nesses casos, desde que minimamente razoável a interpretação, não verificamos hipótese para as sanções relativas à má-fé.

Por outro lado, se caracterizada a distorção da lei, procurando-se extrair algo que evidentemente não é por ela assegurado, abre-se o caminho para a sanção ora em apreço.

Já o fato incontroverso, previsto no mesmo inciso, é aquele que as partes têm como verdadeiro, mesmo que assim se dê pelo silêncio ou inércia geradores da

preclusão, situação que pode ser exemplificada pela juntada de documento de que é signatária a parte, e por ela não impugnado.

A hipótese assume relevo quando da interposição do recurso; nesse momento, as posições das partes já estão assentes, em face à oportunidade que tiveram de se manifestar acerca do direito, provas, enfim, pelo próprio contraditório já estabelecido.

Nos parece que a conduta desidiosa, no sentido de não se verificar o que é ou não controverso, no momento da interposição do recurso, caracteriza a culpa grave, suficiente para a incidência das penas em questão.

O artigo 17, em seu inciso II, do Código de Processo Civil, reputa como litigante de má-fé aquele que alterar a verdade dos fatos. Foi eliminado o termo “intencionalmente”, previsto na redação anterior, e essa derrogação é indicativa de que a culpa, bem como o erro grosseiro, são situações a serem consideradas.

A alteração da verdade dos fatos ocorre quando se apontar fato existente como inexistente, ou como inexistente, o efetivamente ocorrido (BARBI *apud* CARREIRA ALVIM, 2003, p. 12).

Em nível recursal, a situação pode se agravar, eis que o ardil, ou a tentativa de induzir o magistrado em erro, pode ser concernente às provas dos autos, ou àquilo que já é verdade formal, sedimentada pela própria preclusão, ou ainda pelo teor da prova, em si mesma, como a relativa a cifras, onde se procure tergiversar acerca da própria Matemática.

Quando intencional, a hipótese ora em exame é a que mais se aproxima do dolo processual, o qual também abrange o ardil, redutor da ampla possibilidade de contraditório para a parte contrária, buscando-se semear dúvida quanto à verdade dos fatos, gerando muitas vezes decisões judiciais em descompasso com a verdade, posição esta já defendida pela Primeira Seção do Eg. STJ, em aresto que cita o Professor Barbosa Moreira:

O dolo do inc. III do art. 485 do CPC não é, à evidência, de natureza material. Trata-se de dolo processual, próprio do litigante de má-fé (...). (...) Dolo da parte vencedora – ocorre este motivo de rescisão quando a parte vencedora, seja qual for, faltando ao dever de lealdade e boa fé (art. 14, nº II), haja impedido ou dificultado a atuação processual do adversário, ou influenciado o juízo do magistrado, em ordem a afastá-lo da verdade. (STJ,

primeira seção, AR 98/RJ, S1, rel. Adhemar de Barros, DJ 05.03.90, p.1394).

O tema, mesmo após a alteração trazida pela Lei 6.771/80, ainda comporta controvérsias:

(...) Daí se conclui que não alterou ele intencionalmente a verdade dos fatos. Segundo magistério de Pontes de Miranda, “se o figurante alegou o que não correspondia à verdade dos fatos a que se prendem os atos para o exercício da pretensão à tutela jurídica, ou do remédio jurídico processual, ou para a favorabilidade da decisão, ou das decisões, - ou ele narrou o que teria acontecido e não aconteceu, ou o fez com diferenças que teriam conseqüências no processo e no julgamento. A alteração pode ser total ou parcial. Mas, para que haja a responsabilidade por perdas e danos, é preciso que tenha havido a intenção de fraudar a verdade. Portanto, o conhecimento do que era verídico mais o fito de alterá-la, no todo ou em parte (Comentários ao Código de processo Civil”, Tomo I, pág. 403, ed. 1973). (...) (STJ, 4ª Turma, RMS 936/RS, rel. Barros Monteiro. DJ 23.03.1992, p. 3486).

Dessa posição diverge o Professor Nelson Nery Jr. (1999, p. 424), ao aludir, especificamente, à verdade dos fatos:

Alterar a verdade dos fatos. Consiste em afirmar fato inexistente, negar fato existente ou dar versão mentirosa para fato verdadeiro. A L 6771/80 retirou o elemento subjetivo ‘intencionalmente’ desta norma, de sorte que não mais se exige a intenção, o dolo de alterar a verdade dos fatos para caracterizar a litigância de má-fé. Basta a culpa ou o erro inescusável.

Também nos parece que o artigo 299, do Código Penal, alusivo à falsidade ideológica, além de ensejar os ofícios necessários a eventual persecução penal, quando caracterizado, é manifesta hipótese de alteração da verdade dos fatos, abrangendo laudo pericial, recibos, declarações, com vícios que vão desde a falsidade de assinatura, até a ausência de isenção, como na perícia.

Em sede recursal, tais documentos podem não só sofrer tergiversação sobre os respectivos conteúdos, mas a própria devolução da matéria, com tese fulcrada em documento falso ou questionável, constitui-se em má-fé.

O uso do processo para se conseguir objetivo ilegal – artigo 17, III, do Código de Processo Civil - tem sido interpretado como ato unilateral da parte, ou seja, ressalvando-se a hipótese em que há unidade de desígnios, entre partes contrárias,

para a prática de ato fraudulento ou simulado, situações estas não abrangidas pelo referido dispositivo.

A fraude processual consiste no uso do processo para obter fim vedado pela lei. Ao contrário da simulação, que visa a prejudicar terceiros, na fraude, o processo em si tem um fito que não aquele que aparenta. Mas em ambos os casos, as partes se unem, em que pese se apresentarem em pólos opostos, para o fim de alcançar a ilegalidade.

Quanto ao ato unilateral da parte, as condutas ilícitas, assim entendidas sob o ponto de vista do Direito Material, são o referencial. O sujeito que trabalhou como contador para empresa que lavava dinheiro oriundo de situação tipificada como crime, ciente disso, não pode buscar eventual caracterização de vínculo empregatício.

De uma forma geral, no entanto, tal norma tem a peculiaridade de excluir da sanção pela má-fé a hipótese de culpa, já que nem sempre a parte tem elementos suficientes para vislumbrar a ilicitude, pleiteando direitos que supõe, em seu íntimo, realmente existirem.

Como o objeto do negócio jurídico deve ser lícito, para gerar direitos, tem-se que, normalmente, a sentença de primeiro grau já obstará o intento, sendo bem mais raro o recurso, em situações como esta.

A oposição injustificada ao andamento do processo, prevista no inciso IV, do mesmo artigo, diferencia-se da temeridade em qualquer incidente ou ato do processo – inciso V - pelo fato de que, na primeira, a parte sabe não haver razão suficiente para o incidente, qualquer que seja ele – há consciência, dolo; na segunda, não se certifica de haver real motivo para a alegação (CARREIRA ALVIM, 2003, p. 14).

Pode-se portanto concluir, pela própria acepção do termo “temerário”, que traduz risco, incerteza, a extensão da hipótese tipificada no inciso V, menos taxativa que o referido inciso IV. São gradações, segundo vislumbramos, da uma mesma hipótese.

Esses dois incisos, bem como o próprio inciso VI, que alude ao incidente manifestamente infundado, poderiam tornar prescindível a inserção do inciso VII, do artigo 17 da Lei Adjetiva, alusivo especificamente ao recurso, se o termo incidente

for entendido em sentido amplo, como o defende o Professor Nelson Nery Jr. (1999, p. 425).

Assim, merece ênfase o fato de o recurso poder constituir-se em resistência injustificada ao andamento do processo, até pela etimologia da palavra, entendida como a retomada do curso, nas hipóteses mais adiante enumeradas. A devolução da matéria, em suas razões, pode constituir-se em temeridade, ou simplesmente em poder ser o recurso, na qualidade de incidente, infundado.

Isso demonstra que o elenco do artigo 17, do Código de Processo Civil, não é taxativo, mas permite o enquadramento de qualquer hipótese que se caracterize como de má-fé.

Quanto à provocação de incidentes manifestamente infundados propriamente dita, para Nery (1999, p. 425), o termo incidente abrange as exceções em geral, as ações incidentes, os embargos relativos ao processo de execução, a denúncia à lide, e os recursos, dentre outros. A irregularidade consistiria em falta de fundamentação razoável.

A situação, a princípio, deve ser verificada no caso concreto, com as peculiaridades próprias à questão posta. Arriscamos asseverar ser a própria desnecessidade da medida tomada, ou seu caráter inócuo, fulcrada em argumentos frágeis, ou seja, carência de razoabilidade nos fundamentos fáticos e jurídicos, levam à conclusão de que se quer postergar, no tempo, o processo.

Não trazer argumentos novos diante de posicionamento jurisprudencial sólido pode caracterizar a hipótese, como já decidiu a colenda primeira turma, do Supremo Tribunal Federal.

Em não se entendendo o recurso como um incidente, deve-se investigar o que de fato caracteriza um recurso como manifestamente protelatório, hipótese do inciso VII, artigo 17, do Código de Processo Civil.

Entendemos que assim o é o recurso que devolva matéria não prequestionada, ou que revolva matéria fática, até porque os Egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça já possuem sólido entendimento nesse sentido. Não há que se aceitar esse nível de atecnia, a não ser que haja controvérsia efetiva sobre a o tema – existência de prequestionamento ou reapreciação de matéria fática.

Não se pode inovar no recurso, em respeito à preclusão, e aos limites do pedido. Ainda, apresentar razões dissociadas da decisão impugnada, sem enfrentamento dos fundamentos da decisão *a quo*, constitui-se também em procrastinação na interposição do recurso, cujo objeto é exatamente a reforma da decisão anterior.

Na verdade, as hipóteses enumeradas nos incisos anteriores do artigo ora em apreço estão muito presentes na caracterização da má-fé recursal, eis que comum a devolução de tema incontroverso, ou a tergiversação acerca do que é incontroverso, ou ainda a própria alteração da verdade dos fatos, o que reforça a idéia de não limitação do referido artigo.

Por outro lado, o legislador preferiu dar tratamento específico ao agravo de instrumento e aos embargos de declaração, quanto à multa, o que não exclui, necessariamente, as demais sanções previstas no artigo 18, do Código de Processo Civil.

Em caso do agravo de instrumento manifestamente inadmissível ou infundado - situações essas, a nosso ver, já suficientemente previstas no artigo 17, especialmente em seus incisos IV, VI e VII -, estará o recorrente sujeito a uma multa cuja condenação poderá estar entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, cujo depósito é condição de admissibilidade para a interposição de qualquer outro recurso, na forma do § 2º, do artigo 557, da Lei Adjetiva Civil.

Já o artigo 538, em seu parágrafo único, ao cuidar dos embargos de declaração, impõe sanção para a hipótese da respectiva oposição quando manifestamente protelatório – de que já cuida o inciso VII do artigo 17, do Código de Processo Civil - com multa de até um por cento sobre o valor da causa e, na reiteração, com elevação em até dez por cento, valendo aqui os comentários relativos ao depósito, realizados quando da alusão ao agravo de instrumento.

A diferença, tendo como parâmetro as sanções do artigo 18, do Código de Processo Civil, está na intensidade da multa, evidenciando uma política processual no sentido de se evitar a vulgarização desses recursos.

Definida a má-fé, os artigos 16 e 18 cuidam da responsabilização pela mesma, e podem ser, hoje, aplicados de ofício pelo juiz (art. 18, *caput*, do CPC).

A primeira norma determina que responderá por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente; a segunda, consigna que o juiz ou tribunal condenará, a requerimento ou de ofício, o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu. Ao aludir a prejuízos, alude às perdas e danos sofridas.

A indenização em questão diz respeito à responsabilidade civil subjetiva (art. 159, do CC), abrangendo a ação ou omissão, o dano, o nexo de causalidade e a culpa; a culpa em questão não diz respeito à grave, mas também à levíssima, eis que norma legal alguma exige que a culpa tenha de ser grave: “não existe gradação de culpa em matéria de responsabilidade civil, de quem o instituto processual em comento busca suas raízes”. (Alves, 2002, p. 210).

Para o autor, a gravidade da culpa pode implicar em menor nível de indenização, mas o dever de indenizar, diante do prejuízo, existe. Esta a idéia que se extrai da redação dada ao art. 944, do novo Código Civil Brasileiro, ao partir da premissa de que a indenização mede-se pela extensão do dano, logo, em havendo desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Mas a culpa – em sentido *lato*, ou existe, ou não existe, sendo ela um pressuposto para a indenização. Nos lembra Venosa (2004, p.28) que a culpa em sentido *lato* abrange a ação ou omissão intencionais, caracterizando-se no dolo; a culpa em sentido estrito, abrangendo a negligência, a imprudência e a imperícia.

O dolo, na Roma antiga, era o delito, sendo a culpa em sentido estrito, o quase delito.

No que concerne às perdas e danos, tem-se que, assim como a culpa, seu conceito é importado do Direito Civil. O dano emergente é o verificável de plano, levando à perda ou diminuição de patrimônio; o lucro cessante é o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar, em face ao dano.

Caso interessante é o de empresa de arrendamento mercantil que ajuizou ação de rescisão contratual combinada com perdas e danos, com pedido de antecipação de tutela, alegando que celebrou contrato de arrendamento mercantil

com o indicado como réu, o qual, segundo alegara, teria deixado de honrar com as respectivas parcelas.

Ao apreciar a inicial, o Magistrado de primeiro grau entendeu presentes os pressupostos necessários ao deferimento da liminar de reintegração de posse em antecipação de tutela, determinando a expedição do respectivo mandado.

Na contestação, no entanto, o réu juntara todos os comprovantes de pagamento, em época própria, o que gerou a liberação do veículo apreendido, sendo então intimado o depositário, para restituição.

Foi quando se verificou que a parte autora levou a leilão o veículo apreendido, antes que a sentença permitisse tal ato.

Ao se esmiuçar a hipótese, à luz do supra apresentado, verifica-se ter havido, ao menos, culpa da parte autora, ao não se certificar de que a parte ré estava em dia com o pagamento das prestações. Provocou o Poder Judiciário, induzindo a erro o juiz que, em antecipação de tutela, expediu mandado de reintegração de posse, alijando a parte ré de um bem cuja posse lhe era absolutamente legítima.

A gravidade de tal culpa caracteriza a má-fé, pois é obrigação da empresa saber quem são seus clientes adimplentes, sendo, no mínimo, desidiosa a sua conduta, quando se pode até cogitar de intenção, eis que não titubeou em leiloar o veículo, em que pese não ter qualquer autorização judicial para tanto.

Diante de tais fatos e indícios, aplicável, na espécie, a multa de 1% sobre o valor da causa, e a indenização pelos prejuízos, desde que efetivamente sofridos.

Tais prejuízos consistem no fato de o então réu ter sido forçado a alugar um carro – danos emergentes - para uso diário, eis que ficou privado daquele que a tanto lhe servia. Se, hipoteticamente, o veículo em questão fosse utilizado para transporte escolar, incluir-se-iam nas perdas e danos os lucros cessantes, pois até conseguir alugar veículo da mesma espécie e tamanho, ficou impossibilitado de prestar serviços e, logo, de ter seu sustento.

De se acrescentar, no caso concreto, aos danos emergentes, o fato de os já alunos não contemplados pelo serviço que cobraram multa, por descumprimento do contrato, bem como aqueles que com ele rescindiriam o contrato, diante da não prestação de serviços, em período escolar, isso, além das despesas com a locação.

Os honorários advocatícios e as despesas efetuadas estão também ligados a tal prejuízo; seu cálculo será, ainda, a partir das perdas e danos. Tais honorários podem alcançar o contrato de honorários entre o advogado e a parte prejudicada.

A condenação em multa não superior a 1% do valor da causa, por sua vez, decorre da falta de cumprimento de obrigação, consistente no dever de lealdade processual.

A indenização dependerá de prejuízo – perdas e danos, abrangendo aquilo que se deixou de ganhar - tendo como parâmetro a lei civil, no tratamento que dá ao tema.

A partir disso, e nos termos da aludida norma processual, em seu § 2º, terá ele direito às perdas e danos, que, se ultrapassar a 20% do valor da causa, deverá ser liquidada por arbitramento; em assim não sendo, será desde logo fixada pelo juízo, a partir dos danos próprios ao caso concreto. Merece destaque a possibilidade de imediata aferição do prejuízo, quando a indenização ficará em quantia não superior a 20% do valor da causa.

Por sua vez, o § 1º do artigo 18, do Código de Processo Civil, garante condenação a todos os que litigaram de má-fé, na proporção de seu interesse na causa, ou, solidariamente, caso em que poderá ser exigida a dívida de apenas um deles, podendo este, em seguida, executar os demais, proporcionalmente, sempre com tramitação nos mesmos autos.

O artigo 35 da mesma lei dispõe que as sanções impostas às partes em consequência de má-fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária, sendo as impostas aos serventuários recolhidas em favor do Estado.

Merece ser feito, outrossim, um paralelo entre o artigo 18, do Código de Processo Civil, com o artigo 601, do mesmo diploma. Tal norma alude ao artigo imediatamente anterior, a qual, em seu inciso segundo, considera como ato atentatório à dignidade da Justiça o ato do devedor que se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos.

Os embargos à execução, em que pese ser ação, e não recurso, são dotados de efeito suspensivo, efeito este que mesmo o recurso de apelação, em certos casos, não tem.

Se em tal ação restar caracterizado o intuito puramente procrastinatório, ou seja, uma oposição sem justificativa à execução, torna-se manifesta a necessidade da imposição de multa, especialmente se da sentença de embargos à execução ainda houver a interposição de recurso, suscetível de alcançar, em sede de processo de execução, mais uma vez, uma terceira ou quarta instância.

A aplicação da sanção deve ser imediata, especialmente se o objeto da irresignação está visivelmente superado – inclusive no próprio processo de conhecimento -, apontando-se, em nível de exemplo, erros de cálculo inexistentes, ou alegação de que o bem penhorado é bem de família, quando já há nos autos provas de fraude contra credores, dentre outras.

Trata-se de hipótese em que a multa não girará mais sobre o valor da causa, mas sobre o valor atualizado do débito em execução, de maneira que, quanto maior o valor em discussão, menor deverá ser a temeridade do executado.

A pergunta que exsurge é por que, diante da intensidade sancionatória de tais normas, ainda se verificam abusos, especialmente no direito de recorrer. Na verdade, como veremos a seguir, há tímida aplicação das normas e institutos em questão, gerando uma permissividade pouco pedagógica, o que acarreta, também, o excesso de recursos nos tribunais.

2 - Análise da situação atual. Princípio da Ampla Defesa. Abusos e necessidade de maior coibição pelo Poder Judiciário.

O Princípio da Ampla Defesa, previsto expressamente no inc. LV, artigo 5º, da CF/88, está fortemente ligado ao do Devido Processo Legal, tal como nos faz observar Alves (2002, p. 201), e visa a assegurar ao litigante todas as oportunidades para demonstrar seu direito e os respectivos fatos. Lembra o autor que a cláusula do *due process of law* teve primeira referência histórica na Magna Carta de João-Sem-Terra de 1215, quando se mencionou a *law of the land*.

A *law of the land* visava evitar o abuso da coroa inglesa contra os nobres, assumindo, portanto, o caráter de instrumento para uma certa limitação do poder real, diante de situações ilegítimas.

Abrangem tais princípios autor, réu e terceiros, e pressupõem a lealdade e a probidade processuais. Como é óbvio, não foram os instrumentos processuais que decorrem de tais princípios colocados à disposição para quem não quer, em suma, defender um direito legítimo, mas para aqueles a quem ao menos lhes pareça legítimo o direito, de modo que, muitas vezes, uma boa instrução processual pode simplesmente dissuadí-los, ou encorajá-los.

Vislumbrará, ou não, diante das perícias, provas e interpretações da lei, a possibilidade de concretização, ou não, de seu direito, caso não tenha essa certeza antes da propositura da ação.

Assim, exemplificando, aquele que ultrapassa o sinal vermelho e colide com veículo que cruzava a pista, autorizado pelo sinal verde, não pode exigir indenização, mas pagá-la, nem criar hipóteses que não se coadunam com os fatos, em sua defesa.

Situações com a simplicidade acima não deveriam gerar dúvidas e o Judiciário é levado a dirimir questões em que, absolutamente, e desde o início, se prescindiu da boa-fé.

Há, fundamentalmente, confusão, na aplicação do direito, em se verificar a má-fé pelo simples fato de ter a parte utilizado recurso ou meio processual previsto em lei.

No entanto é evidente que não se pode caracterizar a má-fé sem o manejo do recurso ou meio processual, pois acabam sendo meros instrumentos para tanto. Surgem freqüentes julgados não reconhecedores do *improbus litigator* pelo simples fato de o litigante se ter utilizado de recurso ou de meio processual abstratamente previsto em lei, raciocínio a ser temido, como conclui Alves (2002, p. 204) “pela simples razão da dificuldade *em conceber que haja litigância de má-fé sem o exercício do recurso ou meio processual*”.

O simples fato de haver previsão legal para o instrumento processual utilizado não deve proteger o mau litigante das sanções decorrentes do abuso daquele.

Diante desse quadro de permissividade, é sabido que as grandes bancas de advocacia cobram pelo tempo despendido na defesa de seus clientes, de maneira a que quanto mais tempo durar o processo, mais se cobra.

Diante disso, existe a necessidade de o Poder o Judiciário assumir postura mais firme diante de tais condutas.

O egrégio STF, por meio de algumas de suas turmas, tem entendido que o recurso manifestamente inadmissível ou infundado é abusivo, aplicando-se, nos referidos casos, multa e indenização cabíveis.

Nos relata Alves que (2002, p. 211), “não sem um certo desconforto percebe-se que muito mais os tribunais 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 se possa questionar a assertiva, cabe aos juízes e tribunais, sejam estes de que nível for, interpretar com o necessário rigor o artigo 17 do Código de Processo Civil, eis que, segundo entendemos, ali estão previstas de uma forma suficientemente ampla as hipóteses de má-fé, especialmente quando em sede de recurso.

O manejo do recurso em hipótese desleal desvaloriza, sobretudo, o juiz de primeiro grau, mas também o tribunal imediatamente superior e outras instâncias que, como já afirmado, podem ser a terceira ou a quarta a examinar a questão, além, evidentemente, da própria parte contrária, de boa-fé; afeta-se, segundo nos parece, todos os interlocutores que constituem o sistema de justiça.

2.1. Da importância da instrução processual, de primeiro grau.

Fundamentalmente, para efeitos de se caracterizar o recurso como instrumento para a má-fé, cabe aqui fazer alusão, a par das já feitas, à importância que pode ter a instrução, em primeira instância, a qual, com o papel que lhe é inerente, pode desnudar a má-fé.

Com efeito, já dissemos que não cabe recurso, em tribunal superior, sem o devido prequestionamento, ou para revolvimento de matéria fática, de maneira que o caso concreto caracterizará, se de meridiana clareza, ou não, o fato de ter sido a matéria prequestionada, ou se o tema revolve matéria fática, hipótese mais fácil de ser configurada.

Existem, no entanto, situações em que, se dúvida há, na propositura da ação, acerca da titularidade de um direito, de qual é a sua extensão, e se ele efetivamente existe, a prova produzida pode, especialmente se objetiva, com base em perícias, registros públicos, mas até com fulcro na prova testemunhal, se associada a outras, esclarecer de tal forma a questão que, se eventual recurso for interposto, de plano se verificará seu intuito procrastinatório.

Se, para efeitos de se propor uma demanda, um advogado precavido colherá, por escrito, as declarações de seu cliente, para que este não venha a lhe imputar a má-fé verificada em juízo, após a instrução, aquele terá, regra geral, condições de verificar o que pode ser objeto de seu recurso.

Hoje, a jurisprudência tem-se movimentado no sentido de buscar uma verdade real por meio do processo, e não mais a meramente formal. Mas é evidente que a verdade a prevalecer pode ser a formal, especialmente ante a deficiência da prova, de seu mau uso, ou da inércia das partes.

Vale aqui uma alusão ao Princípio da Efetividade - tal como o Princípio do Contraditório, do Juiz Natural, da Motivação, é mais um ramo do Princípio do Devido Processo Legal – e pode também ser chamado de Princípio da Maior Coincidência Possível. O processo deve dar ao que tem razão, exatamente o que ele tem direito de receber. Se lhe der tudo o que lhe é devido, ele alcançará plena efetividade.

Por outro lado, e como o Direito não prescinde da lógica, existem provas que em si são evidentes, por serem extremamente objetivas.

Assim, se o suposto pai tinha reais dúvidas quanto à paternidade, ao momento do ajuizamento da ação, até pelo fato de não conhecer suficientemente a mãe, com quem mantivera, descompromissadamente, relações sexuais, após a instrução processual, onde realizado o exame do DNA, o objeto do recurso, de qualquer das partes, deverá ser extremamente específico, trazendo aos autos elementos que realmente afastem a idoneidade daqueles responsáveis pelo exame, não se verificando outra hipótese para o incidente.

Tentar afastar o valor científico de tal prova, em face a outras provas realizadas, por meio do recurso, é desvirtuar o instituto, é buscar, por meio dele, alterar a verdade dos fatos.

Daí se percebe que o recurso, ao contrário da ação, pode assumir maior relevância diante da má-fé, eis que o inconformismo, ou o revanchismo em face à outra parte pode transformar uma boa-fé, *a priori* existente, em má-fé.

Num segundo momento, a verdade formal, diante da escassez da prova, também não pode servir de mote para o recurso. Não se pode ignorar o instituto da preclusão, como já referido. Se a parte não se desincumbiu do respectivo ônus, nos termos dos incisos I e II, do artigo 333, do Código de Processo Civil, não poderá, fora da hipótese prevista no art. 462, do mesmo diploma, buscar novas oportunidades, pela via recursal.

Superadas as duas hipóteses supra, nos parece que a função do recurso, no que concerne às provas, tem de ser no sentido de buscar caracterizar a má apreciação das mesmas, e a solidez de tal argumentação, ou não, pode caracterizar a má-fé.

Isso se verifica caso a caso, pois um conjunto probatório sólido não pode ensejar um recurso tergiversador.

3 – Da Responsabilização do advogado.

Se à parte não socorre o *jus postulandi*, o advogado deve atuar como filtro de eventuais exigências procrastinatórias de seu cliente.

O Prof^o. Francisco Glauber Pessoa Alves (2002, p. 216) observa a questão à luz do ordenamento jurídico vigente, salientando que o advogado é um mandatário – no que alude à doutrina de Orlando Gomes -, respondendo, portanto, pelo excesso, conforme artigos 1.300 e ss. do Código Civil, tanto a título doloso como culposo (parágrafo único do art. 32 da Lei 8.906/94, e ainda § 4º do art. 14 da Lei 8.078/90).

Observa que, no entanto, frente a terceiros – numa alusão à outra parte, em sede de processo judicial, quem responde é o mandante:

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

8.906/94 c/c o art. 159 do CC), sem prejuízo da apuração ética pelo órgão de classe competente (art. 34, VI, da Lei 8.906/94, bem como o respectivo Código de ética, arts. 2º, 6º e 20). Entrementes, para fins processuais e perante a parte ou Judiciário prejudicados é sua a responsabilidade processual pela má-fé. (Cf. Citado em NERY JR. e outros, 2002, p. 216).

Com isso, desde já evidente que, se afastada a timidez com que aplicadas as regras relativas à má-fé, a parte que sofreu a sanção em questão, em função da conduta processual do advogado, poderá, como lhe assegura a lei civil, buscar a reparação respectiva.

Vale observar que o advogado responde ante as regras do Código de Defesa do Consumidor, como os demais profissionais liberais – parágrafo 4º, artigo 14, da Lei 8.078/90.

Porém, para parte da doutrina, tal regra não se aplica aos advogados que não agem como simples mandatários, como nos casos da Fazenda Pública ou dos indicados para fins de assistência judiciária, consoante observa, mais adiante, o aludido autor, ressaltando que em tais hipóteses os profissionais exercem 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 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 (ibidem, p. 218).

Na hipótese de advogado constituído, as regras relativas ao mandato, como contrato que é, têm ínsitas a disponibilidade de interesses do mandante delegada ao mandatário, afastando as regras da responsabilidade solidária.

Os representantes judiciais da Fazenda e os indicados para defesa de hipossuficientes não deteriam o poder de disponibilizar os interesses que defendem, salvo se autorizados legalmente, no primeiro caso, ou mediante participação direta do próprio interessado, demonstrando-se sua perfeita compreensão de que parcela

de direito abrirá mão, inclusive total, no segundo, conforme entende o aludido professor.

Em não se podendo disponibilizar, a solidariedade, nesses casos, não seria presumida, mas, numa combinação normativa do parágrafo único do art. 32 da Lei 8.906/94 c/c art. 14 do CPC, entende o referido autor que estaria legalmente prevista.

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 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 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 § 2º 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' (PEREIRA *apud* ALVES, 2002, p. 218).

Trata este último autor da evolução legislativa ocorrida, com regime jurídico diferente do contido no dispositivo citado da Lei 8.906/94, o qual demandava ação própria. O termo "litigante" do art. 17 da Lei Adjetiva abrangeria não só a parte como também outros intervenientes processuais, na forma do artigo 16, do Código de Processo Civil, de maneira que não seria mais necessária tal ação.

Como a tese é polêmica, deve-se fazer ressalva àqueles representantes da Fazenda Pública que são, pelos respectivos entes, obrigados a recorrer.

Nestes casos, apenas o ente, como parte, deve sofrer as respectivas sanções, não havendo sequer de falar-se em solidariedade, a qual não se presume, mas decorre da lei ou da vontade das partes.

A lei tem como premissa a independência técnica do profissional, seja na advocacia pública, ou não. Em assim sendo, caso o ente que represente lhe imponha deveres não compatíveis com a razoabilidade, não se verifica qualquer respaldo para sua responsabilização, *a posteriori*, pelo próprio ente, que lhe determinou a interposição do recurso, e, menos ainda, em sede judicial.

O Professor Arruda Alvim, reconhecendo que o Código de Processo Civil não permite a responsabilização do advogado no processo, mas apenas da parte, mesmo que a falta tenha sido do advogado – culpa *in eligendo*, e que há direito de regresso contra o mesmo, assim expõe:

O Código de Defesa do Consumidor refere-se a que os advogados respondem, tal como os demais profissionais liberais, por culpa [culpa sem adjetivação alguma – Código de Defesa do Consumidor, art. 14, § 4º (Esse texto refere-se aos profissionais liberais, abrangendo, pois, a figura do advogado)]. Sustentávamos que, diante da promulgação daquele Código, teria sido revogado o art. 103, XV, da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, então vigente, que se referia à culpa grave, como causa para responsabilização do profissional. Do mesmo modo que o Código do Consumidor, isto é, sem fazer qualquer menção à culpa grave, dispõe o art. 32, *caput* da Lei 8.906/94, novo Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, ao se referir à responsabilização do advogado pelos atos que, no exercício profissional, pratique com dolo ou culpa. Este, portanto, o sistema atual no que pertine ao tema (ALVIM, 1996, p. 407).

Naqueles casos em que não é possível qualquer discussão, não pode o técnico provocar o Judiciário, sob pena de, conforme hipótese contemplada pela Lei 8.906, de 04/07/94 (art. 34, inc. VI), incorrer em infração disciplinar.

Os ofícios ao órgão de classe – Ordem dos Advogados do Brasil -, nos termos do artigo 34, da Lei 8.906/94, deverão, em face à reincidência do profissional, implicar na aplicação das sanções cabíveis.

3.1. Do advogado e sua disciplina perante o respectivo órgão de classe.

Como já vimos, o advogado pode ser penalizado em relação a terceiros, quando coligado com seu cliente para lesar a parte contrária; se causar prejuízo ao seu próprio constituinte, este poderá valer-se do Código de Defesa do Consumidor, bastando evidenciar-se eventual culpa do profissional.

A Lei 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, especifica, em seu artigo 34, as infrações disciplinares a que o

mesmo está sujeito, valendo observar que os incisos VI e XIV aludem a hipóteses claras de litigância de má-fé, previstas na lei adjetiva, como, respectivamente, a advocacia contra literal disposição de lei, onde a boa-fé só será presumida excepcionalmente, e a deturpação de fontes legais, doutrinárias, jurisprudenciais e processuais, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa, numa alteração da verdade dos fatos.

O Código de Ética e Disciplina do Advogado traz, nos incisos I e II do artigo 2º, determinações como o zelo pela profissão e a atuação com boa-fé; tais disposições, combinadas com o inciso XXV, do artigo 34, da Lei 8.906/94, o qual define como infração o cometimento de conduta incompatível da advocacia, constituem-se em normatização suficiente para coibir a má-fé.

O que não se pode perder de vista é o advogado que litiga, juntamente com seu constituinte, com boa-fé, de maneira a que o profissional que reiteradamente venha a atuar com má-fé, pelo prejuízo que causa aos primeiros, possa ser suspenso e, se o caso, excluído.

Tanto a Ordem dos Advogados do Brasil, como o Advogado, mereceram previsão constitucional, sendo este indispensável à administração da justiça. É fundamental, portanto, que o órgão de classe, tendo-se em vista a própria imagem da instituição, esteja especialmente atento aos profissionais que optaram por insistir numa atuação fundada na má-fé, agindo com o necessário rigor.

O Poder Judiciário, ao expedir ofícios para o órgão de classe, quando vislumbra atuação fundada na má-fé, atua de forma fundamental, pois noticia à Ordem dos Advogados do Brasil acerca de tais ocorrências, o que não exclui a participação da parte ou do advogado que, de boa-fé, venham a se sentir prejudicados pela atuação de outrem.

Resta portanto evidente a importância de todos os que integram o sistema nacional de justiça na busca de uma mudança de atitudes e portanto, cultural, para um amadurecimento dessas mesmas instituições.

4 - Da Reforma do Judiciário.

A chamada Reforma do Poder Judiciário, é, na verdade, uma reforma do sistema nacional de Justiça, já que abrange o Ministério Público e as Defensorias Públicas.

A Emenda Constitucional 45 introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário, inserindo o inciso LXXVIII, no seguinte sentido: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridades de sua tramitação”.

Dentro dessa linha, traz a reforma a instituição da “súmula vinculante”, bem como, em nível de critério para a admissibilidade do recurso extraordinário, a “repercussão geral” das questões constitucionais discutidas no caso.

4.1. Da Repercussão Geral.

A redação do § 3º, do artigo 102, da CF/88, com a promulgação da Emenda Constitucional que introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário, é a que segue:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

A repercussão geral, critério que passará a ser para a admissibilidade do recurso extraordinário, ainda aguarda regulamentação legal; tem origens na “arguição de relevância”, inserida na Constituição federal de 1.967 pela Emenda nº 01, com alteração do seu art. 119, parágrafo único, o qual passou a ser parágrafo primeiro, com o seguinte teor:

As causas a que se refere o item III, alíneas “a” e “d” deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie e valor pecuniário e relevância da questão federal.

A primeira aludida alínea refere-se à contrariedade de dispositivos da constituição ou negativa de vigência de tratado ou lei federal; a segunda, à interpretação da lei federal de forma divergente à que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

Segundo Arruda Alvim:

(...) o que não está positivamente previsto como ensejando RE, 'ipso fato', resta excluído. Se perquirirmos o critério último, subjacente a se terem colocado, lado a lado, restrições ao cabimento do RE e arguição de relevância, neutralizadora esta daquelas, verificar-se-á o acerto do sistema, à luz da própria Justiça, num dos elementos que esta tem de essencial, ou seja, o critério de igualdade (ALVIM, 1988, p. 25).

A arguição de relevância possibilitava o conhecimento do recurso extraordinário em hipóteses outras que não as previstas regimentalmente, desde que caracterizada a relevância.

A repercussão geral, por sua vez, não convive com hipóteses previstas regimentalmente, onde se buscaria um equilíbrio em face daquilo que não está previsto como hipótese de recurso, para que o seja, se relevante. A restrição nos parece maior ainda que a do aludido instituto, vigente em face da Carta de 69.

Em que pese ser instituto novo, relativo a Emenda Constitucional recente, segundo nos parece, a idéia é que a causa seja jurídica e socialmente relevante, para que se logre a admissibilidade do recurso, sem exceções, devendo o recorrente assim o demonstrar, em suas razões.

A hipótese de recurso extraordinário não mais poderá ser vulgarizada; se a parte não se desincumbir em demonstrar a repercussão geral, ou tergiversar sobre o assunto, estará incorrendo em má-fé processual, estando sujeita às respectivas penalidades.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal passaria a ter cada vez mais contornos de corte constitucional afastando-se mais do controle difuso, eis que mais rigorosa a admissibilidade dos recursos dali oriundos.

Haverá uma maior valorização das demais instâncias, devendo o recorrente ficar atento àquilo que for se sedimentando, seja como hipótese em que há repercussão geral, bem como naquelas em que não há, eis que critério para admissibilidade de seu recurso.

Mas, fundamental é frisar que cabe ao advogado, com argumentos plausíveis e lastreado na boa-fé, buscar a caracterização do que lhe pareça relevante, no caso

concreto, e o sistema deve sempre permitir essa salutar discussão, para que se evite a própria cristalização, na interpretação do Direito.

A Fazenda Pública não poderá, por outro lado, recorrer extraordinariamente, sem que se desincumba de demonstrar a relevância. Nessa hipótese de recurso, ter-se-á grande avanço, portanto.

Mais restritas as hipóteses de recurso, maior a possibilidade se de incorrer em má-fé, caso ignorados tais critérios.

4.2. Da Súmula Vinculante.

O texto promulgado no dia 08 de dezembro de 2004, introduziu, sobre o tema, o artigo 103-A e seus parágrafos, com o seguinte teor:

Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.”

Aqui, nos parece introduzida a reforma mais radical, em face aos recursos. É que, apesar de dirigida aos Órgãos do Judiciário em geral e à Administração Pública Direta e Indireta, em todas as esferas, não poderão mais os advogados e demais

representantes de instituições reiterarem, pela via do recurso, teses superadas por tais súmulas.

Merece crítica a limitação da legitimação para, ao menos, se revisarem tais súmulas. Qualquer advogado, com argumentos novos, ainda não enfrentados na construção da súmula, ou enfrentados sob outro prisma, deveria poder fazê-lo, incorrendo, se realmente o caso, nas penas da má-fé, o que se revelaria suficiente.

A Fazenda Pública, apontada como responsável pela maioria dos recursos em tribunais superiores, em face ao efeito vinculante da súmula, estará sujeita às sanções relativas à má-fé, dentre outras, ao insistir em teses por aquela superadas.

Assim, tal sistema acarretará uma mais rápida execução de sentença e evidencia que, em nosso sistema, o Duplo Grau de Jurisdição é, no máximo, relativo, como veremos mais adiante.

5 - Duplo grau de Jurisdição.

Quanto ao próprio Duplo Grau de Jurisdição, alçados por uns como princípio constitucional, veja-se os comentários abaixo traçados:

Entendemos que o princípio do duplo grau de jurisdição encontra guarida no texto constitucional. Anote-se, porém, que, mesmo entre os autores que perfilham esse entendimento, existe divergência quanto à extensão desse princípio.

Para parte da doutrina, a previsão de recursos dirigidos aos Tribunais Superiores (recursos ordinário, especial e extraordinário) na Constituição Federal asseguraria a inafastabilidade do duplo grau de jurisdição para toda e qualquer situação. Para os autores que partilham desse entendimento, se a Carta Magna assegura o direito de recorrer contra decisões proferidas pelos Tribunais Estaduais, do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Estaduais, e mesmo dos Tribunais Superiores, não poderia o legislador tolher o direito da parte de recorrer das decisões proferidas em primeira instância.

Por outro lado, alguns autores perfilham o entendimento de que somente a Constituição Federal brasileira consagraria o duplo grau de jurisdição, no tocante ao recurso ordinário previsto em seus arts. 102, inciso II, e 105, inciso II. Isso porque a previsão de recursos contra decisões proferidas pelos Tribunais Estaduais, do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais

Estaduais não implicaria tornar recorrível toda e qualquer decisão. Ademais, para essa corrente, os recursos previstos em nível constitucional, com a exceção do referido recurso ordinário, não espelhariam essencialmente o princípio do duplo grau de jurisdição em razão dos pressupostos específicos que lhes são pertinentes.

Assim, para essa corrente, que nos parece a mais correta, exceto nas hipóteses de cabimento do recurso ordinário constitucional, pode o legislador restringir, em algumas situações, o cabimento de recursos no âmbito da instância ordinária, sem que isso configure violação ao Texto Constitucional. Essa restrição, todavia, deve observar a razoabilidade e a proporcionalidade, de forma a não eliminar a possibilidade de controle dos atos estatais. (ALVIM, E.A e MARTINS, C.Z., cf. citados em NERY JR. e outros, 2002, p. 136/137).

Não pode haver dúvidas, portanto, de que a Constituição não cria impedimentos, dentro do razoável, para uma redução das possibilidades recursais, bem como quanto a seus pressupostos.

Mas, essencialmente, dentro da perspectiva do presente trabalho, esclarece-se que o rigor na sanção a recursos manejados com má-fé deve ocorrer para todo e qualquer recurso, na mesma intensidade, e não apenas para aqueles que ultrapassaram o chamado duplo grau, interpostos para os Tribunais Superiores.

Poder-se-ia dizer, no máximo, que a aplicação do art. 273, II, do Código de Processo Civil, pelo relator de recurso interposto para Tribunal Superior, ao verificar o abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu, num momento em que a verossimilhança já é, após duas instâncias, verificável, coaduna-se e reforça a idéia de combate à má-fé processual, aspecto este também timidamente explorado, em que pese a existência de norma aplicável.

6 - Outras propostas para a punição à má-fé processual. Aplicação do Princípio da Isonomia.

Segundo Morais (2000, p. 154), no que concerne aos recursos que ultrapassaram o chamado Duplo grau de Jurisdição, existe sugestão feita pelo presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Desembargador Hermenegildo Gonçalves, cuja proposta consiste:

A proposta é de que a parte sucumbente possa interpor somente um recurso sem ônus. Assim, se a parte obtém uma sentença desfavorável, poderá apelar sem grandes custos, pagando a taxa judiciária. Se pretender interpor outros recursos, entretanto, deverá ser responsabilizado monetariamente por esse ato. O desembargador sugere que quem vai recorrer deve depositar 10% do valor da causa. Se for negado provimento ao recurso, os 10% podem ser levantados pela parte contrária. Com esse procedimento, acabaria recorrendo somente aquela parte convicta de seu direito. Seriam evitados os recursos meramente protelatórios. (MORAIS, 2000, p. 154).

Vejamos as palavras do próprio Desembargador:

Eu vi esta idéia nos Estados Unidos aplicada da seguinte maneira. Alguém foi multado no trânsito. A multa é tanto e o Sr. tem que pagar. Mas o Sr. não está de acordo e quer recorrer. Quer recorrer? Então vai ter que depositar dez vezes o valor da multa. E se perder o recurso, perde o valor do depósito. O Sr. ainda quer recorrer? Não, quer pagar a multa e ir embora. (MORAIS, 2000, p. 154).

Conclui, após tal citação, a aludida Professora, no sentido de que “O modelo da legislação de outros países também poderia ser aproveitado, com sucesso, no Direito Brasileiro. Por exemplo: no Direito Francês, há a restrição ao direito de recorrer, tendo-se como base o valor da causa (em geral causas com valor inferior a sete mil francos)”. (2000, p. 155)

Na verdade, se a idéia poderia, efetivamente, repercutir em face daqueles que agem de má-fé, não estaria respeitado o Princípio da Isonomia, já que a parte mais carente de recursos, que não dispusesse dos referidos 10%, teria comprometida sua possibilidade de recorrer de forma legítima. A isonomia restaria comprometida.

Conclusão.

Conforme procuramos demonstrar, nosso arcabouço processual civil já prevê normas suficientes para punir a má-fé, especialmente no manejo de recursos. O que se verifica é o encorajamento da deslealdade processual pela timidez com a qual juízes e tribunais aplicam tais normas, quando na verdade sequer a legislação aplicável à espécie exige gravidade ou gradação de culpa para a aplicabilidade das sanções.

Essa a maior contribuição trazida, na medida em que delimita o que é a má-fé, e como puni-la, sem que isso importe em qualquer violação à garantia constitucional da ampla defesa. Ao contrário, a devida aplicação das sanções em hipóteses como tais está garantindo o princípio em questão, em face ao litigante de boa-fé, aspecto este de extrema importância.

Apenas com a aplicação das penas relativas à litigância de má-fé, a serem pagas pelas partes, que por sua vez exigirão a prestação de contas de seus advogados, quando houver excesso de mandato, teremos a fixação de uma cultura de maior respeito ao Poder Judiciário, inclusive, quando da interposição de recursos.

Isso gerará uma maior certeza de que a má-fé não será tolerada em qualquer momento processual - até porque rejeitada pelo nosso sistema processual - dissuadindo os que a praticam, seja na qualidade de partes, seja na qualidade de procuradores, gerando uma maior credibilidade na instituição.

Fortalecido estará o próprio Estado Democrático de Direito, pois este visa, numa última análise, à real e justa aplicação do direito positivo, muitas vezes a cargo do Poder Judiciário, sempre a partir do salutar debate de idéias postas com razoabilidade, clareza e lealdade na desincumbência do ônus ínsito à demanda judicial.

Os recursos tenderão a uma maior qualidade, seja no conteúdo, seja na decisão do advogado - e da parte que representa -, em interpô-los, de modo a se verificarem presentes quando efetivamente necessários.

Referências Bibliográficas

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Ampla defesa x desvirtuamentos (litigância de má-fé e seu ônus financeiro). In, Nery Jr., Nelson.; Alvim, Tereza Arruda et alli. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outro meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 06, 2002.

ALVIM, Arruda. *Tratado do Processo Civil*, RT, 2ª ed. São Paulo: RT, 1996.

_____. *A arguição de relevância no RE*, São Paulo: RT, 1988.

_____. *Resistência injustificada ao andamento do processo*, Revista de processo, RT, v. 17, jan-mar/80, p 13 a 24.

CARREIRA ALVIM, J.E. *Litigância de má-fé e Lealdade processual*. In, Jurisprudência Brasileira – Cível e Comércio, n. 199, p. 09-19, 2003.

CINTRA, A C. R.; Grinover, A P.; Dinamarco C. R. *Teoria geral do processo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Maria Lucia Batista. *Morosidade da justiça – excesso de recursos*. In, Estudos Jurídicos – Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Vol. 33, n. 89, p. 129-164, 2000.

NERY JR., Nelson.; Alvim, Tereza Arruda et alli. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outro meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 06, 2002.

NERY JR., Nelson.; Alvim, Tereza Arruda. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

Bibliografia

CALDAS, Reinaldo de Oliveira. *Morosidade do processo civil e rigorismo formal excessivo*. Artigo site Universidade Metodista de Piracicaba. Juiz de Direito em São Paulo, mestrando pela UNIP-Campinas, Disponível em <http://www.unimep.br>. Acesso em junho/2003.

COUTURE, Eduardo Juan. *Os mandamentos do advogado*. Tradução de Ovídio A. Batista da Silva e Carlos Otávio Athayde. 3ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1987

Debate “A defesa dos direitos metaindividuais”, 2000, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: Ministério Público do Trabalho PRT – 3ª Região, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

JANSEN, Euler. *O devido processo legal*. In, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4749>. Site visitado em 15.08.2004.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A reforma do processo civil interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1996.

Mendes, Gilmar Ferreira. Entrevista concedida ao sit sub judice, Brasília, abril 2001, Disponível em <http://subjudiceonline.com.br>. Acesso em : junho/2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. In, Didier Junior, Fredie, (org.) *Processo civil: Leituras complementares*. Salvador: JusPODIUM, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Pontes de Miranda. “Comentários ao código de processo Civil. Dos recursos”. São Paulo: Forense, tomo VII ,1975

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

NERY JR., Nelson. *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do código de processo civil brasileiro de 1994 e de 1995*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A instrumentalidade do processo e o devido processo legal*. Revista Jurídica Consulex, Brasília, nº 128, p. 34 – 39, 15 de Maio de 2002.

PAULA, Alexandre de. *Código de processo civil anotado: do processo de conhecimento: arts. 270 a 565*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, vol. 02, 1998.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *A modernização do CPC e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Novíssimos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de processo civil anotado*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues *et alli*. *Curso avançado de processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 01, 2000.