

**ANA CLÁUDIA RODRIGUES MULLER**

**O ABUSO DO DIREITO PROCESSUAL E EFETIVIDADE DA  
PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TOLEDO  
ARAÇATUBA  
2006**

**ANA CLÁUDIA RODRIGUES MULLER**

**O ABUSO DO DIREITO PROCESSUAL E EFETIVIDADE DA  
PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Dissertação apresentada como requisito final para conclusão do curso de Mestrado, do Centro Universitário Toledo – Unitoledo, sob orientação do Professor Doutor Gilson Delgado Miranda.

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TOLEDO  
ARAÇATUBA  
2006**

*Banca Examinadora*

---

Dr. Gilson Delgado Miranda  
Orientador

---

Dra. Iara Rodrigues de Toledo  
Examinadora

---

Dr. Roberto Maia Filho  
Examinador

## *Dedicatória*

Aos meus pais, João e Maria Francisca, pelo apoio incondicional em todos os momentos da minha vida.

Ao meu irmão, Renato, que com sua conduta me fez sentir melhor do que realmente sou, o que me tornou capaz de concluir o curso de Mestrado.

Ao querido Walter, por tornar a minha existência cada dia mais feliz e colorida.

Aos meus filhos Letícia, Mariana e Luis Felipe, pequeninos presentes de Deus, que através de seus olhos cheios de amor, me fizeram enxergar a face mais doce da responsabilidade.

Aos meus amados sobrinhos, Sabrina, Leonardo, Maria Fernanda e Miguel.

## *Agradecimentos*

Ao Doutor Gilson Delgado Miranda, pelo apoio em um momento fundamental da minha carreira profissional.

Ao Dr. Nelson Luiz Pinto, dedicado professor, pelos importantes ensinamentos que contribuíram para o aprimoramento da minha consciência jurídica.

À Doutora Maria Francisca Carneiro, pelo incentivo e espírito de colaboração, pessoa que além de professora se tornou imprescindível amiga.

Ao Doutor Ricardo Hasson Sayeg, que com sua perseverança conseguiu o tão almejado reconhecimento do nosso curso.

Ao colega Jonair Nogueira Martins, pela confiança de que este trabalho algum dia seria realidade.

## *Homenagens*

À Diretora de Ensino, **Neusinha**, e Pró-reitora de Pesquisa, **Lia Mara**, do Centro Universitário Toledo, pela inquestionável competência e por todas as oportunidades que me ofereceram nesta Instituição de Ensino.

Pessoas maravilhosas que são verdadeiros modelos a serem seguidos.

Muito obrigada por tudo!

## *Homenagens Póstumas*

Deixo aqui o meu muito obrigada ao **Dr. MAURÍCIO TOLEDO** e **AFONSO TOLEDO**, que contribuíram para que se conseguisse alcançar, mesmo trilhando um caminho árduo, o tempo de análise do curso de Mestrado, para sua comprovação perante a CAPES, e que foram chamados para estarem com o Pai.

No futuro, certamente vocês serão lembrados como obstinados lutadores, pela maneira muito própria e especial de administrar; sempre criativos e renovadores.

Mas certamente, não apenas eu, como todos os colegas que tiveram o privilégio de um contato direto seriam unânimes em afirmar que o modelo de determinação que vocês nos demonstraram foi digno de homens imprescindíveis para a sociedade contemporânea.

Vocês merecem o meu sincero agradecimento e admiração, pela implantação e consolidação da pós na UniToledo.

## RESUMO

O Estado contemporâneo tem caminhado em direção do título “Estado Democrático de Direito” exigindo como regra fundamental de funcionamento a garantia da igualdade material, bem como do respeito à dignidade da pessoa humana. Submetidos a essa marcha o ordenamento jurídico de todo o mundo vêm ampliando a sua dimensão ética para exigir que a conduta humana, além de legal, seja também legítima, vale dizer, adequada à realização de um Estado de Justiça, ou seja, a constitucionalização do processo. Assim é que se depara com a preocupação de todos os operadores do direito em consagrar a ética como instrumento condicionante da aplicação da lei. Não por outra razão, as legislações modernas, ao lado das normas técnico-formalistas, vêm prevendo institutos agregadores de princípios valorativos essenciais à afirmação da Justiça nas relações humanas. Nesse cenário se consolidou a Teoria do Abuso de Direito, e legislações que demonstram quando o contorno de um direito é demasiado, ou que a força, ou intensidade, com que se exerce é nociva, ou perigosa à extensão em que se lança, e concebe as regras jurídicas que o limitem. Com isso, o Poder Judiciário não pode ficar inerte, chancelando comportamentos, incidentes e recursos absolutamente infundados e destituídos do mínimo de razoabilidade, sob pena de se transformar em instrumento a serviço da injustiça. O devido processo legal tem por fundamento a Justiça e esta só ocorre quando a efetividade da prestação jurisdicional não é prejudicada por incidentes infundados e abusivos, pois as garantias constitucionais do processo pressupõem os seus uso regular, não salvaguardando o litigante das punições decorrentes do uso abusivo.



## ABSTRACT

The contemporary State, has walked in the direction of the title “The Democratic Law State”, demanding as basic of functioning the guarantee of material equality, as well as the respect to the dignity of human person. Submitted to this march, the juridical orders of the whole world, enlarging its ethics dimension to demand that the behavior of the human being, besides legal, is also lawful, worth saying, adequate to the accomplishment of the Justice State, that is, the constitutionalization of the process. Thus we come across with the worry of all law operations in consecrating the ethics as a conditionant instrument to the application of the law. It's not for another reason, the modern legislations, to the side of the technic-formalist, are bringing, institutes aggregating worth principles essential to the Justice affirmation in the human relations. In this scenery, it was consolidated the theory of the Right Abuse, and legislations that demonstrate when the contour of the right is in excess, or by force, or intensity, with that it's practiced is harmful, or dangerous to the extension it's thrown and conceives the juridical rules that they limit. With this the Judicial Power can't be inert, sealing behaviors, incidents and resources. Absolutely baseless and deposed of a minimum of reasonable, duly warned to be transformed into an instrument to the injustice service. The Due Process of Law has for bedding the Justice and this only happens when the effectiveness of the jurisdictional installment is not harmed by baseless and abusive incidents, therefore the constitutional guarantees of the process presuppose its regular use, not protecting, the litigant from punishments decurrent of the abusive use.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	011
<b>1. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E CONSTITUIÇÃO</b>	
1.1 Dignidade da Pessoa Humana .....	013
1.2 Os Direitos e Garantias Individuais na Constituição .....	018
1.2.1 Comentários ao caput do artigo 5º .....	018
1.2.2 O Direito de Ação .....	022
1.2.3 Princípio do Devido Processo Legal .....	026
1.2.4 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa .....	034
1.2.5 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição .....	037
<b>2. ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA</b>	
2.1 Direito Substancial e Direito Processual .....	042
2.2 Formas de Acesso à Justiça .....	047
2.3 Acesso à Justiça e Assistência Judiciária .....	049
2.3.1 Benefício da Justiça Gratuita - Noções Gerais .....	052
2.3.2 Lei 10.060/50 – Concessão de Assistência Judiciária aos necessitados .....	054
a) Conceito de Pessoa Pobre nos termos da Lei .....	057
2.4 Princípio da Lealdade Processual .....	059
<b>3. ATOS ABUSIVOS NO PROCESSO CIVIL</b>	
3.1 Definições de Abuso de Direito .....	065
3.2 Teoria do Abuso de Direito .....	070
3.3 Disposições Normativas sobre Abuso de     Direito art. 14 e 600 do CPC .....	075
3.4 Tipos mais comuns de Abuso de Direito .....	089
3.4.1 Emulação Processual .....	090
3.4.2 Dolo Processual .....	093
3.4.3 Temeridade Processual .....	097

3.4.4 Fraude Processual .....	099
3.4.5 Protelação Processual .....	101
3.5 Abuso na Propositura da Ação e Interesse de Agir .....	104
3.5.1 Abuso do Direito de Defesa.....	107
3.6 Dificuldade na Caracterização do Abuso frente aos Limites Éticos e Morais .....	112
<b>4. MECANISMOS DE SUPRESSÃO DE ABUSO DE DIREITO NO PROCESSO EXISTENTES NO SISTEMA JURÍDICO PROCESSUAL</b>	
4.1 Os Problemas do Poder Judiciário e o Magistrado.....	121
4.1 Pena de Litigância de Má-fé.....	125
4.2 Tutela Antecipada e Medidas Cautelares .....	130
4.3 Juizados Especiais .....	137
4.4 Da Responsabilidade Civil dos Sujeitos Processuais pelos Danos Provocados em razão do Abuso de Direito de Ação e Defesa .....	139
4.6 O novo regime do Agravo – Lei 11.187/2005.....	148
4.7 As Etapas de Reforma do Código de Processo Civil e o Exercício Regular do Direito.....	151
<b>REFLEXÕES CONCLUSIVAS.....</b>	<b>156</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>161</b>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo é próprio para, dentre outras coisas, contribuir com o debate acerca da proteção e controle judicial dos excessos ocorridos na utilização dos procedimentos disponíveis para se litigar na justiça. Apresenta-se uma visão sistematizada do tema abordando o processo constitucional diretamente ligado ao abuso do direito processual.

A escrita compreende quatro capítulos, nos quais procura abordar aspectos relevantes ao tema, de modo que, à medida que o trabalho se desenvolve, as premissas anteriores sirvam de base às posteriores, procurando formar um todo harmônico.

No primeiro capítulo, intitulado Prestação Jurisdicional e Constituição, procura-se embasar o estudo, partindo da idéia de um processo constitucionalizado. Neste capítulo ainda se analisa a questão principiológica que rege o processo, bem como os critérios interpretativos a serem empregados no enfrentamento das controvérsias identificadas em relação ao uso racional dos mecanismos processuais. Embora os princípios constitucionais sejam uma garantia, não é um instrumento de fácil aplicabilidade, pois depende de interpretação, o que facilita a manipulação da intenção constitucional, em favor de intenções não muito dignas.

Passa-se, no segundo capítulo à Análise Constitucional do Acesso à Justiça, trabalhando a fundamentalidade do tema, uma vez que, diante do monopólio estatal que visa assegurar a paz social por meio do processo, não é lícito ao indivíduo o exercício das próprias razões. Na seqüência, apresenta-se a interpretação do conceito de acesso à justiça, lembrando que este não é absoluto na doutrina. Por essa razão, traça-se o dever subjetivo de conduta das partes e seus procuradores, quando estiverem em meio a um litígio.

No terceiro capítulo, tratou-se das definições do Abuso do Direito Processual, objeto central de todo o estudo, levando em conta a identificação dos elementos objetivos e subjetivos, previstos na legislação pátria, de maneira expressa ou implícita.

O quarto capítulo arrola-se algumas mudanças protetivas apresentadas pelo Código de Processo Civil, enumerando as razões que justificam tais reformas, discutindo efetivamente os poderes concedidos aos juízes, tutela antecipada, litigância de má-fé, juizados especiais além das últimas reformas trazidas pela Lei 11.232/2006, e as conseqüências dos atos abusivos pelas regras da responsabilidade civil, tanto para o autor quanto para o réu. Deixou-se de abordar outras mudanças por se tratar de um estudo afunilado, em que se devem fazer opções por apenas algumas linhas de estudos, sob pena de não se delimitar o tema, prejudicando a pesquisa em questão. Finalmente na Conclusão procurou-se fazer uma ampla síntese dos resultados obtidos no debate de cada tema abordado.

O tipo de pesquisa escolhido foi à bibliográfica e o método de estudo é o observacional-comparativo; quanto às regras metodológicas, foi seguido o manual do trabalho científico da Instituição.

Não foi respeitado critério de simetria, pelo fato de o assunto necessitar ser mais explorado em alguns capítulos do que em outros. Ao final segue referência bibliográfica completa e em ordem alfabética.

Com essas opções metodológicas tencionou-se tornar mais fácil a leitura deste trabalho.

## I. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E CONSTITUIÇÃO

### 1.1 Dignidade da Pessoa Humana

Na antiguidade, não há indícios do respeito à titulação da personalidade para todos os homens. A escravidão, bastante arraigada, nos hábitos dos povos clássicos da Grécia e Roma, que depois foi disseminada pelo mundo, implicava a privação do estado de liberdade do indivíduo, que somente foi modificado no surgimento do conceito de pessoa, como categoria espiritual, como subjetividade que possui valor em si mesmo e em consequência é possuidor de direitos fundamentais. No entanto, o referido conceito de dignidade surge apenas com o Cristianismo, sendo depois desenvolvida pelos Escolásticos<sup>1</sup>. Na visão de Willis Santiago Guerra Filho<sup>2</sup>, a dignidade se conceitua como sendo um princípio constitucional que garante o respeito a todos os demais direitos fundamentais, ou seja, respeitando-se a dignidade do ser humano obrigatoriamente estará respeitado todas as liberdades públicas trazidas pela Magna Carta

Portanto, coube ao pensamento cristão, fundado na fraternidade, provocar a mudança da mentalidade dos povos, em direção à dignidade dos seres humanos; essa luta iniciou-se com a proibição da crueldade aos escravos até o reconhecimento em quase todos os ordenamentos do ser humano como centro e fim do direito. A iniciativa pioneira, porém, nesse manifestar, encontra-se na Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, responsável por solenizar no seu artigo 1, incisiva declaração: “a dignidade do homem é

---

<sup>1</sup>NOBRE JÚNIOR, Edson Pereira. *O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. In: *Âmbito Jurídico*, mar/2001 [Internet] <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconst0019.htm>, acessado em 12/02/2006.

<sup>2</sup> *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS editora, 2005 p 29/47.

inatingível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la”. O preceito recolhe sua inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, que por sua vez se baseou na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789<sup>3</sup>.

Nessa linha, a Constituição Portuguesa, promulgada em 1976 acentua em seu artigo 1º que:

Portugal é uma República soberana baseada entre outros valores na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária<sup>4</sup>.

Da mesma forma a Constituição Espanhola, após a queda do franquismo, expressa:

A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelo direito dos outros, são fundamentais da ordem política e da paz social<sup>5</sup>.

Neste contexto, é curioso que na Constituição Francesa, pioneira na proteção aos direitos do homem, o princípio não está explicitado no sucinto texto constitucional de 1958; encontra-se garantido pelo labor hermenêutico do Conselho Constitucional, servindo de “arrêt de príncipe” a decisão 94-343-344, proferida em 27 de julho de 1994<sup>6</sup>.

Com a derrocada do comunismo no leste europeu, os países que seguiam essa forma de governo totalitário, passaram a adotar em suas diretrizes a dignidade do ser humano. O nosso constitucionalismo, que vem sofrendo forte influxo germânico, não ficou

---

<sup>3</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>4</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>5</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>6</sup> La digite de la personne comme príncipe constitutionnel dans lê constitutions Portugaise et Française. Organização de Jorge Miranda. *Perspectivas Constitucionais de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, v. I, p. 226.

alheio ao tema, ficando claro na Constituição de 1988 que o Estado Democrático de Direito está fundamentado na dignidade da pessoa humana<sup>7</sup>.

Entretanto, o conceito de dignidade, caracterizava-se pelo entendimento individual de cada homem. Tal juízo de dignidade da pessoa humana, por demais limitado, é característico do “individualismo-burguês”<sup>8</sup>, e “dista de ser uma respeitável reliquia de la arqueologia cultural”<sup>9</sup>. Utilizando-se da terminologia de Miguel Reale, basicamente encontrar-se-à três concepções do conceito de dignidade: individualismo, transpersonalismo e personalismo<sup>10</sup>.

No individualismo, cada homem cuida de realizar e proteger seus interesses e indiretamente protege os interesses coletivos, seu ponto de partida é o indivíduo. No transpersonalismo, acontece justamente o contrário, realizando o bem coletivo, salvaguarda os interesses individuais. Já no personalismo, há negação das duas correntes primeiras e a afirmação de que não existe harmonia entre indivíduo e sociedade, havendo uma preponderância do indivíduo sobre a sociedade, ou seja, a subordinação daquele aos interesses da coletividade. Diante dos três conceitos, tem-se que a dignidade humana tem que ser fruto de uma ponderação no que toca ao indivíduo e o que cabe ao todo por meio da proporcionalidade. Neste contexto, vislumbra-se o respeito entre os indivíduos, mesmo que eles se encontrem em conflito, ou seja, mesmo diante de uma pendência processual, onde cada um utilizará para sua defesa, apenas os meios moralmente permitidos, não abusando dos mecanismos processuais, permitindo que haja reciprocidade de respeito, mesmo entre “inimigos”.

Ressalte-se que o postulado da dignidade, em virtude da forte carga de abstração que a compõe, não tem alcançado unanimidade entre os autores, muito embora se

---

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. edição. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 288.

<sup>8</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1996, p. 47.

<sup>9</sup> SANCHIS, Pietro. *Estúdios sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: Debate, 1990, p. 26.

<sup>10</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 277.



tenha opinião harmônica e complementar como, Karl Larenz<sup>11</sup>, que reconhece como dignidade a prerrogativa de todo ser humano ser respeitado como pessoa, não ser prejudicado em sua existência e de fruir de um âmbito existencial próprio. Ernesto Benda<sup>12</sup>, por sua vez diz que o princípio visa a impedir a degradação do homem em decorrência de sua conversão em mero objeto de ação estatal, além de competir ao Estado à procura em propiciar ao indivíduo a garantia de sua existência material mínima. Para o mestre Joaquim Arce y Flores - Valdez<sup>13</sup> há quatro importantes conseqüências sobre o princípio da dignidade. Veja-se:

- a) Igualdade de direitos entre todos os homens;
- b) garantias da independência e autonomia do ser humano;
- c) observância da proteção dos direitos inalienáveis do homem; e.
- d) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa.

Daí, conclui-se que a consagração da dignidade da pessoa humana implica considerar-se o homem, com exclusão dos demais seres, como centro do universo jurídico, onde a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto no que concerne à elaboração da regra do direito, quanto na sua aplicação, observando-se que a efetivação da dignidade depende diretamente de se assegurar o acesso à justiça, sem o qual a prestação jurisdicional e a efetivação da dignidade não ocorrem. Por isso o nosso sistema processual é dotado de todas as garantias de direitos individuais e controles estatais, possibilitando ao Estado, na figura do juiz, dizer o Direito Justo e fazer com que esse direito seja cumprido. Entretanto, de nada adianta um ordenamento garantista se não for possível entrar nele para exercer plenamente o direito assegurado. Por isso, tem-se o livre acesso à justiça, para que a sociedade se sinta segura, caso tenha seu direito lesado e necessite da tutela jurisdicional. Assim, uma vez garantida a dignidade humana, está-se garantindo a vida e a

---

<sup>11</sup> *Derecho Civil: Parte General*, Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 46.

<sup>12</sup> *Dignidade Humana y Derechos de la Personalidad*. In BENDA. Ernesto. [et alii]. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 126-127.

<sup>13</sup> *Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*. Madri: Editorial Civitas, 1990, p. 149.

liberdade dos jurisdicionados; por conseqüência, está - se permitindo o livre acesso à justiça; pois somente por meio deste se chega ao Devido Processo Legal.

Assim, o livre acesso à justiça, aliado ao princípio da dignidade humana, possibilitam que o indivíduo exerça plenamente seu direito em juízo; deve-se lembrar, entretanto, que o exercício do direito não pode ser exercido a qualquer custo, deve respeitar limites éticos no sentido de se aplicarem os remédios jurídicos de maneira correta, utilizando-os para os fins corretos a que foram criados. Como exemplo, julgado do Tribunal de São Paulo:

AI-AgR-ED-ED 534338 / SP - SÃO PAULO  
EMB.DECL.NOS EMB. DECL. NO AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 08/08/2006 - Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ 22-09-2006 EMBTE.(S): ANTÔNIO CARLOS BASSO E OUTRO(A/S)

ADV. (A/S): JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL E OUTRO(A/S).

EMBDO.(A/S): ESTADO DE SÃO PAULO

ADV. (A/S): PGE-SP - LUCIA CERQUEIRA ALVES BARBOSA.

**E M E N T A:** SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE EMBARGABILIDADE - RECURSO UTILIZADO COM O OBJETIVO DE INFRINGIR O JULGADO - INADMISSIBILIDADE - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO SE REVESTEM, ORDINARIAMENTE, DE CARÁTER INFRINGENTE. - Os embargos de declaração - desde que ausentes os seus requisitos de admissibilidade - não podem ser utilizados com o indevido objetivo de infringir o julgado, sob pena de inaceitável desvio da específica função jurídico-processual para a qual esse tipo recursal se acha instrumentalmente vocacionado. Precedentes. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 538, parágrafo único, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses.

É, portanto, inaceitável que se utilize os mecanismos processuais de forma inadequada, uma vez que tal postura retarda a prestação jurisdicional, desrespeita a dignidade consagrada pela Constituição Federal e prejudica o mundo jurídico como um todo.

## 1.2 Os Direitos e Garantias Individuais na Constituição

Quando se fala em devido processo legal, está antes de qualquer coisa, garantindo a liberdade dos cidadãos, e conseqüentemente remetendo-os ao princípio fundamental de justiça, ou seja, genericamente falando, os direitos fundamentais nas constituições, (dentre eles a dignidade e o devido processo), constituem uma maneira de garantir o acesso dos indivíduos ou grupos perante tribunais competentes para assegurar as liberdades ameaçadas ou violadas. A Constituição de 1988 protege o processo por meio de inúmeras garantias, assecuratórias das condições indispensáveis para a instauração, e desenvolvimento de um sistema justo. Mais precisamente, o artigo 5º do texto constitucional pátrio, sintetiza em seus incisos referidos direitos.

### 1.2.1 Comentários ao caput do artigo 5º

A consagração constitucional da Dignidade Humana, tendo como conseqüência a garantia do Devido Processo Legal implica a obrigação do Estado em garantir à sociedade uma esfera mínima de direitos, que pode ser verificada na análise do artigo 5º, caput, da Carta Magna. Diz referido artigo:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
(...).

Como se observa o primeiro direito processual garantido pela ordem constitucional é o princípio da igualdade entre as pessoas; lembrando que a justiça que reclama tratamento igual para os iguais, pressupõe tratamento desigual dos desiguais, na medida das desigualdades. Isso significa respeitar os grandes pilares da democracia. O referido princípio, ditado pela Constituição em termos gerais, quando penetra no mundo do

processo assume a conotação de igualdade entre as partes e da efetividade deste são encarregados o legislador e o juiz, aos quais cabe a dúplici responsabilidade de não criar desigualdades e de neutralizar as que porventura existam. A leitura adequada do art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil, mostra que ele inclui entre os deveres primários do juiz a prática e preservação da igualdade entre as partes. Nos ensinamentos do Ilustre Jurista Cândido Rangel Dinamarco<sup>14</sup>

Essas desigualdades que o juiz e o legislador devem compensar com medidas adequadas são resultantes de fatores externos do processo – fraquezas de toda ordem, como a pobreza, desinformação, carências sociais e psicossociais em geral. Neutralizar desigualdade significa promover a igualdade substancial que nem sempre coincide com uma formal igualdade de tratamento porque esta pode ser, quando ocorrentes estas fraquezas, fonte de terríveis desigualdades. A tarefa de preservar a isonomia consiste, portanto, nesse tratamento formalmente desigual, que substancialmente iguala.

Corroborar-se esse pensamento o jurista Celso Antonio Bandeira de Melo<sup>14</sup>,

asseverando que:

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais, nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser acolhida por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.

Assim, pode-se observar que a lei erigiu algo em elemento diferencial, exigindo do legislador e do aplicador do direito “bom senso”, no momento de sua aplicação. A Constituição do Brasil fornece base consistente para essa missão. Ela se torna uma lei material a preordenar fins, objetivos e até meios, num sentido rigidamente estabelecido. Por isso, é crescente o entendimento de que do juiz deve não apenas reequilibrar as situações díspares, mas ainda, oferecer seu talento, esforço pessoal e inteligência para atuar no processo segundo a interpretação constitucional. A Constituição mais do que nunca é o que os juízes

---

<sup>14</sup> *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed., 7. tiragem, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 12.

dizem que ela é<sup>15</sup> quando , por isso, é fundamental que os julgadores tenham enraizado nos seus conceitos jurídicos a correta noção de igualdade, conforme preceitos constitucionais.

Continuando a análise do caput do artigo 5º, verifica-se ainda a garantia de inviolabilidade do direito à vida e à liberdade. A garantia jurídica dessas liberdades públicas traduz no direito positivo certa concepção ideológica das relações do homem com a sociedade<sup>16</sup>; diz-se ideológica, porque o direito a vida e liberdade não se autogantem, necessitam para sua respeitabilidade da prevalência da dignidade humana aliada ao acesso à justiça em uma ordem jurídica justa (devido processo), ou seja, somente se pode dizer que a vida e a liberdade estão preservadas se houver respeito à dignidade do indivíduo e por sua vez, uma vez lesada quaisquer dessas garantias, somente haverá restauração do direito se for possível reclamar a pacificação ao judiciário dentro de um processo que respeite a igualdade entre as partes.

Quanto à garantia constitucional à segurança, pensa-se que o constituinte não pensou em segurança pública quando elaborou o texto da Carta Magna, e sim em segurança jurídica. Assim, “distingue-se a segurança, garantida pela força privada que determinadas pessoas podem conseguir, da segurança jurídica, oferecida permanentemente pelo Estado”<sup>17</sup>. Essa garantia visa assegurar ao cidadão que ele não será objeto, por parte do Estado, de medidas arbitrárias, que o privem de sua liberdade material. O objeto preciso da segurança é, pois, a segurança jurídica do indivíduo diante do Poder.

Por isso, para Jean Rivero<sup>18</sup>, “a segurança jurídica surge como a proteção avançada de todas as outras liberdades. Ela é, portanto, e de certa maneira, a liberdade fundamental que garante as demais liberdades públicas”. A liberdade individual para o homem que vive em sociedade é o primeiro de todos os bens, aquele cuja conservação mais

---

<sup>15</sup> Cf. NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. 2. ed., revista e ampliada. São Paulo: RT, 2000, p. 29-38.

<sup>16</sup> RIVERO, Jean. *Libertes Publiques*. Vol. I, Les Droits de l'homme, Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p. 31.

<sup>17</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 53.

<sup>18</sup> Op. Cit, p. 17.

diz respeito à sua felicidade. Portanto, o Estado e a lei devem preservá-la contra todo ato arbitrário.

Foi consagrado ainda no caput do artigo 5º, o direito à propriedade. O referido direito é uma forma de o Estado conseguir seus fins não só por meio de seus próprios bens, mas em parte também dos particulares. Essa visão constitucional da propriedade traz a idéia da dupla função, individual e social, do direito privado de propriedade. A propriedade tem sido a projeção da personalidade humana no domínio das coisas. Há doutrinas que afirmam ser o direito ao patrimônio um dos pilares do ordenamento jurídico, tamanha sua importância. Tem sido considerada como o mais importante e mais sólido dos direitos subjetivos outorgados ao indivíduo. “Nas doutrinas individualistas, o direito de propriedade surge então, como um direito natural básico”<sup>19</sup>.

Trata-se do direito do proprietário de extrair do objeto que lhe pertença, móvel ou imóvel, tudo aquilo que ele lhe puder proporcionar. Por outro lado, acima da liberdade pública individual do proprietário, existe a liberdade pública geral da coletividade, fundamentada esta, em interesses mais relevantes; neste caso a propriedade de um, oponível aos demais de uma categoria, cede lugar à propriedade de todos, oponível a um ou a vários em nome do Estado. Pode-se crer então que a segurança dos bens e das pessoas deve ser analisada com a noção de ordem, que o artigo 5º, ao visar aos interesses individuais, protegeu-os sob a ótica social, tanto que, o exercício dos direitos do proprietário, cede à necessidade pública do interesse social. A exemplo disso, encontra-se o instituto da desapropriação, em que o Estado de Direito opõe restrição ao direito de propriedade.

Entretanto, a história dos povos mostra que nenhum extremo é bom, por isso não seria adequado que o individual fosse sacrificado em nome do todo e nem o todo sacrificado em nome do individual. Trata-se aqui em aplicar a teoria da proporcionalidade

---

<sup>19</sup> COLLIARD. Claude Albert. *Libertes Publiques*, 4. ed., Paris: Daloz, 1972, p. 679.

tanto no âmbito do direito material à propriedade, quanto na esfera do direito processual, procurando harmonizar os interesses individuais e coletivos de modo a impedir que os excessos de um ou de outro provoquem um desequilíbrio danoso aos resultados esperados dentro da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, com forte cunho social.

### **1.2.2 O Direito de Ação**

Desde o momento em que o Estado instituiu a proibição da justiça privada, outorgou-se aos cidadãos o direito de ação para solução dos seus conflitos de interesses; dessa forma se tornam efetivas todas as garantias dos direitos fundamentais. Direito de ação ou direito de agir, é o direito de exigir do Estado a tutela jurisdicional. A jurisdição é monopólio do Estado, e sua invocação é um direito público subjetivo, expressamente previsto na Constituição Federal. O direito de ação consiste em se ter acesso à ordem jurídica, de maneira justa, tanto que, se o interessado não puder arcar com despesas processuais, terá direito à assistência jurídica; trata-se de um direito autônomo, pois não depende da existência real do mérito daquele que o exerce. Uma pessoa poderá não ter uns direitos materiais, cuja inexistência será determinada pelo Judiciário, mas nada impede que, preenchidos os requisitos legais o interessado ingresse em juízo, podendo ser definido então, como o direito subjetivo público de pleitear, perante o Estado, a satisfação de um interesse reconhecido por lei (direito garantido pelo art. 5º, XXXV).

Não se confunde, entretanto, o direito de ação com a ação propriamente dita. O direito de ação é ato em potência, concretizado ou não pela vontade do titular. A lei simplesmente confere o direito de ação, que pode ou não ser exercido por alguém, não desaparecendo em qualquer caso.

O direito de ação reitera-se, é potência, é mera autorização que a norma atribui ao interessado para pleitear a satisfação de um interesse objetivamente tutelado pela

ordem jurídica. Já a ação é ato, é realização da potência. Consiste, enfim, no próprio ato de pedir, formalmente, a tutela de um direito material. Assim, o direito de ação é os direitos constantes da lei, cujo nascimento depende de manifestação de nossa vontade. É um direito exercido contra o Estado e não contra o réu, pois cabe àquele dar uma decisão sobre determinado pedido. A pretensão é o bem jurídico que o autor deseja obter por meio da atuação jurisdicional. É também chamado de pretensão de direito material, porque o resultado pretendido deverá projetar-se nesta área. A pretensão sim é dirigida contra o réu, pois é contra ele que o autor deseja a produção dos efeitos.

O direito de ação se divide em dois planos: o de direito constitucional e o do direito processual, porque primeiro em um maior grau de generalidade, tornando-se amplo, genérico e incondicionado, salvo restrições constantes na própria Constituição Federal, estando sua definição embasada no artigo 5º, XXXV. Já na esfera processual se torna um direito conexo a uma pretensão, com certos liames, não existindo para satisfazer a si mesmo, mas para fazer atuar toda a ordem jurídica, de modo que o seu exercício é condicionado a determinados requisitos, ligados à pretensão, a que se chama de condições da ação e pressupostos processuais. Convém ressaltar que:

O direito de ação é sempre processual, pois é por meio do processo que ele se exerce, o que existe é a garantia constitucional genérica do direito de ação, a fim de que a lei não obstrua o caminho ao judiciário na correção das lesões de direitos<sup>20</sup>.

Se existe o direito de ação por parte do autor, também existe o direito de defesa em favor do réu, que nada mais é do que o direito de ação em sentido contrário, e este pode ser contra o mérito, contra o processo de maneira direta<sup>21</sup>, ou ainda, contra o processo de

---

<sup>20</sup> GRECO FILHO. Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 1, 17. edição, atualizada, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 76.

<sup>21</sup> Defesa processual direta trata-se de objeção, onde se alega a inexistência de pressuposto processual ou de condições da ação, argüindo-se como preliminar.



maneira indireta<sup>22</sup>. Essa garantia é igualmente constitucional, pois, baseia-se nos preceitos do contraditório, no qual para toda ação existe o direito de reação.

Na defesa devem ser impugnados todos os fatos arrolados pelo autor, sob pena de se presumirem verdadeiros os não impugnados, salvo o advogado dativo, curador especial e o Ministério Público que podem contestar por negativa geral. Entretanto esta negativa dos fatos deve levar em conta os limites para exercício dessa defesa, ou seja, não se pode provar algo que não é verdadeiro. Se o réu não tem razão na demanda, ele deve lutar pela distribuição do direito na proporção da lesão que causou ao outro pólo, sem utilizar-se de meios que deixem confuso o juízo, ou cause tumulto processual. Nestes casos, deve o juiz coibir os artifícios. Veja-se:

REsp 21242 / SP ; RECURSO ESPECIAL 1992/0009240-3  
Ministro: Garcia Vieira – T1 – 1ª Turma  
PROCESSUAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. O PRÓPRIO ORGÃO DA EXECUTADA APRESENTOU INFORMAÇÕES PARCIAIS, CRIANDO **TUMULTO PROCESSUAL** E NÃO PODE BENEFICIAR-SE DE SITUAÇÃO QUE ELA PRÓPRIA CRIOU. NÃO OCORRE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE QUANDO O RETARDAMENTO FOI POR CULPA EXCLUSIVA DA PRÓPRIA PESSOA QUE DELA SE BENEFICIARIA. RECURSO IMPROVIDO. DJ 03.08.1992 p. 11260 - RSTJ vol. 36 p. 478

Trata-se da aplicação da lealdade processual, exigida no direito de ação.

Se no pedido inicial o autor deve agir com probidade processual, não é menos verdade que o mesmo critério deve ser adotado na defesa do réu. Trata-se de uma relação de respeito não só entre os pólos da relação jurídica, mas principalmente com a máquina judiciária.

Enquanto o pedido inicial depende de provocação, a defesa pode ou não ser exercida, é ato opcional; destarte, se não utilizada ocorre o que se chama de revelia ou contumácia, ou seja, quando, regularmente citado, o réu deixa de oferecer contestação à ação no prazo legal. O exercício do direito ou a faculdade de exigir de outrem, em determinada

---

<sup>22</sup> Alega-se em defesa processual indireta, as exceções, que podem ser de incompetência relativa, suspeição ou impedimento, entretanto não em liminar, mas sim em petição apartada dos autos principais.

situação, um comportamento típico imposto pelo direito positivo, somente é louvável partindo-se de uma consciência jurídica coletiva que queira não se exceda o exercício dessa faculdade, além dos limites impostos pela finalidade do direito. Com isso, admite-se que há um fim social no direito, que somente existe para assegurar a existência do homem em sociedade com os outros homens; embutido neste fim social localizam-se os direitos subjetivos, que na sua realização normal, constitui o uso, e na sua realização anormal, constitui o **abuso**.

Falando-se do uso normal do direito de ação, tem-se que é necessária a formação de uma relação de instrumentalidade entre ação e pretensão, que nos leva a concluir que o exercício da ação está sujeito a três condições, a saber: legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do Pedido. Nos dizeres de Alfredo Buzaid<sup>23</sup>, legitimidade vem a ser “a pertinência subjetiva da ação, isto é, a regularidade do poder de demandar, de determinada pessoa sobre determinado objeto”. A cada um não é permitido propor ações sobre todas as lides que correm no mundo. Em regra somente podem demandar aqueles que forem sujeitos da relação jurídica de direito material trazida em juízo.

O interesse pode ser visto como sinônimo de pretensão, identificando a necessidade existente entre o pedido e atuação judiciária (interesse processual), sendo também uma relação de adequação (art. 4º do Código de Processo Civil). A terceira condição, a possibilidade jurídica do pedido, consiste na formulação de pretensão que, em tese, exista na ordem jurídica como possível, ou seja, que a ordem jurídica brasileira preveja a providência pretendida pelo interessado. Faltando quaisquer das condições o resultado será carência da ação.

---

<sup>23</sup> *Estudos de Direito*, São Paulo: Saraiva, 1971, p. 8.

Também como filtro ao exercício do direito de ação, encontram-se os pressupostos processuais, que nasceram da concepção de Büllow<sup>24</sup>, visando à proteção aos atos de constituição do processo como relação jurídica garantidora do Devido Processo Legal, vinculando autor, juiz e réu. São pressupostos processuais, na visão de José Maria Tesheiner<sup>25</sup>

Subjetivo, concernentes ao juiz: jurisdição, competência e imparcialidade;  
 Subjetivos, concernentes às partes: personalidade judiciária, legitimação para o processo e capacidade postulatória;  
 Objetivos: pedido, causa de pedir, existência de nexos lógicos entre ambos, e no caso de cumulação de pedidos, sua compatibilidade;  
 Formais: Relativos à forma dos atos processuais;  
 Extrínsecos à relação processual: existência de impedimentos processuais, como litispendência e coisa julgada.

A falta de atenção aos pressupostos gera a nulidade processual inviabilizando, portanto o direito de ação. Assim, fica claro que preencher os requisitos processuais e constitucionais para o exercício do direito de ação, é uma tarefa árdua, pois são filtros que impedem as aventuras jurídicas, preservando o processo na acepção constitucional.

### 1.2.3 Princípio do Devido Processo Legal

A garantia constitucional do Devido Processo Legal prescinde da história do homem pela busca de sua liberdade, ou seja, libertar-se da servidão que lhe foi imposta pelo próprio semelhante. Revela, sobretudo, a luta pela contenção do poder<sup>26</sup>. A evolução do homem, demonstrada pela história, conta que se vivia em regime tribal, com total liberdade e comunhão de patrimônio, restringidos apenas pelo interesse de sobrevivência do grupo. Entretanto, foi criado o Estado, e após sua criação, os séculos vieram demonstrar que perdeu ele sua liberdade, quase que total, porque o detentor do poder passou a utilizá-lo, de modo

<sup>24</sup> BÜLLOW. Von Oskar. *La Teoria de las Excepciones Procesales y Los Presupuestos Procesales*. Trad. Da ed. Alemã de 1868. Buenos Aires: Europa-América, 1964, p. 140.

<sup>25</sup> *Pressupostos Processuais e Nulidades do Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 32.

<sup>26</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal – Due process of Law*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 15.

geral, em proveito próprio, ignorando o interesse do povo, chegando Luís XIV a dizer: "*L'État c' est moi*" (O Estado sou eu)<sup>27</sup>

A luta pela liberdade, todavia, nunca foi abandonada, pois, para o homem constitui o seu mais precioso bem, sendo o modo natural de manifestação da vida, da inteligência, da criatividade, das quais decorrem, a civilização. O homem nasceu para ser livre, sujeitando-se ao mínimo de restrições necessárias à realização do bem comum. Paulo Silveira<sup>28</sup> mostra que,

A lição que se extrai é que as ditaduras e impérios que se apoiaram em ordem absoluta, individual do tirano ou do grupo dominante, contrariando a natureza das coisas, por mais poderosos que tenham sido, entraram em colapso, como registra a história. Apenas o governo democrático, que tem o povo como base, com suas múltiplas diversidades individuais e diferentes anseios, pode desenvolver-se serenamente, administrando a conjuntura variável, pois, ainda que cometa erros, será, por certo, reparáveis.

Nessa linha, para que o governo seja democrático, necessário se faz o estabelecimento de regras justas e igualitárias para todos, o que somente é possível por meio da adoção plena do Devido Processo Legal, que surgiu no reinado de John, chamado de Sem-Terra, cujo governo usurpou de seu irmão Ricardo Coração de Leão que morreu em virtude de um ferimento de flecha recebido em uma batalha. "Sem-Terra", ao assumir a coroa passou a exigir elevados tributos e fez outras imposições decorrentes de sua tirania, o que levou os barões a se insurgirem:

Os desastres, cínicas e arbitrariedades do novo governo foram tão asseverantes, que a nação, sentindo-lhe os efeitos envilecedores, se indispsôs, e por seus representantes tradicionais reagiu. Foram inúteis as obsecrações. A reação era instintiva, generalizada; e isso, por motivo de si mesmo explícito: tão anárquico fora o reinado de João, que se lhe atribuía outrora, como ainda nos nossos dias se repete, a decadência; postergou regras jurídicas sãs de governo; descurou dos interesses do reino; e, a atuar sobre tudo, desservindo a nobres e a humildes, ameaçava a desnervar a energia nacional, que se revoltou<sup>29</sup>.

Assim, em 15/06/1215 John foi obrigado a concordar apondo seu selo real, com os termos da declaração de direitos, que lhe foi apresentada pelos barões, a qual ficou

---

<sup>27</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>28</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>29</sup> PONTES DE MIRANDA. *História e Prática do Habeas Corpus*. 7. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 11.

conhecida como Magna Carta, ou *Great Charter*. Por esse documento, o Rei John jurou respeitar os direitos, franquias e imunidades que ali foram outorgados, como salvaguarda da liberdade dos insurretos, entre eles a cláusula do devido processo legal (*due process of law*). Destaca-se que a Magna Carta (1215) evidenciou pela primeira vez, de modo inequívoco, que nenhuma pessoa, por mais poderosa que fosse, estaria acima da lei, ao assegurar, em seu § 39, com as alterações da Carta de 1225, com regra absoluta a ser observada, o devido processo legal (*due process of law*)<sup>30</sup>,

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu *status* de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra.

Pela primeira vez na história instituiu-se o devido processo legal que constitui a essência da liberdade individual em face da lei, ao afirmar que ninguém perderá a vida ou a liberdade, ou será despojado de seus direitos ou bens, salvo pelo julgamento de seu pares, de acordo com a lei da terra. No Direito Americano o devido processo legal surgiu por meio de dissidentes protestantes ingleses, que, em fuga, aportaram nas praias americanas da Virgínia em 1607, trazendo consigo os fundamentos da *common law*, entre os quais o princípio do devido processo legal. Não destoando da história de embates políticos, e às vezes até sangrentos, os virginianos *Thomas Jefferson*, *Madison* e *Mason* submeteram ao Congresso emendas à Constituição, a fim de que nela figurasse o que foi chamado de *Bill of Rights* (Emendas n. 1 a 10), que foram incorporadas em abril de 1791. Após a Guerra Civil (1861/65), o Congresso aprovou, em 1866 – visando a conferir, harmoniosamente, os direitos expressos no *Bill of Rights*, em face das dispareas constituições dos diversos Estados da União – a Emenda XIV, a qual só foi ratificada em 9/7/1868, por  $\frac{3}{4}$  dos legislativos estaduais, como exige o art. V, da Constituição Americana. Essa emenda, na Seção I, traz a seguinte redação:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum

---

<sup>30</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. Op. cit. p. 22.

Estado fará ou executará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis<sup>31</sup>.

O Direito Brasileiro não registra histórico no sentido de que, ao tempo da Constituição Imperial outorgada por D. Pedro I, em 1824, haja o Direito Brasileiro tomado conhecimento do instituto do devido processo legal, senão vaga, nebulosa e, imprecisamente, na área criminal procedimental. Veja-se:

Constituição Política do Império do Brasil, jurada a 25 de março de 1824.  
 Título 8º - Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros  
 Art. 179 A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:  
 ...  
 VIII – Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e neste dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar aos Réos o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as<sup>32</sup>

Com a Proclamação da República em 15/11/1889, veio a Constituição de 1891, inspirada na Constituição americana de 1787, que instituiu entre nós o federalismo, transformando as antigas províncias em Estados-Membros do País, já que antes o Brasil era um Estado unitário. Formalista, essa segunda Constituição não estava em descompasso com a realidade de seu tempo, ao formular princípios ou outorgar direitos que jamais foram efetivamente concretizados, cuja observação de Paulo Fernando Silveira, ensina que:

Promulgou-se a lei maior, mas não diminuiu a distância entre as regras fundamentais e o meio político e social constitutivo do País real, aquele regido por impulsos autônomos exteriores ao espaço abstrato dos mandamentos constitucionais. As forças substancialmente efetivas de um constitucionalismo sem Constituição entravam a atuar nos condutos subterrâneos da inspiração revolucionária, movendo a sociedade para os anseios de mudança e reforma<sup>33</sup>

Da Lei Fundamental de 1891, constou, também, uma declaração de direitos, entre os quais não figurou expressamente o devido processo legal, não obstante, no

<sup>31</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>32</sup> CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil – Compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices*. 13. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 832.

<sup>33</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. *Op. cit.* p. 30.

campo criminal, houvesse menção à plena defesa com os recursos e meio essenciais a ela, bem como à cláusula proibitiva da prisão sem prévia formação de culpa. Veio então a Revolução de 1930 e Getúlio Vargas toma o poder em suas mãos. Surge nova Constituição, a de 1934 que teve existência efêmera, já que em 1937 foi outorgada ao País nova ordem constitucional, por força da ditadura decorrente do Estado Novo. Embora contenha no bojo destas, a ventilação do princípio da ampla defesa, não há de se cogitar de liberdades civis durante a vigência dessas duas cartas políticas.

Elaborada com bases democráticas, haja vista, a participação do povo; a Constituição de 1946 dedicava o Capítulo II aos direitos e garantias individuais (art. 141/4/25). Contudo, embora tenha ampliado o leque das liberdades civis, não fez referência expressa ao devido processo legal. Após o Golpe Militar de 31/3/64, seguiram-se as constituições outorgadas de 1967 e 1969 (Emenda n. 1), nas quais, não obstante constarem formalmente direitos individuais, por óbvio não foram respeitados. Veja-se:

Constituição do Brasil, promulgada a 24 de janeiro de 1967.

Cap. IV – Dos Direitos e Garantias individuais

Art. 150 A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 15 – A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá fôro privilegiado nem tribunais de exceção<sup>34</sup>

Por fim chega-se à atual Constituição Federal promulgada em 05/10/1988, fruto da ampla participação do povo, em que pela primeira vez na história constitucional brasileira, previu expressamente, como princípio garantidor das liberdades civis, o devido processo legal (due process of law), ao dispor:

art. 5º -

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O constituinte a complementou, pelo inciso LV, onde diz:

---

<sup>34</sup> CAMPANHOLE. Adriano. Op cit. P. 429-431.

LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Com isso tem-se hoje uma fantástica estrutura organizada pela Constituição Federal, para proteger os direitos individuais e coletivos, tanto na esfera extrajudicial (idealizando direitos que não devem ser desrespeitados) quanto na esfera processual, garantindo o direito de ação para os casos em que referidos direitos sofrerem lesão ou ameaça, nisto traduz-se o primado da dignidade da pessoa humana. Na continuidade de todas essas garantias, o constituinte, após o ingresso do direito de ação, legislou no sentido de que, no caso de demanda, o processo também deve ser regido sob a rigidez de justiça proclamada pela Carta Magna (devido processo, baseado na dignidade humana e permitindo amplo acesso à justiça). Destarte, só se pode dizer que um processo é justo quando respeitado o princípio do devido processo legal, que é uma garantia do cidadão, constitucionalmente prevista em benefício de toda a coletividade, assegurando tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário, como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas. Ainda, é necessário fazer menção às palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>35</sup>, acerca do princípio, onde,

O devido processo legal, como princípio constitucional, significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional.

Para Rogério Cruz e Tucci:

O devido processo legal consubstancia-se, sobretudo, numa garantia conferida pela magna carta, objetivando a consecução dos direitos denominados fundamentais, através da efetivação do direito ao processo, materializado num procedimento... E num prazo razoável.

Percebe-se então que o princípio balizador do processo é o do devido processo legal, já que assegurando este, estar-se-à garantindo os demais princípios elencados

---

<sup>35</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. [et alii]. Op cit., p. 12



na Constituição Federal, seguindo em favor da linha doutrinária que entende que os demais princípios processuais constitucionais atinentes ao processo civil possuem a sua gênese no princípio do devido processo legal, pois uma vez este garantido, estão conseqüentemente garantidos todos os demais. Tucci e Cruz e Tucci<sup>36</sup>, entendem que derivam do devido processo legal outros princípios diretores do processo, tais como o da isonomia, contraditório e ampla defesa, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição (já tratado no primeiro capítulo), da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição, da motivação das decisões judiciais, bem como irrecorribilidade das interlocutórias, economia processual e lealdade e boa fé. Ainda nesta linha encontram-se Marcelo Abelha e Nelson Nery<sup>37</sup>, que entendem, que bastando à adoção do devido processo legal, já decorrerão todos os outros que ensejam a garantia de um processo e de uma sentença justa<sup>38</sup>.

#### Na lição de Arturo Hoyos<sup>3</sup>

O princípio do devido processo legal está inserido no contexto, mais amplo, das garantias constitucionais do processo, e que somente mediante a existência de normas processuais, justas, que proporcionem a justeza do próprio processo, é que se conseguirá a manutenção de uma sociedade sob o império do Direito.

#### Luiz Airton de Carvalho<sup>39</sup> menciona que:

O princípio do devido processo legal protege a liberdade, em seu sentido amplo – liberdade de expressão, liberdade de ir e vir, liberdade de fazer e não fazer, de acordo com a lei –, e os bens, também, em amplo sentido - bens corpóreos (propriedades, posses, valores) e bens incorpóreos (direitos, ações, obras intelectuais, literárias, artísticas, sua imagem, seu conceito, sua expressão corporal, etc.).

Sua relação com o direito de ação e defesa está na sua correta utilização, pois se mal utilizado, deixa de ser mecanismo de justiça, para se tornar eficaz arma contra a

---

<sup>36</sup> Idem. *ibidem*. p. 27.

<sup>37</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios de Processo Civil na Constituição Federal*, 4. ed. rev., aum. e atual. c/ a Lei das Interceptações Telefônicas 9.296/96 e a Lei de Arbitragem 9.307/96, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 24.

<sup>38</sup> Idem, *ibidem*, p. 24.

<sup>39</sup> CARVALHO, Luiz Airton. *Princípios Processuais Constitucionais*. Rio de Janeiro: Cartilha Jurídica, TRF/1ª Região, nº 28, 1994, p. 9.

efetividade e celeridade processual. Transforma-se em poderoso meio protelatório, nas mãos dos operadores do direito. Entretanto, o advogado é o principal protagonista na aplicação do devido processo legal, devendo por isso lutar contra qualquer violação dos direitos inerentes ao princípio, mas não só no sentido de evitar seu cerceamento, como também, e principalmente, evitando sua má utilização, e conseqüentemente, inversões tumultuárias do processo, que prejudiquem as partes envolvidas. Entretanto, para não depender apenas do bom senso do advogado, necessário se faz à fiscalização constante do magistrado, na atuação deste, coibindo a má-fé processual com máximo rigor, aplicando as multas necessárias. É exemplo o acórdão do Rio de Janeiro:

AI-ED 526614 / RJ - RIO DE JANEIRO  
EMB.DECL.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO  
Relator(a): Min. CEZAR PELUSO  
Julgamento: 06/12/2005 - Órgão Julgador: Primeira Turma  
Publicação: DJ 03-02-2006 PP-00031 EMENT VOL-02219-16 PP-03231  
EMBTE.(S): NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA  
ADV. (A/S): HISASHI KATAOKA  
EMBDO.(A/S): MM JUÍZO DE DIREITO DO III JUIZADO ESPECIAL  
CÍVEL DA COMARCA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
LIT.PAS.(A/S): ALESSANDRA PAMPLONA BOTELHO  
EMENTAS: 1. RECURSO. Embargos de declaração. Caráter infringente. Embargos recebidos como agravo. Exceção de pré-executividade. Alegação de ofensa ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal. Ofensa constitucional indireta. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. Arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar a agravante a pagar multa ao agravado.

Pode-se considerar que o devido processo é a maior conquista em garantias individuais já alcançadas por um ordenamento jurídico, pois é capaz de estabelecer confiança de que serão respeitados os direitos fundamentais, assim como toda atividade da classe dominante sobre a dominada, como ainda todos os atos dos três poderes que dirigem o país. Portanto, trata-se de um mecanismo de alcance da mais perfeita justiça.

O injusto se insere nos limites de sua abrangência, pois o comprometimento último do judiciário é com a justiça e não com a lei, uma vez que a própria Constituição coloca o “justo” como um dos objetivos fundamentais da República, no sentido de se “construir umas sociedades livres, justas e solidárias”<sup>40</sup>. Por isso, considera-se que o advogado tem uma função constitucional, devendo exercê-la com plenitude, dentro dos limites razoáveis da ética e da moral (sendo que tais conceitos serão estudados com mais profundidade em capítulo posterior).

Os operadores do direito devem ser defensores intransigentes do judiciário, para que este possa distribuir uma justiça de pacificação social, correta e sem vinculação com poderes políticos, pois somente assim se estará defendendo a existência de um povo livre e participativo, resguardado de dominações.

O devido processo legal torna esse ideal possível, por isso, todo o direito individual se acha tocado por ele, alcançando valor tão significativo, cujo alcance sequer foi sonhado por seus elaboradores. Como conteúdo substantivo, este princípio constitui limite ao Poder Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devendo ser razoáveis. Como caráter processual, o *due process* garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.

#### **1.2.4 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa**

O direito de defesa é tão importante quanto o direito de ação e acesso à justiça, pois impossível conceber que se possa alcançar justiça sem que o réu tenha tido oportunidade de se manifestar e apresentar provas na relação processual. O princípio do

---

<sup>40</sup> CAMPANHOLE, op. cit., art. 3º, III, p. 125.

contraditório e da ampla defesa trata de princípio insculpido de forma expressa na Constituição Federal<sup>41</sup>, que se repete a transcrição para fixação da idéia:

Art. 5º...

LV - 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.

Isso significa dizer que as partes devem ser tratadas de forma igualitária no processo e cabe ao juiz, durante a regularidade do processo garantir e aplicar essa isonomia processual. O magistrado, em face do seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas de forma equidistante a elas; quando ouve uma, necessariamente deve ouvir a outra, somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor as suas razões, de apresentar suas provas, etc. Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni, faz as seguintes considerações acerca do princípio do contraditório:

O princípio do contraditório, na atualidade, deve ser desenhado com base no princípio da igualdade substancial, já que não pode se desligar das diferenças sociais e econômicas que impedem a todos de participar efetivamente do processo.<sup>42</sup>

Para Rosemberg, contraditório significa “poder deduzir ação em juízo, alegar e provar fatos constitutivos de seu direito e, quanto ao réu, ser informado sobre a existência e conteúdo do processo e fazer-se ouvir”.<sup>43</sup> Em relação ao princípio do contraditório, Antonio Carlos Marcato, tece o seguinte comentário:

A garantia fundamental da Justiça e regra essencial do processo é o princípio do contraditório, segundo este princípio, todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz as suas razões antes que ele profira a decisão. As partes devem poder desenvolver suas defesas de maneira plena e sem limitações arbitrárias, qualquer disposição legal que contraste com essa regra deve ser considerada inconstitucional e por isso inválida.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto [et alli]. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 10.

<sup>42</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 147.

<sup>43</sup> ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, v. II, Buenos Aires: EJEJA, 1955, p. 131.

<sup>44</sup> MARCATO, Antônio Carlos. *Preclusões: Limitação ao Contraditório?* Revista de Processo, São Paulo, ano 5, nº 17, 1980, p. 111.

Na lição de Nelson Nery Júnior, quando a lei garante aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório, e, o contraditório é exercido no sentido de ampla defesa de cada pólo da relação jurídica<sup>45</sup>. O princípio do contraditório é a perfeita combinação entre o princípio da ampla defesa e princípio da igualdade das partes.

Sanseverino menciona que:

O princípio constitucional da igualdade jurídica, do qual um dos desdobramentos é o direito de defesa para o réu, contraposto ao direito de ação para o autor, está intimamente ligado a uma regra eminentemente processual: o princípio da bilateralidade da ação, surgindo, da composição de ambos, o princípio da bilateralidade da audiência.<sup>46</sup>

O princípio da igualdade das partes impõe a bilateralidade da audiência, já que a possibilidade de reação de qualquer das partes em relação à pretensão da outra, depende sempre da informação do ato praticado. Daí o fundamento da citação da parte contrária, quando válida, estabelecendo a relação jurídica processual. O não respeito a essas regras implica em cerceamento de defesa, ou melhor, entendido como desrespeito a ampla defesa constitucional. Em consonância com tal definição, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, afirmam que é imprescindível que se conheça os atos praticados pela parte contrária e pelo juiz para que se possa estabelecer o contraditório<sup>47</sup>, que é constituído por dois elementos:

- a) Informação à parte contrária;
- b) A possibilidade da reação à pretensão deduzida;

Em Teoria Geral do Processo, os mesmos autores mencionam que até mesmo quando o juiz se depara com o “periculum in mora”, provendo a medida “inaudita altera parte”, o demandado poderá exercer a sua atividade processual plena, antes do

---

<sup>45</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 131.

<sup>46</sup> SANSEVERINO, Milton. *Procedimento Sumaríssimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 78.

<sup>47</sup> Op. cit, p. 56.

provimento definitivo. Inexistem exceções ao princípio do contraditório<sup>48</sup>. Diante destas considerações, é possível notar que, para que a parte possa estabelecer o contraditório e exercitar a ampla defesa, é necessário que esta tenha ciência dos atos praticados pela parte contrária e pelo juiz da causa. Ou seja, as garantias do contraditório exercido em sentido de reação e ampla defesa para ambas às partes envolvidas na relação processual, são inerentes às partes litigantes, pois todo indivíduo que tiver alguma pretensão de direito material deve invocar os dois princípios a seu favor, sem esquecer-se que eles estão subjetivamente ligados ao devido processo legal, e devem ser exercidos harmonicamente com os demais princípios constitucionais, para que não ocorram abusos, pois estes quando acontecem não atingem somente a parte contrária e sim toda ordem jurídica nacional.

### **1.2.5 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição**

Finalmente consagrando o devido processo legal e demais princípios processuais, encontra-se o duplo grau de jurisdição, que exerce importante papel no quadro das garantias individuais. É pelo duplo grau de jurisdição que se viabiliza a revisão, em grau de recurso, das decisões proferidas nas instâncias inferiores, o que é fundamental para a verificação do respeito aos demais princípios, como contraditório, ampla defesa, imparcialidade, publicidade, ou seja, ao devido processo legal. Não é difícil compreender que, sem essa garantia, o direito de ação, exercido por meio do devido processo, estará prejudicado.

De nada adiantaria um devido processo legal, com amplo acesso à justiça e isonomia às partes em seu direito de ação, sem a possibilidade de recurso para um órgão superior, pois assim, se qualquer desrespeito houvesse aos princípios constitucionais em primeiro grau, como se faria valer o direito lesado?

---

<sup>48</sup> Idem, *ibidem*.

Em que pese a essa importância no quadro das garantias individuais, o duplo grau de jurisdição não está assegurado expressamente na Constituição, como os demais. Sua existência é verificada apenas no campo da distribuição das competências dos tribunais, prevendo-o, quando estabeleceu, por exemplo, que os tribunais brasileiros terão competência para julgar causas originalmente e em grau de recurso (comparar com o art. 102, II e III, 105, II e III, 108, II, CF).

Tanto é verdade que não é uma garantia constitucional plena que nos Juizados Especiais Cíveis, verifica-se um duplo grau de recurso, e não duplo grau de jurisdição, portanto, embora seja um importante mecanismo processual, não tem previsão constitucional expressa, ele é extraído da previsão recursal dos tribunais, sendo apenas uma garantia processual.

Ocorre que no ordenamento jurídico pátrio, entre os operadores do direito, que têm uma cultura recursal, há a tentativa de tornar a idéia de reexame dos pronunciamentos jurisdicionais algo obrigatório.

Todo ato decisório do juiz de instância inferior, que possa prejudicar um direito ou um interesse da parte é recorrível, como meio de evitar ou emendar os erros e falhas que são inerentes aos julgamentos humanos, também como forma de verificação do respeito aos demais princípios; e, ainda, como atenção ao sentimento de inconformismo contra julgamento único, que é natural em todo ser humano.

Entretanto não se trata de um dever ou obrigação. Como sustenta Humberto Theodoro Júnior<sup>49</sup>, é apenas uma faculdade a ser exercida quando a parte vencida entender ter sido lesada na aplicação da lei.

O princípio do duplo grau de jurisdição visa assegurar ao litigante vencido, total ou parcialmente, o direito de submeter à matéria decidida a uma nova apreciação

---

<sup>49</sup> Idem, *ibidem*.

jurisdicional, no mesmo processo, desde que atendidos determinados pressupostos específicos, previstos em lei. O que equivale dizer que não pode ser exercido a qualquer custo.

Menciona Humberto Theodoro Júnior, que “os recursos, todavia, devem acomodar-se às formas e oportunidades previstas em lei, para não tumultuar o processo e frustrar o objetivo da tutela jurisdicional em manobras caprichosas e de má-fé”.<sup>50</sup> Portanto, o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, é uma garantia processual, de extrema importância para o controle do respeito aos demais princípios, em que se garante ao litigante a possibilidade de submeter ao reexame das decisões proferidas em primeiro grau e não a sua obrigatoriedade. Se fosse adotado como uma garantia absoluta, esbarraria nas hipóteses de competência originária dos tribunais, em especial a competência do Supremo Tribunal Federal, que nos obriga a reconhecer que referida garantia, por não ser absoluta, por não ser expressa, não pode ser vista como plena.

Ainda assim, faz-se importante esclarecer a questão em relação ao reexame necessário, nas ações em que a Fazenda Pública chega ao final como perdedora. Mesmo nesses casos, não se pode falar em garantia absoluta do duplo grau, e neste sentido muito bem explica Gilson Delgado Miranda<sup>51</sup>

A remessa “ex officio” (reexame obrigatório), não se trata, na verdade, de recurso, mas de condição de eficácia da sentença (a sentença é existente e válida, mas não é eficaz). Em outras palavras, a sentença proferida nas hipóteses previstas no art. 475, do CPC, somente produz os efeitos a que se destina após sua confirmação pelo tribunal. Dispõe o artigo que somente haverá trânsito em julgado após o duplo grau de jurisdição.

Nesse passo, frise-se que esse art. 475, do CPC, foi alterado pela reforma imposta pela Lei nº 10.352, de 26-12-2001. A par dos reclamos doutrinários no sentido de excluir reexame necessário em prol da celeridade do pronunciamento judicial, o fato é que o legislador, confirmando os motivos que constaram expressamente da exposição assinada pelo Ministro da Justiça quando da remessa do Projeto de Lei nº 3.474/00 ao Congresso Nacional, entendeu por bem mantê-lo no sistema processual civil geral, com algumas limitações antes inexistentes, voltando-o especialmente à proteção dos interesses do erário, com o fim claro de tutelar o patrimônio público que é, em última análise, de todos os integrantes da sociedade.

---

<sup>50</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 14. ed., v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 28.

<sup>51</sup> MIRANDA, Gilson Delgado. PIZZOL, Patrícia Miranda. *Fundamentos Jurídicos Processo Civil*, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2002, p. 52-53



Vencida essa dúvida, tem-se ainda que o próprio sistema processual se estrutura sobre uma base que admite o recurso, mas não o eleva ao status de obrigatoriedade, como, por exemplo, quando se analisa o artigo 515, § 3º., do CPC, que dispõe que:

Art. 515 - A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. (...)  
§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. (Acrescentado pela L-0010.352-2001)

Neste caso não haveria como garantir revisão da decisão, a menos que o caso em questão tivesse pressupostos para Recurso Especial ou Extraordinário. Ainda, apenas para enfatizar que não se trata de um princípio absoluto, tem-se o artigo 518 do mesmo diploma legal que diz:

Art. 518 - Interposta à apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. (Alterado pela L-008.950-1994)  
§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. (Renumerado pela L-011.276-2006)

Nestes casos, o princípio também encontraria obstáculo, diante da súmula vinculante, recepcionada pelo CPC. Em última análise, nos reportando ao Pacto San José da Costa Rica, que prevê expressamente o duplo grau de Jurisdição, como a garantia absoluta do recurso, e que algumas doutrinas entendem ter sido abraçado pela Constituição, fazendo parte integrante dela, entende-se que este também não tem o poder de tornar o princípio uma regra obrigatória, pois conforme decisão em HC 48476/GO – 20050162601-0 – de 12/12/2005, “O Pacto San José da Costa Rica foi recepcionado como norma infraconstitucional e não possui força para derogar a regra especial”. Se não possui força nem contra lei especial, também não pode ser visto como garantia constitucional absoluta, o que deixa o duplo grau na condição de direito pressuposto.

Nelson Nery Junior<sup>52</sup>, coroa esse entendimento assegurando que o duplo grau de jurisdição, enquanto princípio, está previsto na Constituição Federal, embora não tenha incidência ilimitada, não podendo a lei infraconstitucional suprir recursos pura e simplesmente. Assegura o mesmo processualista que o duplo grau de jurisdição é uma exigência do due process of law, mas a sua aplicação não pode ser desmedida, a ponto de retardar indefinidamente o curso do processo, "desprestigiando a eficácia da justiça em detrimento da paz social, escopo primeiro da atividade jurisdicional"<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> NERY JÚNIOR. Nelson. Op. cit., p. 54.

<sup>53</sup> Idem, ibidem.

## II. ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

### 2.1 Direito Substancial e Direito Processual

O direito se constitui em um conjunto de normas que podem se agrupar conforme diferentes critérios que dão origens a diversas classificações. Essas classificações servem para nortear os operadores no manejo do Devido Processo Legal. Uma das formas de se classificar os ramos do Direito consiste em dividi-lo em direito substancial (material) e direito processual<sup>54</sup>. Segundo Luiz Rodrigues Wambier

Regra geral é possível afirmar que todas as normas que criam, regem e extinguem relações jurídicas, definindo aquilo que é lícito e pode ser feito, aquilo que é ilícito e não deve ser feito, se constitui em normas jurídicas do direito material.

São relações jurídicas que acontecem no mundo extraprocessual, ou seja, as pessoas interagem entre si, respeitando algumas regras de convivência, regras que regulam as relações jurídicas em geral (direito material). O direito material, por si só, cuida apenas do comportamento das relações interpessoais, onde o cumprimento das normas geralmente se dá espontaneamente pelas pessoas, por força da lei.

Diante do não cumprimento de determinadas obrigações, o direito material nada pode fazer, restando ao indivíduo lesado e interessado, a busca da tutela jurisdicional do Estado, que se dá por meio do direito processual. Assim pode-se afirmar que a quebra do direito material enseja o nascimento do direito processual, pois, é pelo processo que se consegue dar efetividade à norma jurídica de direito material, que foi desrespeitada por um

---

<sup>54</sup> Regra é o preceito calcado na experiência, que lhe indica os meios necessários para se alcançar determinados objetivos. A regra técnica estabelece necessidades e não deveres, por isso não se confunde com a norma jurídica propriamente dita, porque enquanto esta impõe deveres, aquela como vimos revela.

tão somente uma necessidade condicionada. Na visão de Eduardo García Maynez, “quando se diz que para percorrer a distância mais curta entre dois pontos se deve seguir a linha reta, usa-se uma expressão inadequada. Se uma pessoa se propõe ir de A a B pelo caminho mais curto, tomar a linha reta é para ela uma necessidade, não um dever. Ninguém a obriga optar por tal caminho, mas se quiser realizar tal intenção, não poderá prescindir do único meio idôneo para isso. Por outro se quero aprender a língua inglesa, necessito observar dadas regras gramaticais e fonéticas. Se não as aplicar, impossível será alcançar a meta”. *Introducción al Estudio Del Derecho, México: Porrúa S.A., 1951, p. 93.*

dos sujeitos que vai compor a lide. Significa dizer que o exercício o Direito de Ação, que é consubstanciado pela garantia constitucional do acesso à justiça, faz nascer o direito processual. Direito este, fundamental para se ovacionar a dignidade humana, pois observando a história do processo, verifica-se que antes de sua existência, o Estado, como força para se sobrepor aos indivíduos, inexistia ou era incipiente, de forma que se permitia aos litigantes a autotutela de seus interesses, gerando fatores de insegurança social, tendentes a suscitar a ruptura da vida em coletividade, pois prevalecia a lei do mais forte sobre o mais fraco. Com a evolução social, tal procedimento foi ficando insustentável, e o Estado se fortaleceu assumindo o monopólio da Jurisdição, isto é, da capacidade de dizer o direito, submetendo as partes à decisão por ele anunciada.

Em face desse citado monopólio, nasceu a idéia de processo, que significa avançar, proceder em direção a um fim, tornando-se necessária à existência de atos teleologicamente ordenados a alcançar um fim, qual seja, o pronunciamento estatal acerca do direito em litígio (sentença). Na definição de Ernani Fidélis<sup>55</sup>,

A tutela jurisdicional é prestada através de uma série de atos que se interligam. O autor pede, o juiz ouve a outra parte, colhe provas e decide. A prestação jurisdicional é realizada, portanto através de um processo.

Processo, em sentido vulgar, é a soma dos atos que se sucedem, objetivando determinado fim. Neste sentido, na realidade fenomênica da vida, encontra-se uma gama imensa de processos... Pelos fins específicos da jurisdição, processo, no sentido jurídico, se caracteriza e se define em razão de suas finalidades.

Assim, se a jurisdição é o poder-dever de compor litígios, dar efetivação ao direito ou acautelarem os processos em andamento ou a se instaurarem e se ela atua através do processo, podemos, então, defini-lo como a soma dos atos que objetivam a composição do litígio, ou a efetivação do direito já acertado, após o acautelamento de um processo principal.

Destarte, durante muito tempo, o processo foi concebido como uma mera sucessão de atos (rito, procedimento), até que por volta de 1868, passou por profunda revisão por Bülow<sup>56</sup>, com a edição da obra *La Teoria de las Excepciones Procesales y los*

<sup>55</sup> SANTOS. Ernani Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil. v. 1, 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 24.

<sup>56</sup> BÜLOW. Oscar von. *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Gissen, Ed. Roth, 1868. (trad. *La Teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, por Miguel Angel Rosas Lichtschein, Buenos Aires: Ejea, 1964. p. 25-100.

*Pressupuestos Procesales*, ganhando, a partir daí, *status* de ciência autônoma, com meios próprios de investigação científica, o que só foi possível com o questionamento do caráter civilista da ação. Entretanto, o processo era instrumental demais<sup>57</sup>, e o direito se curvava às formas. Esta visão instrumentalista traz de positivo, a crença na aptidão do processo ao cumprimento de seus objetivos sócio-político-jurídicos, mas como aspecto negativo, uma *tendência processualizante*, verificada pelo excessivo apego ao formalismo e sua dissociação à realidade social, culminada pela consagração dos meios em detrimentos dos fins processuais.

Passando-se um pouco mais adiante na evolução do processo, vislumbra-se que, a sociedade cresceu, os conflitos se multiplicaram e a prestação jurisdicional tornou-se morosa, com excessiva priorização da segurança jurídica, entendida como o direito dos litigantes à cognição exaustiva do direito em litígio, ensejando a amplitude do contraditório, da ampla defesa, da interposição de recursos, entre outros, em detrimento da tempestividade da prestação jurisdicional, em última análise, entendida como acesso à Justiça. Tem-se, na prática, uma tensão entre esses dois valores, que, abstratamente, são compatíveis e harmonizados pelo texto constitucional e entre os quais não há qualquer hierarquia, mas que na prática ensejam uma nítida *colisão de direitos fundamentais*, demonstrado por Zavascki<sup>58</sup>, que evidencia a impossibilidade de sua interpretação de modo absoluto, haja vista que sofreram restrições pela própria Constituição e pelo sistema jurídico que dela emana.

Assim a excessividade no formalismo processual, preteriu a celeridade em detrimento da segurança, entendendo-se a demora do processo como um mal necessário à cognição definitiva do direito, havendo um afastamento da ciência processual em relação ao que se passa na realidade social, promovendo uma inquietação geral que transcende à ciência

---

<sup>57</sup> DINARMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, 5. ed., revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 35-50.

<sup>58</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais*. In "Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil", ano 15, n. 54, abril/março, 1997, p. 09-22.

do Direito. Entretanto, não somente o formalismo, mas todo o devido processo legal, contribui para morosidade do restabelecimento do direito material dentro do direito processual, que por vezes, são mecanismos de justiça utilizados de maneira deturpada pelas partes processuais, para primazia de injustiças.

Falando-se em partes, tradicionalmente, para conceituar autor e réu, a grande maioria da doutrina prende-se a dizer que o primeiro é aquele que pleiteia o reconhecimento de um direito subjetivo e o último, o que requer a declaração de inexistência desse direito alegado pelo autor. Luiz Guilherme Marinoni<sup>59</sup>, destaca que aquele pretende, em regra, a modificação da realidade existente e este, a manutenção do *status quo*. Esta percepção aparentemente prosaica traz à tona toda a discussão que envolve o processo em face da colisão existente entre o direito à celeridade e o direito à segurança jurídica.

## **2.2 Formas de Acesso à justiça**

Como se vê, ao longo da história a civilização solucionava seus conflitos fazendo justiça com as próprias mãos (autotutela). Com a evolução do direito, houve a monopolização da justiça, e o enraizamento dos direitos fundamentais, garantindo ao cidadão que se encontrar diante de uma lide, que esta será solucionada de maneira justa pela intervenção do Estado, dizendo o direito na pessoa do juiz.

Entretanto, para que o magistrado, uma das figuras mais importantes do Estado Democrático de Direito, possa distribuir justiça, necessário se faz que o acesso à justiça seja irrestrito e obedeça a regras de funcionamento possibilitando a todos o conhecimento prévio da sistemática processual. Para tanto, se estabeleceram regras de jurisdição, compreendendo-se nesta expressão a submissão de todos à lei: governantes e governados indistintamente.

---

<sup>59</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 17-40.

Para melhor facilitar a esfera processualística, o legislador dividiu a jurisdição em voluntária e contenciosa. Sendo voluntária quando a atividade do poder judiciário que não consiste em resolver litígios, não sendo, portanto, jurisdição propriamente dita. Entretanto, regulariza situações que necessitam serem fiscalizadas pelo Estado. Um exemplo bastante expressivo dessa jurisdição é a separação consensual, neste caso as partes vão ao juiz pedir o desfazimento da relação conjugal que existe entre elas. Não há hipótese de conflito. Tem uma índole administrativa. Já na jurisdição contenciosa, o Estado se manifesta solucionando um conflito de interesse e distribuindo o Direito.

O acesso à prestação jurisdicional então, pode ser concretizado pelo interesse das próprias partes em buscar a tutela legal, em que pelo direito de ação, ingressa no Poder Judiciário, e inicia o processo, que deve respeitar a formalidade mínima para os atos processuais, sob pena de indeferimento pelo magistrado; deve respeitar ainda, o requisito legal de pagamentos de custas e preparo, uma vez que sem eles, o acesso à justiça fica prejudicado. Então a primeira forma de acesso é por meio do advogado particularmente contratado, arcando a parte com custas judiciais e jurídicas.

Outra forma de acesso é pela da justiça gratuita, que pela sua complexidade será estudada em item apartado. Tem-se ainda como forma de buscar a prestação jurisdicional, a ação intentada pelo Ministério Público, para defesa dos direitos indisponíveis, dentre eles os direitos difusos e coletivos, onde não há custas a serem pagas. Lembre-se ainda que existem as formas de substituição processual, que garantem legitimidade extraordinária a pessoas que nem sempre são as titulares do direito. O acesso também pode se dar não pelo acesso primário, mas por uma intervenção secundária, por exemplo, pelas das formas de intervenção de terceiros.

Com isso, observa-se que o legislador se preocupou em garantir que todos tenham o direito de exercitar-se no processo a fim de adquirir uma declaração de direito; e,

não poderia ser diferente, pois somente com todas essas garantias é que se pode afirmar que a dignidade humana foi realmente respeitada na esfera do devido processo legal. Importante lembrar que todas essas garantias elencadas ao longo do presente estudo, somente atendem a finalidade do ordenamento jurídico como um todo, se ela for célere e justa, pois justiça tardia não atinge a pacificação social e nem mesmo respeita as garantias do almejado processo constitucional.

O tempo do processo e sua efetividade sempre foram vistos de forma secundária, e modernamente tem sido uma das principais preocupações do legislador, pois quem não tem razão, se beneficia muito da morosidade processual em detrimento da angústia causada na vida particular do dono do direito acarretando-lhe danos de toda a ordem, não só patrimoniais, mas também morais, violando diretamente a finalidade processual. Grande parte da doutrina dentro do nosso ordenamento jurídico entende que a demora processual é necessária à cognição definitiva do direito, sendo até mesmo natural à tramitação do processo, justificando-a principalmente em razão do princípio da ampla defesa. Para Marinoni<sup>60</sup>, todavia, "a defesa é direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor". Fora desses casos, deve ser coibida pela lei, pelos juristas de um modo geral e, principalmente pelos magistrados que não podem ficar alheios ao que está acontecendo no plano fático do processo, que é um instrumento não só técnico, mas, sobretudo ético e político. Carnellutti<sup>61</sup> ensina que "o tempo é o inimigo contra o qual o juiz luta sem descanso".

Corroborar esse entendimento Fritz Baur<sup>62</sup>, quando afirma que, "somente procedimentos céleres preenchem a finalidade do processo, dando-lhes efetividade". Pode-se assim dizer que, a justiça que não cumpre suas funções dentro de um *prazo razoável* é uma

---

<sup>60</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>61</sup> CARNELLUTTI. Francisco. Op. cit., p. 50.

<sup>62</sup> BAUR, Fritz. Trad. Por Armino Edgar Laux. *Tutela Jurídica mediante Medidas Cautelares*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985, p. 17.



*Justiça inacessível.* A demora processual, por si só, infringe no autor um manancial danoso denominado por Ítalo Andolina<sup>63</sup>, de “dano marginal em sentido estrito ou dano marginal por indução processual”. Dessa forma, se o autor for obrigado a esperar a coisa julgada material acerca de um direito, de logo provado (seja pela apresentação de provas irrefutáveis, seja pela incontrovertida ou pelo reconhecimento do pedido, ainda que parcialmente), para requerer a execução, a ele terá sido imposto um dano marginal, com o processo servindo ao réu que não tem razão, neste sentido tem-se desrespeitada a tão almejada dignidade humana, que, dentre outras coisas requer um processo com amplitude de defesa, mas ao mesmo tempo célere e efetivo – neste contexto a lei 11.232/2006, que será abordada futuramente, trouxe importante inovação. Por essa razão é de suma importância coibir toda forma de abuso, pois elas contribuem muito para a demora da prestação jurisdicional.

É claro, portanto, que se deve racionalizar o tempo da demanda, de forma igualitária entre os litigantes, equilibrando-se a relação processual em torno do princípio da isonomia, porquanto o direito a um provimento jurisdicional tempestivo e adequado trata-se indiscutivelmente de um *direito de cidadania*. Destarte, não se pode esquecer que o processo instantâneo, também é uma verdadeira quimera; o ideal é o equilíbrio entre os extremos de rapidez e morosidade, aliados ao alcance da prestação jurisdicional justa, sendo importante observar-se que um processo extremamente seguro, mas excessivamente lento é tão inadequado quanto outro bastante rápido, mas sem nenhuma segurança. Por isso, a Emenda Constitucional 45, trouxe a regra de duração razoável do processo.

Busca-se, portanto nesta pesquisa, formas de equilibrar a balança do direito, garantindo-se um processo tão rápido quanto possível, a fim de se obter uma maior segurança nos provimentos jurisdicionais, com a conseqüente repudia a todos os meios protelatórios e abusivos na utilização do direito. Com efeito, é de se desnaturar a ilusão que

---

<sup>63</sup> ANDOLINA, Ítalo. *Cognizione ed Esecuzione Forzata nel Sistema Della Tutella Giurisdizionale*, Milano: Giufrè, 1983, p. 14.

tomou conta dos operadores do direito, de que a segurança jurídica ou, em outros termos, a "busca da verdade" somente é alcançada pela cognição plena, entendendo-se, nesse caso, que qualquer *error in iudicando* seria ocasionado pelas partes que não trouxeram as provas e os meios necessários ao julgamento da lide.

Com isso, verifica-se a necessidade premente de se priorizarem tutelas fundadas na urgência de provimento, fugindo da visão retrógrada do procedimento ordinário de que juízos fundados em verossimilhança é um risco imensurável e inaceitável. O processualista tem de compreender, como ensina Ovídio Baptista<sup>64</sup>, que o "instrumento com que ele labora não poderá jamais oferecer uma solução absolutamente ideal e imune a qualquer inconveniente", isso porque os direitos fundamentais por vezes se chocam, e quando isso ocorre, o ideal é verificar onde está presente a dignidade da pessoa humana e privilegiá-la. Deste modo, pode-se realmente começar uma adequação nos atos processuais, impondo-lhe limites para serem praticados, impossibilitando cada vez mais a procrastinação judicial, e exaltando a correta distribuição da justiça.

### **2.3 Acesso à justiça e Assistência Judiciária**

Nossa Constituição Federal atual, trouxe em seu Título II, os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Assim, pode-se dizer que o legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero de direito e garantias fundamentais. Antes de qualquer discussão sobre esse Título, deve-se analisar qual fundamentalidade dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal, acerca de se assegurar à dignidade da pessoa humana.

---

<sup>64</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*, vol. 1, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 143.

Existe dúvida acerca de que, se todos os direitos ali inseridos, são realmente fundamentais. Assim, segundo Paulo Otero<sup>65</sup>, o rol excessivo dos direitos considerados fundamentais coloca em risco o próprio conceito desses direitos, por conta da degeneração do conceito de fundamentalidade. Destarte, pode-se estabelecer que o que realmente é fundamental está diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, enquanto os demais não deveriam ser assim considerados.

O moderno Estado de Direito Material, se reclama constitucionalmente baseado pelos direitos humanos, considerados fundamentais e inerentes a cada pessoa (...) O Estado de direitos fundamentais, torna-se por consequência de um imperativo constitucional decorrente do respeito pela dignidade da pessoa humana, um Estado social ou, segundo outra óptica, um Estado de bem estar.

Esse bem-estar está diretamente ligado à dignidade do homem, que muitas vezes é ferido pelo intervencionismo estatal, que confere ao Estado o papel de “empresário, sendo... titular de monopólios... configurando-o como pai patrão e amigo, que em tudo pretende intervir e disciplinar”<sup>66</sup>. Desta feita, o Estado trouxe para si a monopolização para solução de conflitos sociais, sendo ele o detentor da distribuição da justiça. Portanto, se um indivíduo se vê diante de uma lesão a direito seu, precisa recorrer ao judiciário para recompor a situação.

Como se vê, o Estado, ao proibir a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição. Em decorrência disso, não se pode mais realizar um interesse pela própria força (ação de direito material), mas sim por intermédio da tutela jurisdicional exercida pelo direito de ação (processo). Como consequência desse monopólio, ao Estado incumbe garantir a todos, pessoas físicas ou jurídicas, o amplo acesso à justiça, o que a torna um direito realmente fundamental, sendo o acesso à justiça essencial para a convivência social em harmonia, pois é ele que, além de evitar que se faça justiça com as próprias mãos, permite a efetivação dos demais direitos, tendo em vista que “o acesso à justiça” não é um mero direito,

---

<sup>65</sup> OTERO, Paulo. *Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Basto*. São Paulo: Saraiva, p. 183-189.

<sup>66</sup> Idem, *ibidem*.

e sim uma garantia, pois, é por meio dele que se efetivam os demais direitos. Corroborando esse pensamento o ilustre jurista Pontes de Miranda<sup>67</sup>, em *Comentários à Constituição de 1967/1969*, ensinando que referida garantia deveria ser ampla, não havendo nenhum óbice para que o cidadão tivesse seu direito tutelado. Não basta, contudo, que se garanta o simples acesso à justiça. É indispensável que desse acesso advenha uma prestação jurisdicional eficaz e efetiva, com presteza e pacificação social – principais escopos do processo moderno, na abalizada lição de Mauro Cappelletti e Bryan Garth<sup>68</sup>. Assim, para que se atinja esses escopos é essencial que a jurisdição esteja resguardada de inúmeras *garantias*, para que ninguém dela se distancie, como é o caso da assistência jurídica gratuita e integral aos que dela necessitam. Nesse contexto, esclarecedoras são as palavras do processualista Nelson Nery Junior, ao comentar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, afirmando que:

Esse princípio tem, ainda, como decorrência a atribuição de assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados (art. 5º, n. LXXIV). Diferentemente da assistência judiciária prevista na constituição anterior, a assistência **jurídica** tem conceito mais abrangente e abarca a consultoria e atividade jurídica extrajudicial em geral. Agora, portanto, o Estado promoverá a assistência aos necessitados no que pertine a aspectos legais, prestando informações sobre comportamentos a serem seguidos diante de problemas jurídicos, e, ainda, propondo ações e defendendo o necessitado nas ações em face dele propostas.<sup>69</sup>

Nessa linha de raciocínio, fácil é perceber que a garantia de assistência jurídica integral e gratuita prestada pelo Estado (CF, art. 5º, LXXIV), nada mais é do que um corolário lógico de se efetivar a todos, indistintamente, o amplo acesso à justiça, mesmo que não disponham de recursos para movimentar a grande máquina do judiciário.

---

<sup>67</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.1 de 1969.*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1970, tomo. IV, p. 696-697.

<sup>68</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Access to Justice: The worldwide movement to make rights effective*, in "Access to Justice, vol. I (A World Survey)". Alphenaaandenrijn-Milano, 1978. tomo I, p. 12-27.

<sup>69</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Op. cit.* p. 94.

### 2.3.1 Benefício da Justiça Gratuita – Noções Gerais

Aqui, necessário se faz à distinção entre o que seja a assistência judiciária gratuita e os benefícios da justiça gratuita, para uma análise mais acurada de qualquer pedido posto em apreciação no judiciário.

O art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, como foi visto acima, assegura, aos que provarem insuficiência de recursos, "**assistência jurídica integral e gratuita**". Veja-se que aí aparecem duas figuras distintas:

a) assistência jurídica gratuita, corresponde a todos os serviços, seja judiciais ou extrajudiciais, tais como: consulta, orientação, representação em juízo, isenção de taxas, etc. e,

b) assistência judiciária, qual seja, a prestação de todos os serviços necessários à defesa do assistido em Juízo.

Como ensina o professor Ernesto Lippmann,

assistência judiciária não se confunde com justiça gratuita. A primeira é fornecida pelo Estado, que possibilita ao necessitado o acesso aos serviços profissionais do advogado e dos demais auxiliares da justiça, inclusive os peritos, sejam mediante a defensoria pública ou da designação de um profissional liberal pelo Juiz. Quanto à justiça gratuita, consiste na isenção de todas as despesas inerentes à demanda, e é instituto de direito processual" (...) "Ambas são essenciais para que os menos favorecidos tenham acesso à Justiça, pois ainda que o advogado que se abstenha de cobrar honorários ao trabalhar para os mais pobres, faltam a estes condições para arcar com outros gastos inerentes à demanda, como custas, perícias, etc. Assim, freqüentemente, os acórdãos, ao tratar da justiça gratuita, ressaltam seu caráter de Direito Constitucional.

Não é outro o entendimento de Anselom Prieto Alvarez<sup>70</sup> que dirimindo a questão quanto à diferença entre a "assistência judiciária" e a "justiça gratuita", assim preleciona:

Denomina-se assistência judiciária o auxílio que o Estado oferece – agora obrigatoriamente – ao que se encontra em situação de miserabilidade, dispensando-o das despesas e providenciando-lhe defensor, em juízo. A lei de organização judiciária determina qual o Juiz competente para a assistência judiciária; para deferir

---

<sup>70</sup> *Uma moderna concepção de assistência jurídica gratuita.* in RT n° 778 p 49.

ou indeferir o benefício da justiça gratuita, competente é o próprio Juiz da causa. A assistência judiciária abrange todos os atos que concorram, de qualquer modo, para o conhecimento da justiça – certidões de tabeliães, por exemplo -, ao passo que o benefício da justiça gratuita é circunscrito aos processos, incluída a preparação da prova e as cautelares. O requerente, antes de entrar com a ação, em juízo, deverá solicitar a assistência judiciária.

Assim, entende-se que todos têm, como direito fundamental, amplo acesso à justiça pela assistência jurídica e judicial, ademais, diante da evolução social e da conscientização popular dos direitos, que promoveu um aumento da procura pela tutela jurisdicional, e, portanto, uma necessidade ainda maior de garantir aos cidadãos o acesso à apreciação do poder judiciário, o que gerou a garantia trazida pelo art. 2º, § 1º, da Lei 5.478/68 que criou a "simples afirmativa" de que sendo a pessoa necessitada, tem direito a isenção do pagamento de custas judiciais; o que foi recepcionado pelo texto do art. 4º da Lei 1.060/50, finalizado pela atual redação da Lei nº 7.510/86. Portanto, hoje, "em tese", uma pessoa que se vê incapaz de arcar com os custos que uma lide judicial impõe, mas necessita da imediata prestação jurisdicional, pode, por meio de simples afirmativa, postular as benesses de tal prerrogativa, amplamente garantida pela Carta Constitucional vigente, nos seguintes termos:

Art. 5º. ...

XXXIV – são a todos assegurados independente de pagamento de taxa:

a) Direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

(...)

LXXIV – O Estado prestará Assistência Jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

(...)

Assim, o benefício da justiça gratuita é um instituto de direito pré-processual, tornando-se, portanto, uma dever-função do Estado, que em seu intermédio torna plena a distribuição da justiça. Destarte, o referido direito é conferido a quem não tenha recursos financeiros de obter a prestação jurisdicional do Estado, sem arcar com os ônus processuais correspondentes. É a garantia máxima de que se um cidadão for lesado, terá toda a máquina estatal em seu favor para restabelecer a situação originária de paz social.

Entretanto, discorda-se que o critério para garantir a amplitude da prestação jurisdicional seja o caráter financeiro, pois para ter direito aos benefícios não é necessário que o indivíduo seja miserável, mas que não tenha dinheiro disponível para pagamento de custas processuais. Entende-se assim que, embora o significado de ser judicialmente necessitado, seja subjetivo, pela interpretação que vem sendo dada pelos julgadores, não quer dizer ser miserável ou pessoa absolutamente pobre. É possível encontrarem-se pessoas que possuem bens e boas condições financeiras, mas que não podem dispor de determinadas quantias para pagamentos de custas processuais.

### **2.3.2 Lei 10.060/50 – Concessão de Assistência Judiciária aos Necessitados**

Como foi visto, a instituição da justiça gratuita, mais do que uma prerrogativa é uma conquista do homem-cidadão, que mesmo em época de Estado totalitário, embora um pouco suprimido, não deixou de existir, fosse no Brasil, ou nas legislações além de nossos limites. Sua necessidade já é reconhecida como indispensável, mas suas possibilidades, muitas vezes, não são utilizadas em sua totalidade. O princípio do amplo acesso à justiça encontra forte pilar na justiça gratuita, que além de fazer valer importante garantia constitucional, disponibiliza ao requerente, a certeza de que, caso comprove sua impossibilidade de arcar com as despesas, estará dispensado das mesmas.

A Lei 1060/50 estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Ressalte-se que ela foi alterada pelas Leis nº 6.014, de 27.12.73, nº 6.248, de 08.10.75, nº 6.465, de 14.11.77, nº 6.654, de 30.05.79, nº 6.707, de 29.10.79, nº 7.288, de 18.12.84, nº 7.510, de 04.07.86, nº 7.871, de 08.11.89, Lei Nº 10.317, de 06.12.2001.

Hodiernamente, a regra da justiça gratuita determina que:

**Art. 1º** - Os poderes públicos federal e estaduais, independentemente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos desta lei. (vetado) **(alterado pela Lei nº 7.510, de 04.07.86).**

*(redação original)* Art. 1º - Os poderes públicos federal e estaduais concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei.

**Art. 2º** Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único. Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

(...).

Nos artigos 1º e 2º, Verifica-se que em nenhum momento o legislador impediu que assistência fosse concedida a pessoas que possuem bens, ou que têm salários acima do mínimo legal, mas sim às pessoas que no momento da ação não podem arcar com as custas do processo. Continuando:

**Art. 4º** A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

§ 1º A petição será instruída por um atestado de que conste ser o requerente necessitado, não podendo pagar as despesas do processo. Este documento será expedido, isento de selos e emolumentos, pela autoridade policial ou pelo Prefeito Municipal, sendo dispensado à vista de contrato de trabalho comprobatório de que o mesmo percebe salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal regional. **(alterado pela Lei nº 6.707, de 29.10.79).**

*(redação original)* - § 1º Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.<sup>71</sup>

Interpretando o artigo 4º. Observa-se que o legislador pensou na situação do cidadão no momento de exercer seu direito de ação, não exigindo que o beneficiário seja uma pessoa completamente pobre, e sim necessitado de assistência em determinados momentos. Assim, parece sensato a análise de que, têm direito à gratuidade da justiça, também aqueles que possuem bens imóveis, ou um automóvel, ou mesmo um bem qualquer, pois estes, também estão sujeitos às mazelas econômicas e financeiras. É posicionamento que merece aplauso, aquele firmado pelos tribunais pátrios, quando reconhecem o direito à justiça gratuita a todo aquele que se declare impossibilitado de arcar com as custas judiciais, independente de possuir, ou não, algum bem móvel ou imóvel.

---

<sup>71</sup> Lei 1060/50.



A profissão exercida pelo necessitado também não pode ser um óbice para a concessão do benefício, pois exercer um cargo privilegiado, não é sinal de abastada condição financeira. O que deve ser considerado é situação fática do indivíduo no momento da propositura da ação. Assim tem entendido os tribunais:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - *POSSUIDOR DE IMÓVEL* - *POSSIBILIDADE* - Assistência Judiciária Gratuita - Concessão - Existência de imóvel - Irrelevância - Seqüestro - Cabimento. A existência de patrimônio imobiliário não exclui a possibilidade de concessão do benefício de gratuidade, pois 'necessitado', a teor do artigo 2.º da Lei n.º 1.060/50 é aquele que não apresenta saldo positivo entre receitas e despesas para atender às necessidades do processo...

É claro, portanto, o entendimento do ilustre jurista Araken de Assis, no sentido de saldo positivo do requerente à prestação gratuita da justiça. O indivíduo pode ter posses, mas estar passando por dificuldades financeiras, o que, aliás, tem sido cada vez mais comum na realidade econômica do nosso país. Ainda, pode não estar passando por dificuldade financeira alguma, mas seu orçamento é exato em suas despesas, não podendo dispor de sua renda para arcar com custas processuais. Há de se lembrar ainda, que o necessitado não precisa provar seu estado de necessidade, bastando declaração unilateral de pobreza, sendo absurdas as determinações judiciais em sentido contrário. Nesse sentido é o entendimento do STF e STJ.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - REQUISITOS PARA A OBTENÇÃO - “ACesso A JUSTIÇA - DIREITO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE - Acesso à Justiça - Assistência Judiciária - Lei n.º 1.060/50 - CF, artigo 5.º, LXXIV - A garantia do artigo 5.º, LXXIV, assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei n.º 1060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta declaração, feita pelo próprio interessado, de que sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro do espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (CF, artigo 5.º, XXXV)”<sup>72</sup>

Nesta mesma linha,

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - *PRESUNÇÃO JURIS TANTUM* - Assistência Judiciária - Justiça gratuita - Concessão do benefício mediante presunção *iuris tantum* de pobreza decorrente da afirmação da parte de que não está em condições de pagar as custas do processo e honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou

<sup>72</sup> STJ -2.ª T.; Rec.Extr. n.º205.029-6-RS; Rel.Min.Carlos Velloso; j. 26.11.1996 - AASP, Ementário, 2071, p. 697-j.

de sua família - Admissibilidade - Inteligência ao artigo 5.º, XXXV e LXXIV, da CF. A CF, em seu artigo 5.º, LXXIV, inclui entre os direitos e garantias fundamentais a assistência judiciária integral e gratuita pelo Estado aos que comprovarem a insuficiência de recursos; (entretanto, entretantes), visando facilitar o amplo acesso ao Poder Judiciário (artigo 5.º, XXXV, da CF), pode o ente estatal conceder assistência judiciária gratuita mediante a presunção *iuris tantum* de pobreza decorrente da afirmação da parte de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

O conceito de “pessoa pobre” deve ser interpretado segundo o ativo e passivo de cada cidadão, sendo considerado pobre, não aquele que não possui bem algum ou tenha baixos salários, mas sim aquele que não pode arcar com custas judiciais, porque suas obrigações assumidas são maiores que suas disponibilidades. Clamando pelo auxílio da hermenêutica, e aplicando-a a realidade viva, para que se visualize o número crescente de pessoas que, apesar de um nível de vida sensivelmente melhor que de muitos necessitados, na verdadeira concepção da palavra, ainda assim vivem em condição de real pressão social, sujeitando-se à necessidade de "apertar" os orçamentos domésticos ao máximo possível.

Sabidamente o legislador não olvidou essa categoria, tornando a norma um amplo e genérico instrumento capaz de alcançar-lhes. Nesse sentido está a Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXIV, onde consta que "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;"

### **a) Conceito da Pessoa Pobre na Forma da Lei**

Com as considerações feitas, e lembrando que o conceito de pessoa pobre é demasiadamente subjetivo, ou seja, a conceituação é relativa, é possível notar que a norma somente exigiu a comprovação da insuficiência de recursos, não acrescentando aí a inexistência absoluta de bens, ou a miserabilidade total do requerente. O mesmo caminho foi trilhado pela Lei n.º 1.060/50, em seu art. 4º, que apenas para frisar se volta a transcrever: “A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, **mediante simples afirmação**, na própria

petição inicial, **de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.**" (Grifo Nosso). Mesma posição tem a colenda Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Porto Alegre/RS, em recente decisão:

**Mesmo que fossem proprietários de bens imóveis**, fato só questionado pela falta de certidão negativa do registro imobiliário, **não obsta a concessão do benefício da justiça gratuita**, importando apenas, segundo a orientação consagrada pelos Tribunais, que o beneficiário não disponha de recursos líquidos, isto porque não se lhe há de exigir que, para tanto, seja indigente ou que viva em pobreza absoluta, mas, simplesmente, que não tenha como custear as despesas do processo. Sem prejuízo próprio ou de sua família', assim diz a lei (Ac n. 47.320, Des. Francisco Borges).

Nesse mesmo sentido, o r. aresto abaixo demonstrado ganha destaque pela da decisão proveniente do TFR, 3ª Região:

Necessitado dos benefícios da assistência judiciária é todo aquele que não tem condições econômicas para pagar as custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, **pouco importante que possua imóvel residencial, automóvel e linha telefônica**. Agravo provido<sup>73</sup>

É, portanto, lamentável quando alguns magistrados, numa demonstração de total desconhecimento da realidade econômica do brasileiro, sem contar a falta de compromisso com o jurisdicionado, apega-se a peculiaridades como o indivíduo possuir algum bem, para impedir seu acesso ao judiciário gratuitamente. Se, pessoa pobre nos termos da lei, para fins de assistência judiciária, significa não poder pagar custas processuais no momento da propositura do remédio jurídico a ser utilizado para defesa de um determinado direito. Ter bens, ou boa profissão, não significa ter patrimônio líquido disponível para gastos jurídicos. Brillantemente, o desembargador Oswaldo Stefanello, em recente decisão, efetivou a correta interpretação constitucional:

Direito supraconstitucional, como o é o da vida, o amplo acesso à justiça há que ser facilitado a todo cidadão, assegurando, a quem se afirma não ter condições de suportar as despesas processuais sem reflexos negativos à própria manutenção e/ou sustento da família, a prerrogativa constitucional. O que o princípio impõe ao Estado - assistência judiciária gratuita ou justiça gratuita, - **é o prestar a assistência judiciária integral e gratuita a todos os que dela necessitem para exercer a direito de litigar, quer no pleitear uma pretensão de direito material, quer em**

<sup>73</sup> AI n. 91.010.3037-0, Minas Gerais, Rel. Juiz Tourinho Neto, in, "DJU" II, 14.05.92, pág. 2.500

**se opondo à mesma pretensão".** Esse o verdadeiro sentido do preceito contido no art. 5º, inciso LXXIV da Carta Política do País e normas infraconstitucionais que o regulam - Lei n.º 1.060/50.

A concessão da justiça gratuita, regulada pela Lei n. 1.060, de 1950, ainda vale frisar, não se preocupa, em nenhum de seus artigos, com o fato do peticionante ter ou não propriedades. Limita-se, simplesmente, no seu artigo 2º, parágrafo único, a conceituar os necessitados para fins legais, como "os que não podem pagar as custas do processo e honorários de advogado sem prejuízo do sustento próprio ou da família". Portanto, não é óbice à concessão da justiça gratuita, a existência de bens sob propriedade do requerente. A jurisprudência, a doutrina e a norma legal encontram-se pacíficas nesse posicionamento. O indivíduo muitas vezes se vê impossibilitado de, por si só, alcançar determinados objetivos, vez que ultrapassam suas forças e limites de atuação. Com isso, a situação econômica do indivíduo deve ser aferida em relação ao seu patrimônio líquido disponível. Como foi visto acima, a nossa Carta Política garante, em norma de eficácia plena (CF, art. 5º, §1º), que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (CF, art. 5º, LXXIV). Assim, a Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, que estabelece normas para a concessão de assistência jurídica aos necessitados, deve ser interpretada em consonância com as normas e princípios constitucionais acima delineados.

A assistência jurídica aos hipossuficientes deve ser proporcionada pelo Estado de forma integral, ou seja, a dificuldade de pagamento das custas e despesas do processo deve ser contornada com a isenção das taxas judiciárias, devendo o Estado proporcionar, os meios indispensáveis para a garantia dos direitos fundamentais de *todos*.

## **2.4 Princípio da Lealdade Processual**

Diante da necessidade atual de um processo constitucional, conforme ensina Renata Soltanovitch

Há de ser como premissa maior que um processo, para ser efetivo e justo, deve ser um processo ético (...) Não só porque a ética está ligada a valores, mas simplesmente porque esta nada mais é do que resultado da lealdade e boa-fé. Esses valores traduzem um resultado mais próximo da verdade, evitando chicanas, interpretações errôneas, tumultos processuais e, conseqüentemente, evitando morosidade processual (...) é óbvio que cada um possui uma escala diferenciada de valores.

Assim tem-se que todos aqueles que participam do processo devem atuar com lealdade e probidade nas práticas dos atos processuais. Tais preceitos abrangem particulares e entes públicos. A falta de lealdade conduz à má-fé, que é o comportamento ofensivo à dignidade da justiça, sendo ela de responsabilidade objetiva, pois não exige da parte inocente a prova da culpa<sup>74</sup>. Então os sujeitos do processo devem estar de boa-fé, que de acordo com a conduta comum do homem médio, que significa agir de acordo com a norma, mesmo desconhecendo-a. Na definição de Arruda Alvim

A boa-fé objetiva (mais precisamente, objetivada na lei) é aquela em que o próprio sistema jurídico fornece parâmetros para ser avaliado, o que, certamente, facilita a tarefa do juiz, e mesmo o próprio comportamento das partes, com vistas a não serem havidas como má-fé. A lei brasileira procura fornecer elementos através dos quais se possa chegar à conclusão de estar o litigante de boa-fé, ou não. É o que consta no artigo 14, no que diz respeito à exigência legal de comportamento, em conformidade com a boa-fé; e, no artigo 17, encontram-se descritas as condutas representativas de comportamento em desconformidade com a boa-fé. Ao aludirmos à boa-fé objetiva, o que quer significar é uma modalidade objetivada na lei. Esta necessariamente, também comporta interpretação, ainda que existam parâmetros indicativos úteis a facilitar a interpretação.

Portanto a boa-fé é fundamental para o bom andamento do processo, para garantir a lisura deste. Ao lado da boa-fé, tanto que se encontra a lealdade processual, tão importante quanto aquela, pois se trata de atos com qualidade de quem é leal, e ser leal significa ser “sincero, franco e honesto; fiel a seus compromissos”<sup>75</sup>. Lealdade é o elemento norteador do processo, tanto que se encontra na exposição de motivos do Código de Processo Civil:

Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos, porque tal conduta não se compadece com a

<sup>74</sup> JÚNIOR VECHIATO. *Curso de Processo Civil*. v. I, Processo de Conhecimento. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 26.

<sup>75</sup> FERREIRA. Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 616.

dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para a atuação do direito e realização da justiça<sup>76</sup>.

Muito se confunde deslealdade processual com litigância de má-fé, pois ambas estão ligadas à moralidade e a intenção de causar prejuízos. Assim, respeitar os escopos do processo significa trabalhar com a verdade processual, que abrange todos os atos seqüenciais das partes e seus advogados. Na visão de Alfredo Buzaid,

O dever de dizer a verdade e de não mentir remonta aos primórdios da civilização. Prezamos o velho testamento, o direito através dos tempos e a doutrina dos filósofos pensadores. No livro do Êxodo, já se advertia: não dirás falso testemunho contra teu próximo e fugirás da mentira; no levítico se preceituava: Não mentirás nem cada um engane seu próximo; nos salmos se apregoava: Perderás a todos os que proferem a mentira.

Entretanto, a verdade é um conceito subjetivo, pois a interpretação dos fatos, muitas vezes faz com que cada indivíduo extraia de cada fato a “sua verdade”. Processualmente falando, há de se considerar ainda, que nem sempre o advogado tem verdadeiro conhecimento dos fatos que lhe são passados pelo seu cliente. Portanto, não se pode responsabilizar o advogado no processo de que as mentiras ditas não são de sua autoria; mas vale ressaltar que, na prática forense, o abuso da técnica processual é de responsabilidade do procurador, pois o cliente não sabe da sistemática jurídica para ser responsabilizado. É necessário o respeito aos limites de atuação processual. Observa-se essa tendência nos tribunais pátrios:

AgRg no Ag 363631 / SP ; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 2001/0007019-1

Ministro JORGE SCARTEZZINI - T5 – 5ª turma - 02/10/2003 - DJ 15.12.2003 p. 348

PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – NEGATIVA DE PROVIMENTO – AGRAVO REGIMENTAL – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - MULTA – MATÉRIA FÁTICA - SÚMULA 07/STJ.

1 - A litigância por má-fé imposta pelas instâncias ordinárias, esbarra, necessariamente, no reexame do conjunto fático-probatório dos autos, já que se deve analisar novamente os quesitos estipulados em lei para imposição da sanção. Aplicação do enunciado sumular 07, desta Corte Superior de Uniformização.

2 - Precedentes (REsp n°s 228.594/SP e 227.862/RS).

---

<sup>76</sup> Notas de Alfredo Buzaid, na exposição de motivos do Código de Processo Civil.

3 - A defesa dos interesses do órgão governamental, mesmo agindo por impulso oficial, não pode ultrapassar os limites da **lealdade e boa-fé**. A procrastinação indevida, com intuito exclusivo de retardar o cumprimento da prestação jurisdicional deve ser coibida, evitando-se novas manifestações no mesmo sentido.

4 - Agravo regimental conhecido, porém, desprovido.

Quanto à responsabilidade técnica:

EDcl no AgRg no Ag 421626 / SP ; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2001/0159344-4.

Ministro: NILSON NAVES - T6 - SEXTA TURMA – 23/11/2004 DJ 07.03.2005 p. 352 - RSTJ vol. 190 p. 565

Embargos de declaração (cabimento). Caráter protelatório (sanção). Partes e procuradores (deveres). Multa (solidariedade).

1. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, a aclarar obscuridade, ou a corrigir contradição; não ocorrendo tais hipóteses, os embargos ficam sem cabimento, evidentemente.

2. Quando de todo sem cabimento os embargos, donde a conclusão de que pretendem retardar se faça, de uma vez por todas, a coisa julgada, ou que não seja ela cumprida a bom tempo e a boa hora (modalidade, tempo, lugar, etc.), os embargos têm caráter protelatório; nesse caso, o embargante está sujeito a sanção processual.

3. É lícito que a sanção alcance não só a parte (o litigante), mas também o seu procurador, uma vez que a ambos compete proceder com **lealdade e boa-fé**.

4. Embargos rejeitados; declarados, porém, manifestamente protelatórios, a Turma decidiu condenar o embargante (o Estado) e o seu procurador (o Procurador do Estado) a, solidariamente, pagarem aos embargados a multa de 1% sobre o valor da causa.

Isso faz crer que a tarefa do juiz se estende além da distribuição da justiça, pois para fazê-lo, é necessário todo um preparo psicológico para lidar com as partes.

Para isso é imperiosa a ampliação dos poderes do magistrado dentro processo, e, ao contrário do que se possa pensar, não se estaria possibilitando o autoritarismo, a ampliação dos poderes do órgão judicial não tem como contrapartida o amesquinamento do papel das partes, nem a eliminação, ou sequer a redução das garantias a que fazem jus, e tampouco das responsabilidades que sobre elas pesa.

Trata-se de confiar na intervenção estatal feita pela figura do juiz. O julgador pode e deve buscar a verdade, pois é ele quem vai dizê-la, e precisa fazê-lo com convicção, e para decidir com certeza o juiz precisa intervir em favor da verdade, sendo que, quando o faz, impede inclusive os atos abusivos praticados no processo. Portanto, necessário que haja confiança no magistrado e no sistema. Deve-se ter a crença real de que o magistrado

é imparcial em relação às partes, mas não pode ser em relação à verdade; tem obrigatoriamente que estar do lado desta, e para isso tem que ter o poder de investigar amplamente os fatos e impedir que as partes e seus procuradores apresentem incidentes desnecessários à lide. Com isso terá condições de auferir se a parte está ou não dizendo a verdade ou litigando de má-fé, para somente aí punir com rigor os abusadores do processo.

Os poderes dados ao magistrado são importantes porque, como já dito, não se pode confiar exclusivamente no desempenho das partes e procuradores em esclarecer os fatos como eles realmente ocorreram, isto porque cada parte, juntamente com seu advogado, tem interesses pessoais na lide, o que impede que se traga aos autos, aquilo que não é de seu interesse, ou seja, nem sempre a almejada verdade real aparece por que estes indivíduos não são imparciais. Essa falta de neutralidade dos advogados e partes é compreensível, afinal o profissional faz sua carreira e se torna conceituado na proporção em que tem sucesso no desempenho da função, ou seja, na medida em que ganha ou perde uma ação judicial.

Por isso, se por um lado o abuso deve ser punido com rigor pelo magistrado, por outro deve haver cautela para que injustiças não sejam cometidas. Definir o ato abusivo se torna uma atividade complexa por se tratar de um conceito subjetivo. Renata Soltanovich<sup>77</sup>, ensina que “a simples intenção de omitir (que não deixa de configurar a alteração da verdade), ocasionaria a aplicação das sanções correspondentes à litigância de má-fé”.

Veja que a questão é demasiadamente difícil. O artigo 14 do Código de Processo Civil prega o dever de dizer a verdade. Em contrapartida, tem-se a garantia constitucional de que ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo (artigo 347, I, Código de Processo Civil). Daí a razão de se dilatar a atuação do juiz dentro do processo, porque existe também o dever do patrono com os interesses do cliente. Significa dizer que não

---

<sup>77</sup> *Op. cit.* p. 68.



existe o direito de mentir, mas de interpretar os fatos conforme o conceito de verdade de cada parte. Até porque, não existe uma verdade absoluta no processo, visto que a atuação processual em busca da verdade é um processo de reconstrução de fatos passados e que o máximo que se pode esperar é chegar o mais perto possível dela, mas nunca alcançá-la com exatidão. Assim sendo é natural que cada parte do processo tenha sua verdade e seus patronos, em função do compromisso processual que prestam com seus clientes, trabalham em função desta verdade parcial, interpretada de acordo com seus interesses. Cabendo ao juiz, avaliar as parciais apresentadas e identificar aquela que mais lhe parece verossímil.

Assim, deve-se caracterizar a deslealdade quando de maneira inequívoca o advogado inverte os fatos dentro do processo. Por exemplo: duas pessoas assinam um contrato e depois vão discuti-lo no judiciário. Não é deslealdade lutar para desconstituir o objeto contratado ou até mesmo modificar cláusulas que qualquer das partes entenda que a prejudique, mas é desleal negar a assinatura consignada, quando se sabe efetivamente que o contrato foi realizado. Portanto, defender os interesses do cliente não dá ao advogado o direito de alterar os fatos, mas sim o direito de discuti-los. Esse tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AgRg no Ag 670727 / PE ; AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2005/0053493-0.

Ministro: FRANCISCO PEÇANHA MARTINS

T2 - SEGUNDA TURMA – 06/12/2005 - DJ 13.02.2006 p. 747

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 84,32%. SÚMULA 343/STF. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. **RECURSO PROTETATÓRIO**. NECESSIDADE DA IMPOSIÇÃO DA MULTA PRESCRITA NO ART. 557, § 2º DO CPC. AGRADO INTERNO DESPROVIDO.

I - Esta Corte possui jurisprudência no sentido de afastar a incidência da Súmula 343/STF, quando a irresignação versar sobre matéria constitucional, ficando a sua aplicação restrita ao contexto infraconstitucional. Precedentes.

II - Não existindo qualquer fundamento relevante que justifique a interposição do agravo interno, ou que venha a infirmar as razões contidas na decisão agravada, impõe-se a aplicação da multa de que trata o art. 557, § 2º do Código de Processo Civil, arbitrada em 2% (dois por cento), sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

III - Agravo interno desprovido.

### III. ATOS ABUSIVOS NO PROCESSO CIVIL

#### 3.1 Definições de Abuso de Direito

Nos dias atuais, a sociedade é altamente dinâmica, sendo assim, é cada vez maior o número de interesses que se chocam e se contradizem, com isso, a mundo processual teve seu fluxo consideravelmente aumentado. Segundo Alvino Lima<sup>78</sup>, “este conflito social inevitável é a essência da própria vida e a razão de ser dos preceitos normativos da conduta humana, cuja lição primacial é limitar, conciliar e combinar atividades”. Referidas normas de conduta, consideradas de direito material, como se vê, quando quebradas geram o conflito de interesses, dando origem ao processo, que na opinião de Sálvio de Figueiredo Teixeira<sup>79</sup>, “... não é um jogo de esperteza, mas instrumento ético da jurisdição para efetivação dos direitos de cidadania”. Corrobora esse pensamento, as decisões dos tribunais:

**LITIGÂNCIA DE MA-FÉ. APLICAÇÃO DE OFÍCIO. É DEVER DO ESTADO ZELAR PELA LEALDADE PROCESSUAL, CABENDO AO JUIZ, DE OFÍCIO, APLICAR A SANÇÃO CABÍVEL. RECURSO NÃO CONHECIDO – STJ. Processo nº. 51.208.**

As transformações sociais determinaram uma modificação nos princípios processuais, não podendo mais ser tolerado pela consciência jurídica coletiva o direito na sua concepção tradicional de instrumento a serviço do egoísmo, mas sim um meio de solidariedade humana, sendo necessário impor-se ao errado exercício do direito, por meio de restrições éticas e morais.

A moral deriva do latim<sup>80</sup>, significando costume ou procedimento habitual<sup>81</sup>. Para Rui Stocco<sup>82</sup>, “na forma substantiva designa a parte da filosofia que estuda os

<sup>78</sup> LIMA, Alvino. Op. cit., p. 25.

<sup>79</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. STJ – 4ª Turma – Resp. nº 65.906 – DJU 02/03/1998, p. 3.

<sup>80</sup> *Mos, moresm moralis*.

<sup>81</sup> Cf. STOCCO, Rui. *Abuso de Direito e Má-fé Processual*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 46.

<sup>82</sup> Idem, *ibidem*.

costumes, para assinalar o que é honesto e virtuoso, segundo os ditames da consciência e os princípios da humanidade”.

Neste sentido, continua afirmando o mesmo autor que,

a moral exige que sejamos fiéis a nós mesmos considerando os atos humanos em relação ao sujeito mesmo que os cumpre, ou seja, a fidelidade aos seus próprios pensamentos e convicções íntimas, nas quais o direito não deve ismicuir-se. Já o direito coloca em questão as ações de uma pessoa para com outra, estabelecendo uma coordenação objetiva bilateral de agir, de modo que a possibilidade de um ato praticado por alguém, suponha a faculdade de impedir todos os demais atos incompatíveis com ele.<sup>83</sup>

O fato de alguém se proclamar titular de um direito nos termos objetivos da norma de direito positivo, não dispensa uma vontade honesta; a consciência moral, não pode jamais ser posta à margem, visto que há deveres em relação a outrem que nenhum direito permite violar. Assim, se o direito é o justo poder de agir, observando na ação os limites fixados na lei, nossa ação deve-se manter dentro da finalidade do próprio direito conferido, da sua destinação econômica e social. Aquele, portanto, que age obedecendo apenas os limites objetivos da lei, mas que no exercício do direito que lhe confere os preceitos legais viola os princípios da finalidade econômica e social da instituição, produzindo desequilíbrio entre o interesse individual e o da coletividade, abusam de seu direito. Portanto, o conceito de abuso de direito está intimamente ligado à relatividade dos direitos subjetivos. O poder conferido ao titular de um direito é limitado, do contrário seria o mesmo que admitir a soberania de um indivíduo; trata-se de um poder teleológico, onde a finalidade do direito é eticosocioeconômico, sendo lícita à conduta que não exceder estes fins<sup>84</sup>.

Necessário se faz ainda, a distinção entre moral e ética, bem definida por Niskier<sup>85</sup>:

Moral e ética têm sido usadas vulgarmente como sinônimos. No entanto, a moral é explicada por nossos juízos éticos, indicando a aprovação e desaprovação a nossos atos. Ser moral é reconhecer o bem que aquilo é. Ética por sua vez, distingue-se da

<sup>83</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>84</sup> Cf. LIMA, Alvino. *Op. Cit.*, p. 367.

<sup>85</sup> NISKIER, A. *O Juiz, a ética e a Educação*, in *Uma Nova Ética para o Juiz*, [coord.], NALINI, José Renato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.47.

moral porque a ela interessa particularmente o estabelecimento e a recomendação de quais tipos ou maneiras de viver devem ser seguidas para considerar as ações corretas, boas ou virtuosas, ao contrário daquelas consideradas como incorretas, más ou viciosas. O interesse da ética é voltado mais para a ação do que para a aprovação de nossos atos, isto é, é mais direção e explicação desses mesmos atos.

Nos ensinamentos de Rui Stocco<sup>86</sup>, “a palavra ética vem do grego: **ethiqué** ou **ethos** e do latim **ethica**, **eticos** significando, uso, costume, caráter”. Para Aristóteles<sup>87</sup>, a ética é considerada a visão da moral, ou seja, do comportamento moral do homem na sociedade; para Rui Stocco<sup>88</sup>:

A ética enfeixa em si mesma do direito e a moral servindo-lhes de esteio e sustentação... Tanto a moral como a ética são elementos formadores que influenciam a legislação escrita lhe dá o necessário substrato e conteúdo de validade e de credibilidade que precisa ter... Mas não se pode olvidar que as normas éticas variam no tempo e no espaço ou território. Sob o aspecto temporal, devem representar e expressar o entendimento e sentimento das pessoas no momento em que devem ser observadas. Sob o aspecto espacial ou territorial, devem representar a moral e a coletividade aceita e os padrões ou Standard, de conduta de um determinado estrato social, ou seja, de uma comunidade geográfica e politicamente organizada.

Assim, não havendo norma proibitiva, o titular é livre para praticar seus atos. Daí Paulo Dourado, traduzindo os pensamentos de Scialoja<sup>89</sup>, ter afirmado que “o abuso de direito só poderia ser compreendido num período em que a moral se confunde com o direito”. Como os conceitos de moral não são estáticos, o abuso do direito também tem que ter uma estrutura dinâmica, pois o direito positivo tem que se modificar, quer legislativamente, quer por uma interpretação histórica, ou a sua transformação transformar-se-á num desastre. A medida, porém, que os deveres de solidariedade humana e o fato da interdependência econômica vão agravando a complexidade das relações sociais, a personalidade jurídica do indivíduo, sobrecarregada por novos e crescentes deveres, tende a transpor as raias do plano contratual, para mover-se numa região de mais extensas liberdades, e por isso mesmo de mais extensas responsabilidades. Campo este regido pelo direito

---

<sup>86</sup> Op.cit., p. 47.

<sup>87</sup> ARISTÓTELES, apud. KELSEN, Hans. *O que é Justiça*, trad. Luís Carlos Gomes, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 25.

<sup>88</sup> Op. cit., p. 49.

<sup>89</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. op.cit. p. 18.

subjetivo, que é relativo e se limita de conformidade com os fins a que se destinam as normas jurídicas.

Por serem relativos, os direitos subjetivos perdem, muitas vezes, o caráter de direito, para transformar-se em atos contrários à ordem jurídica. Everardo da Cunha Luna<sup>90</sup>, fazendo uma relação entre o direito subjetivo e o individualismo, entende que “o individualismo não se compadece com o princípio da relatividade dos direitos subjetivos, porque dele decorre...”. Os povos têm que ter um equilíbrio e não se deixar esvair pelo individualismo feroz, a ponto de prejudicar as boas relações dos indivíduos, em sociedade. Jaime L. Balmes<sup>91</sup>, ensina que “La regla de la moral no es el interes privado”. O social é uma extensão do individual, e não uma pedra no meio do caminho dos indivíduos. Assim o direito cessa onde o abuso começa, por isso é correto o entendimento de Pedro Batista Martins<sup>92</sup>, no sentido de “considerar como suscetível de abuso o exercício de um direito, já que as expressões se repelem”.

O mesmo autor<sup>93</sup>, ainda chama a atenção para o sentido à expressão abuso do direito, esclarecendo que:

Fala-se facilmente do uso abusivo do direito, como se esta expressão tivesse um sentido claro e preciso. Mas é necessário não nos iludirmos: o direito cessa onde começa o abuso, e não pode haver uso abusivo de um direito qualquer, porque um mesmo ato não pode ser, a um só tempo, conforme e contrário ao direito.

A refutação cabal e definitiva do abuso do direito deve-se a Jousserand<sup>94</sup>, que entende que a expressão nada mais significa do que o ato abusivo oculto sob a aparência de exercício do direito. Rui Stocco<sup>95</sup>, entende que a controvérsia apenas começa nesta

---

<sup>90</sup> Op. cit., p. 40.

<sup>91</sup> *Lógica y Ética*. Buenos Aires: Editorial Sopena Argentina, SRL, 1941, p. 91-94.

<sup>92</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 24.

<sup>93</sup> Idem, ibidem.

<sup>94</sup> Op. cit., p. 26.

<sup>95</sup> Op. cit. P. 57.

construção de que o direito cessa onde o abuso começa. Na visão de Caio Mário Silva Pereira<sup>96</sup>,

abusa, pois de seu direito, o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem.

Portanto, certo é que a possibilidade de se abusar do uso do próprio direito é uma realidade, e o problema é complexo, amplo e a diversidade de opiniões se acentuam demasiadamente. Conclui-se então que, para o exercício do direito disposto em lei, o indivíduo deve manter-se dentro de uma limitação ética, sem transgredir o direito do próximo quando da interpretação do direito subjetivo, usando-o apenas para realização de sua defesa no judiciário, na justa medida da moral e ética, sem o objetivo de obter vantagem indevida ou prejudicar outrem, por meio da simulação, da fraude ou da má-fé.

É importante atentar-se para o fato de que “para legitimar-se no campo da normalidade e da licitude não basta estar legitimado pela legislação existente e asseguradora de direitos”<sup>97</sup>.

#### O conceito de abuso do direito de Irineu Stranger<sup>3</sup>

Abuso de direito é o ato realizado, com apoio em preceito legal, que causa dano a interesse não especificamente protegido pelo ordenamento positivo, manifestado pela lesão a princípios éticos e sociais, objetiva ou subjetivamente, mediante adequação entre o intencional e o sentido da lei.

Conclui-se, portanto que, a lei permissiva pode ser utilizada para obtenção de fins ilegítimos ou não permitida pelo consenso social, hipótese em que se irá detectar o abuso no exercício do direito. Assim, o importante é fazer uso adequado da legislação existente e não dela prevalecer-se para fins ilícitos ou pretensões subalternas.

---

<sup>96</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 59.

<sup>97</sup> STOCCO, Rui. Op. cit., p. 59.

### 3.2 Teoria do Abuso de Direito

Gradativamente, com as mudanças sócio-econômicas e com a instalação do Estado Social de Direito, abrandou-se a supremacia dos direitos individuais em função da intervenção governamental dirigida ao bem-estar geral e à justiça social. Percebeu-se que o exercício de um direito legalmente reconhecido poderia, em alguns casos, revelar-se como lesivo ao direito alheio, se tornando abusivo. O Direito Romano já consagrara algumas regras destinadas a conter o possível abuso de direito. Cícero<sup>98</sup>, já prelecionava a máxima "summum jus, summa injuria" (a justiça exagerada se transforma em injustiça) e "malitius non est indulgendum" (não se deve ser tolerante com o mal-intencionado). Gaio<sup>99</sup>, por sua vez, afirmou: "male enim nostro jure uti non debemus" (não se deve mal-usar o próprio direito).

Com o enraizamento desses pensamentos reconheceu-se que o fato de alguém estar exercendo um direito amparado pela lei, não impede que o seu proceder seja não só contrário à moral e aos princípios gerais do direito, mas inclusive contrário ao próprio ordenamento jurídico enquanto sistema. É o caso por exemplo, dos recursos protelatórios. O recurso existe, mas não é por isso que as partes podem se utilizar dele de forma irrestrita. Veja-se o entendimento dos tribunais pátrios:

AgRg nos EDcl no AgRg no Ag 687422 / DF ; AGRADO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2005/0102448-1.

Ministro GILSON DIPP – T5 – 5ª Turma - 15/08/2006 - DJ 04.09.2006 p. 318  
 PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 84,32%. SÚMULA 343/STF. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. **RECURSO PROTELATÓRIO**. NECESSIDADE DA IMPOSIÇÃO DA MULTA PRESCRITA NO ART. 557, § 2º DO CPC. AGRADO INTERNO DESPROVIDO.  
 I - Esta Corte possui jurisprudência no sentido de afastar a incidência da Súmula 343/STF, quando a irresignação versar sobre matéria constitucional, ficando a sua aplicação restrita ao contexto infraconstitucional. Precedentes.  
 II - Não existindo qualquer fundamento relevante que justifique a interposição do agravo interno, ou que venha a infirmar as razões contidas na decisão agravada, impõe-se a aplicação da multa de que trata o art. 557, § 2º do Código de Processo Civil, arbitrada em 2% (dois por cento), sobre o valor atualizado da causa, ficando a

<sup>98</sup> Cícero. *Dos Deveres*. texto integral – coleção *Obra Prima de Cada Autor*, São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 52.

<sup>99</sup> Idem, *ibidem*.

interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

III - Agravo interno desprovido.

Por esses entendimentos, de que o ato abusivo tem que ser punido, a Teoria do Abuso de Direito foi considerada por muito tempo, como parte da Responsabilidade Civil, pois se achava que ao invés de abuso de direito se tinha a caracterização de um ato ilícito, entretanto, tem-se que o ato abusivo é completamente distinto do ato ilícito. Os atos ilícitos são transgressores dos preceitos e dos limites objetivos impostos pela legislação. Quando um indivíduo comete um ato ilícito, ofende o ordenamento jurídico em si mesmo, ocorre um rompimento, uma violação de uma obrigação preexistente, legal ou convencional.

Por outro lado, quando se comete um abuso, não há uma transgressão ou violação, porque o agente age utilizando-se dos mecanismos legais disponíveis para o processo. O que ocorre no abuso de direito é o desvio de sua finalidade social. Não estando presente a culpa clássica, mas sim a culpa social, a falta de ética e não a falta de legalidade. É importante que se fixe que o Abuso de Direito não se baseia na violação simples de um direito de outrem, ou da ofensa a um preceito tutelador de um interesse alheio, mas reflete o exercício do direito de forma anormal. Os direitos são concedidos aos indivíduos para satisfação de seus interesses e necessidades, mas sempre observando o contexto moral, econômico, político e social, em que eles serão exercidos. Assim, a Teoria do Abuso de Direito fornece um novo conceito de direito subjetivo, revisando este direito, aliviando-o do individualismo e do absolutismo. Sob esta ótica, o julgador tem que avaliar os atos das partes, dentro de cada processo, não sendo o abuso uma ocorrência de fácil conceituação ou percepção pelo julgador. Mas é importante que o juiz fique sempre atento, para que, sempre que verificar o abuso de direito processual, penalize o litigante ímprobo. Veja o entendimento jurisprudencial:



DJ 04.09.2006 p. 270.

Processo civil. Recurso especial. Medida cautelar. Litígio entre vizinhos, em face de execução de sentença que reconheceu existência de servidão de passagem em favor do imóvel de um deles. Obras ornamentais realizadas por este, no curso da servidão, que foram apontadas como tendo mero caráter de provocação à outra parte, em face da anterior vitória judicial. Improcedência do pedido em sede de apelação. Reconhecimento, pelo Tribunal de origem, da prática de mútua litigância de má-fé, sem que se tenha, contudo, aplicado a respectiva multa. Procedência do pedido de condenação, a esse título, do ora recorrido; necessidade, contudo, de igual condenação dos recorrentes, de ofício, sob risco de desprestígio da justiça - Não se reconhece violação ao art. 535 do CPC quando ausentes omissão, contradição ou obscuridade na decisão recorrida. - Não se reconhece interesse de recorrer à parte que já obteve o provimento jurisdicional desejado. - Não se conhece de recurso especial na específica parte em que este se encontra deficientemente fundamentado. - O Tribunal de origem reconheceu que o motivo da propositura da presente medida cautelar foi uma 'conduta revanchista' que representava verdadeiro **'abuso de direito'**; nesses termos, não é causa excludente da condenação por litigância de má-fé a invocação do direito de acesso à justiça, pois não há como reconhecer que a proteção a um direito chegue ao ponto de justificar seu próprio abuso. - Verifica-se, contudo, que o Tribunal de origem reconheceu a ocorrência de litigância de má-fé também pelos ora recorrentes, deixando de aplicar a respectiva multa em face daquele argumento já afastado em relação à conduta do recorrido. Nesses termos, e sob pena de descrédito da justiça, é de se aplicar, de ofício, igual multa àqueles, retirando-se, assim, o benefício financeiro que teriam se não tivessem adotado o mesmo tipo de postura que criticaram em seu oponente. Recurso especial parcialmente provido; aplicação, de ofício, de multa por litigância de má-fé.

Verifica-se então, que o uso ou o abuso de direito pode ser detectado pela existência ou não de motivo legítimo. O ato anormal é desprovido de motivo legítimo, por isso acarreta desequilíbrio de interesses, sendo um ato anti-social, e, portanto, abusivo. O motivo legítimo, portanto, é o ponto caracterizador do ato normal e do ato anormal. Somente o exercício regular de um direito pode ser amparado pelo ordenamento jurídico. Se ocorrer o contrário, gerar-se-á insegurança e se estará privilegiando os mais espertos e manipuladores da justiça. Então, para caracterizar o exercício abusivo do direito, ou seja, o seu uso anormal, existem dois elementos fixadores:

- 1) o exercício do direito deverá contrariar os fins a que ele se destina;
- 2) o exercício deste direito deve exceder os limites impostos pela moral, pela boa-fé e pelos bons costumes.

Se o direito tem um espírito, a "mens legislatoris", a que eles devem seguir ou um destino para qual fora concebido; esta finalidade não deve ser contrariada, o uso do

direito não pode se rebelar contra seu próprio espírito. É este espírito que, ao mesmo tempo, dá vida ao preceito legal, justifica sua existência. Qualquer exercício do direito, descompromissado com a sua afecção substancial, funcional ou teleológica, é considerado ilegítimo e abusivo, mesmo que respeite às exigências formais do mesmo. O direito tem determinadas funções que devem ser respeitadas. O abuso do direito ocorrerá quando se houver manifesto excesso dos limites impostos pela boa-fé, pela moral, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito. Para se caracterizar o uso anormal do direito, é necessário que o titular, exceda manifestadamente os limites da boa-fé. Veja o entendimento dos tribunais:

REsp 598891 / GO ; RECURSO ESPECIAL 2003/0179541-5  
Ministro: CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO – T3 – Terceira Turma –  
18/04/2006. DJ 12.06.2006 p. 473  
RECURSO ESPECIAL. NOTA PROMISSÓRIA. EMISSÃO EM BRANCO.  
PREENCHIMENTO INCORRETO. MÁ-FÉ DO CREDOR. INVALIDADE.  
1. É lícito emitir nota promissória em branco, para que o valor seja posteriormente  
preenchido pelo credor.  
2. O preenchimento, entretanto, pode acarretar a nulidade do título se o credor agir  
de má-fé, impondo ao devedor obrigação cambial sabidamente superior à prometida.  
3. Ainda que se afaste a tese da existência de falsidade ideológica, o título fica  
maculado pela quebra da boa-fé, princípio regente do direito privado e ignorado por  
quem preencheu a nota promissória.

O julgador, portanto, ao tentar detectar o abuso do direito deve observar, se o exercício deste direito atentou contra a índole do mesmo, indo contra os seus fins e se fora ofendido os limites impostos pela ordem jurídica, pela moral e pelos bons costumes. Assim, deve o juiz se basear na conduta média socialmente aceita, inserindo-a nas circunstâncias em que o ato abusivo ocorreu. A omissão também pode ser considerada abusiva. Isto ocorre, quando alguém que tinha o dever legal de atuar não atua, se omite. Neste caso, até a liberdade de se abster pode ser considerada abusiva.

Conclui-se então que os exercícios egoístas, excessivos ou anti-sociais de um direito, que o torna abusivo, adentrando, portanto, o caminho da ilicitude, independe da intenção do agente. Esta tarefa de restringir o exercício de um direito subjetivo aos seus

limites de licitude, quando exorbitante inclusive às restrições de polícia administrativa, cabe preponderantemente ao Poder Judiciário, como ressalta Diogo de Figueredo Moreira Neto<sup>100</sup>. É o juiz, portanto, que poderá dizer no caso concreto, qual é o limiar que distingue o exercício regular de um direito do direito abusivo, sempre com vistas à finalidade da lei. Aliás, o judiciário tem desempenhado tal tarefa com presteza, conforme se observa da jurisprudência dominante:

REsp **40638** / RJ ; RECURSO ESPECIAL 1993/0031544-7  
Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO - T2 - 2ª Turma - 02/09/96 - DJ  
21.10.1996 p. 40230 - LEXSTJ vol. 90 p. 121 - RSTJ vol. 88 p. 83  
RTJE vol. 157 p. 225.  
PROCESSUAL CIVIL. LITIGANCIA DE MA-FE. CPC, ARTS. 14, I,  
II E III E 17, I E II. APLICAÇÃO.  
I - E LITIGANTE DE MA-FE A PARTE QUE DEDUZ PRETENSÃO CONTRA  
**FATO INCONTROVERSO** E ALTERA A SUA VERDADE, POSTERGANDO  
O PRINCIPIO DA LEALDADE PROCESSUAL. NA ESPECIE, O RECORRENTE  
NEGOU O **FATO INCONTROVERSO** DA IMUNIDADE TRIBUTARIA  
RECONHECIDA AO RECORRIDO, ALTERANDO A VERDADE  
INDUVIDOSA DA EXISTENCIA DA COISA JULGADA.  
II - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

O artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, dá ao magistrado o poder de aplicação da lei, atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, entendendo-se como bem comum o respeito, a dignidade da pessoa humana, que uma vez preservada, se estaria zelando a essência do próprio direito.

Neste sentido, a apuração do abuso fica mesmo a cargo do magistrado, que usará do seu poder discricionário para eleger, dentre as ações praticadas pelo indivíduo, aquela que não atenda a finalidade da lei, sempre obedecendo aos critérios da razoabilidade, que é inspirada pelos princípios gerais do direito, sendo estes informados pela boa-fé, lealdade e isonomia. Princípios que devem ser obedecidos pelos particulares no exercício do seu direito subjetivo.

---

<sup>100</sup> Novo Agravo, 1. ed., Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 3. tiragem, p. 7.

### 3.3 Disposições Normativas sobre Abuso de Direito – art. 14 e 600 CPC

Além de a lealdade processual ser tratada como um princípio a ser seguido pelos operadores do direito, também deve ser vista como uma norma posta pelo legislador, como se observa na leitura dos artigos 14 e 600 do Código de Processo Civil. Diz o artigo 14:

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

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé;

III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis, ou desnecessários à declaração ou defesa do direito;

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

O referido artigo determina o comportamento adequado dos sujeitos do processo, é o chamado dever-ser, ou seja, o que se espera de todos aqueles que de alguma forma ingressam no judiciário. Ensina Celso Agrícola Barbi<sup>101</sup>, quando comenta o artigo 14 do Código de Processo Civil, que o dever de veracidade, previsto no inciso I e o dever de a parte não formular pretensões nem alegar defesas cientes de que são destituídas de fundamento, previsto no inciso II, nada mais são do que expressão do princípio da lealdade ou probidade. Trata-se de uma regra geral de conduta para os participantes do processo, concitando-os a agirem respeitando os limites de utilização dos mecanismos processuais, muito embora estejam participando de uma disputa processual e queiram vencer.

Jônatas Milhomens<sup>102</sup>, ao definir a disputa processual, ensina que;

O processo é, de certo modo, um campo aonde se trava batalha, no sentido figurado. A lide exprime uma luta, em que as partes, cada uma de seu lado, tudo fazem para tirar vantagens, para ver triunfante a sua pretensão, o seu direito. Pela própria existência do conflito de interesses nela contido, o processo é campo propício para desenvolvimento da astúcia, vizinha próxima da fraude, da má-fé. Não é de admirar que cada um dos contendores procure sacar do processo o máximo de proveito pessoal. Todavia, na relação processual há um elemento que a distingue das relações

---

<sup>101</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Atualizado por Eliana Barbi Botelho. 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 23.

<sup>102</sup> MILHOMENS, Jônatas. *Da Presunção da Boa-fé no Processo Civil*. Rio de Janeiro: forense, 1961, p. 42

de direito privado motivadoras da instauração da lide: a presença do Estado, na pessoa do juiz.

O exercício do contraditório, a ampla defesa, as argumentações, os arrazoados, não podem exceder o limite do razoável e as regras precisam ser respeitadas, sob pena do comprometimento do resultado. Uma ação judicial que obtém êxito dentro das regras representa uma vitória legítima. Um processo ganho burlando as regras, fugindo do normal exercício dos direitos, representa uma vitória indecorosa, sem razão de ser, sem legitimidade. Sobre esse aspecto, Celso Agrícola Barbi<sup>103</sup>, compara o processo judicial a um jogo, a uma competição, em que a habilidade é permitida, mas não a trapaça. O processo não é apenas ciência do direito processual, nem somente técnica de sua aplicação prática, mas também leal observância das regras desse jogo, isto é, fidelidade aos cânones não escritos da correção profissional, que assinalam os limites entre a habilidade e a trapaça, que não são válidas para finalizar o processo vitorioso. Essa tem sido a forma de julgar dos tribunais:

REsp 219036 / RS - RECURSO ESPECIAL 1999/0052143-9  
Ministro: ARI PARGENDLER – T3 – 3ª Turma – 26/09/2002 - DJ 18.11.2002 p. 210 - RT vol. 810 p. 178.  
PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS POR QUEM FRAUDOU A EXECUÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE O IMÓVEL CONSTITUI BEM DE FAMÍLIA. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM. Avalistas que, pendente execução, constituíram sociedade, integralizando o respectivo capital com imóvel em que residiam; reconhecida a **trapaça**, o imóvel não lhes retornou ao patrimônio pessoal, porque o negócio subsiste a despeito da fraude à execução (é, tão-somente, ineficaz em relação ao credor), de modo que não podem, em embargos do devedor, postular no interesse da sociedade, inconfundível com os sócios. Recurso especial conhecido e provido.

O artigo 14 relaciona os deveres processuais a serem respeitados. Quando o legislador estabelece deveres para as partes e para os demais participantes do processo, o faz levando em consideração os superiores interesses da jurisdição, que é o serviço prestado pelo Estado-juiz, que não pode assistir passivamente a prática de atos que lhe afrontam. Para controlar os ânimos dos contentores e incutir conduta proba em todos os demais participantes

---

<sup>103</sup> Op. cit. p. 122.

do feito, permeando o processo de condutas éticas, foi estabelecido pelo legislador o dever de lealdade ou probidade, disposto no artigo 14.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>104</sup> assevera que o dever de lealdade ou probidade é amplo e expressivo, implicando sua infração em repressão mediante a litigância de má-fé e os atos atentatórios à dignidade da Justiça.

Os poucos deveres processuais das partes constituem projeção e consequência de sua sujeição ao Estado-juiz e correlativa autoridade exercida por este no processo. Eles são instituídos para a defesa do interesse público no correto e eficiente exercício da jurisdição, incorrendo em ilícito aquele que os descumpre. Descumprir imperativos de conduta instituídos em benefício alheio é lesar o titular desse interesse; no caso das partes, descumpri-los é comprometer o correto exercício da jurisdição, que é do interesse geral do Estado. Daí a reação da ordem jurídica à inobservância desses imperativos de conduta, sancionando-a de diversas formas. O mais amplo e expressivo dos deveres das partes é o de lealdade, cuja transgressão a lei sanciona mediante repressão à litigância de má-fé e aos atos atentatórios à dignidade da Justiça (arts. 16-17-18 e 600-601 – infra, n. 528)<sup>105</sup>.

Se o inciso II do artigo 14 do Código de Processo prevê expressamente o dever de lealdade e probidade, indicando a adoção do princípio da boa-fé. É importante lembrar que o fator determinante da diferença entre o abuso de direito e o ato ilícito é a natureza da violação a que eles se referem. No ato ilícito a violação é observada quando o indivíduo afronta diretamente um comando legal, levando a crer que o aludido comando contém previsão expressa da conduta praticada pelo indivíduo. Já no abuso, o sujeito aparentemente estaria agindo no exercício do seu direito. Contudo, na configuração de tal hipótese, o sujeito se encontra violando os valores que justificam o reconhecimento desse direito pelo ordenamento jurídico. A análise dos artigos 16, 17, 600 e 601 do código de processo civil, permite que a idéia fique mais clara. Veja-se: Art. 16 – Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

---

<sup>104</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 209-210.

<sup>105</sup> Idem, *ibidem*.

O conceito de má-fé abrange todos os atos ilícitos ou abusivos, sendo, portanto a má-fé o gênero e os tipos de comportamento processual são as espécies. Neste sentido, é o que preleciona o artigo 17, do código de processo civil:

Art. 17 – Reputa-se litigante de má-fé aquele que:  
I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;  
II – alterar a verdade dos fatos;  
III – usar o processo para conseguir meio ilegal;  
IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;  
V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;  
VI – provocar incidente manifestamente infundados;  
VII – interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

O inciso I, do artigo 17, liga-se ao dever, contido no inciso III do artigo 14, de o litigante não formular pretensões, nem alegar defesa ciente de que são destituídas de fundamento. Cabe ressaltar que a argüição incidental de inconstitucionalidade da lei, procurando afastar sua aplicabilidade não enseja a má-fé.

No inciso II, do artigo 17, há uma correlação com o inciso I do artigo 14 (expor os fatos conforme a verdade). A relação surgida no processo é triangular, onde se estabelecem várias obrigações entre as partes, entre elas colaborar para que a atividade jurisdicional atinja seu fim, ou seja, é uma relação pautada em direitos e deveres. O dever de veracidade está implícito no direito moderno, mesmo constando como regra do direito positivo. Para Leo Rosemberg<sup>106</sup>, tanto falta a verdade aquele que faz afirmações falsas, como aquele que omite algum fato necessário ao esclarecimento da verdade.

No direito brasileiro não há distinção como no alemão entre o dever de dizer a verdade e o dever não omitir, ambos estão embutidos no inciso I do artigo 14 e inciso II do artigo 17, do código de processo civil. Para Arruda Alvim<sup>107</sup>, nos referidos incisos, ainda incide a proibição de dizer coisas vagas.

---

<sup>106</sup> ROSEMBERG, Leo. *Tratado de Derecho Processal Civil*. trad. Ângela Romera Vera. v. 1, Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1955, p. 338-339.

<sup>107</sup> *Tratado de Direito Processual Civil*, 2. ed., v. II, São Paulo: RT, 1996, p.393-394 e 398.

José Olimpio de Castro Filho<sup>108</sup>, ensina que “se as partes vêm a juízo requerendo a prestação jurisdicional, existe a necessidade lógica de que forneçam dados verdadeiros sobre os fatos que serão analisados na sentença”.

É importante porém, lembrar do princípio dispositivo, que na visão de Nelson Nery<sup>109</sup>, há sensível diferença entre conteúdo do princípio da demanda (poder de iniciar um processo) e o princípio dispositivo (faculdade de praticar atos de disposição do direito, seja material ou processual, como a produção ou não de provas, confissão, reconhecimento jurídico do pedido), que mesmo sendo entendido como englobando, o princípio da demanda não se vislumbra limitação neste, simplesmente coexistem a veracidade e a disposição, porque o autor pode trazer os fatos que quiser, bem como o réu contestá-los, como bem entender, contudo, tanto em uma posição quanto em outra devem ser verdadeiras as alegações. Fica a escolha das partes o que devem trazer a juízo, entretanto os fatos devem ser verdadeiros.

Partindo da regra constitucional que aduz que, “Ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo”, pode-se entender que sobre os fatos que se alega ou contesta, não há a necessidade de se dizer tudo que se sabe. A omissão é cabível, mas somente quando não incidir sobre a veracidade.

O inciso III do artigo 17 diz respeito à utilização do processo para atingir objetivo ilegal de uma das partes, pois se o intuito for bilateral, tem-se o processo fraudulento, tratado no artigo 129 do código de processo civil, devendo a pena de litigância de má-fé ser aplicada a ambas as partes. Arruda Alvim<sup>110</sup>, alerta que a incidência do inciso comentado é muito rara, porque fatalmente a parte contrária se insurgirá contra o objetivo ilegal pretendido.

---

<sup>108</sup> *Abuso de Direito no Processo Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 102.

<sup>109</sup> *Intervenção do Ministério Público nos Procedimentos de Jurisdição Voluntária*. *Justitia*, n.135, nota 14, p. 46.

<sup>110</sup> Op. cit. p. 441.



No inciso IV, do artigo 17, a resistência injustificada ao andamento do processo pode consistir tanto em atos como em omissões, que visem retardar o andamento processual, e podem ser praticadas pelo autor e pelo réu. Casos comuns da ocorrência deste dispositivo são a não apresentação completa de documentos e discussões sem fim de laudos periciais.

A resistência injustificada ao andamento do processo une-se ao inciso VI do mesmo artigo: “provocar incidentes manifestamente infundados”. Pode-se ainda, relacionar o inciso com o previsto no artigo 14, IV e VI, que determinam que não devam as partes produzir provas e nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. Neste sentido, de acordo com o artigo 125, II e 130, do código de processo civil, cabe ao juiz velar pela rápida solução do litígio, indeferindo diligências inúteis e meramente protelatórias. Entende-se que além do indeferimento, deve o julgador aplicar as sanções da litigância de má-fé, para assim, coibir a prática de tais atos.

No procedimento temerário, trazido pelo inciso VI, se configura a manifestação do dolo substancial: o litigante vai a juízo, sabendo que não tem direito, ou com a consciência do injusto. Liga-se ao inciso II do artigo 14 (devem as partes procederem com lealdade e boa-fé). Esse dever engloba todos os demais, por ser mais abrangente, pois a proibição da temeridade, implica respeitar os deveres do artigo 14, dizer a verdade, formular pretensões ou defesa com fundamento, produzir provas e praticar atos somente quando necessário.

O inciso VII, do artigo 17, correlaciona-se com o inciso IV do artigo 14. Ana Lúcia Lucker de Oliveira<sup>111</sup>, em vários julgados do Superior Tribunal de Justiça, pode-se encontrar claramente a repressão à lide temerária, que tem se configurado com muita ênfase na apresentação do agravo regimental. Veja-se:

---

<sup>111</sup> *Litigância de Má-fé*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 63.

PROCESSUAL – AGRAVO REGIMENTAL – AUSÊNCIA DE NOVO ARGUMENTO – LITIGANTE DE MÁ-FÉ. Não merece provimento agravo regimental que se limita a repetir teses já sustentadas no recurso especial e já decididas. Age como litigante de má-fé a parte que opõe recurso pretendendo rediscutir matéria consolidada no STJ (...) O abuso do direito ao recurso, contribuindo para inviabilizar, pelo excesso de trabalho, o STJ, presta um desserviço ao ideal de justiça rápida e segura.

REsp 705201 / SC - RECURSO ESPECIAL 2004/0166258-0

Ministra ELIANA CALMON – T2 – 2ª Turma - 01/03/2006

DJ 04.05.2006 p. 162

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO – COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS – LEIS 8.981/95 E 9.065/95 – **LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ**. 1. Caracteriza-se a **litigância de má-fé** quando a parte impetra mais de um mandado de segurança, com o mesmo pedido e causa de pedir, perseguindo a concessão de liminar. O pedido de desistência de um deles, formulado após a decisão que examinou o pedido liminar, não tem o condão de afastar a má-fé. 2. Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de ser legal a limitação da compensação em 30% dos prejuízos fiscais acumulados em exercícios anteriores, para fins de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro. 3. Recurso especial improvido.

Além dos atos de má-fé elencados pelo artigo 17, ainda existem os atos que atentam contra o bom andamento do processo, trazidos pelos artigos 600:

Art. 600 – Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que:

I – frauda a execução;

II – se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III – resiste injustificadamente às ordens judiciais;

IV – não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos a execução.

O referido artigo visa à efetividade do sistema processual, que deve ser estruturado de forma a garantir a plena realização dos direitos assegurados pela ordem jurídica. Neste sentido o não cumprimento de obrigação imposta pelo magistrado, fere diretamente a dignidade da justiça. O processo é legitimado pelos objetivos eleitos na Constituição e pelos resultados concretos que dele advém. Neste sentido, as reformas processuais implantadas a partir da década de 90 reformularam e introduziram mecanismos tendentes a proporcionar a efetividade do processo. Como exemplo a citação via postal (arts. 222-224 do CPC, alterados pela 8.710/1993), a generalização da tutela antecipatória (art. 273 do CPC, alterado pela Lei 8.952/1994), sistemática do recurso de agravo (art. 522 e seguintes do CPC, pela Lei 9.139/1995), amplitude dos poderes do relator para negar seguimento ou dar provimento a recurso (art. 557 do CPC, Lei 9.756/1998) ou conferir efeito suspensivo e

antecipar a tutela recursal (art.527, inc. III, pela Lei 10.352/2001 e art. 558, pela Lei 9.139/1995) e, entre outras tantas inovações e alterações, a disciplina da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 461 do CPC, Lei 8.952/1994) e da obrigação de entregar coisa (art. 461-A, introduzido pela Lei 10.444/2002), através de provimentos com eficácias mandamentais e executivas, além da lei 11.232/2006, que alterou sistematicamente o processo de conhecimento e execução.

Na continuidade das reformas processuais impulsionadas pelo prisma da efetividade, a Lei 10.358/2001 alterou o *caput* do artigo 14 do Código de Processo Civil, e introduziu neste mesmo artigo o inciso V (cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final), dando mais força ao artigo 600 do código de processo civil. De acordo com a exposição de motivos, esta alteração,

busca reforçar a ética no processo, os deveres de lealdade e de probidade que devem presidir ao desenvolvimento do contraditório, e isso não apenas em relação às partes e seus procuradores, mas também a quaisquer outros participantes do processo, tais como a autoridade apontada coatora nos mandados de segurança, ou as pessoas em geral que devam cumprir ou fazer cumprir os mandamentos judiciais e abster-se de colocar empecilhos à sua efetivação<sup>112</sup>

Trata-se, pois, do dever ético, direcionado não somente às partes, mas a *"todos aqueles que de qualquer forma participam do processo"*, de cumprir e respeitar as decisões judiciais com vistas a proporcionar a sua efetividade. A mudança reflete o dever de toda a sociedade de participar do ideal de justiça, na medida em que todos sejam partes, terceiros interessados ou não, auxiliares da justiça, testemunhas, peritos, entre outros, possuem deveres éticos quando atuam no processo, seja qual for a modalidade do ato praticado. Estão, portanto, diretamente ligados o artigo 14 e 600, sendo que ambos trazem a intenção do legislador em eliminar o comportamento desleal e ofensivo à dignidade da justiça,

---

<sup>112</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*. Revista de Processo, São Paulo, ano 26, n. 102, p. 219-227, abr/jun. 2001.

prestigiando a efetividade das decisões judiciais, criando o ato atentatório ao exercício da jurisdição.

A nova sistemática processual pautada na efetividade do processo complementou o artigo 14, ampliando os poderes de direção formal e material do juiz, entre os quais o poder de aplicar sanções àqueles que descumprem decisões judiciais de natureza mandamental ou que causem embaraços à efetivação de medidas executivas *lato sensu*<sup>113</sup>. Não cumprida a ordem judicial ou praticando atos ou omissões tendentes a impedir ou dificultar o cumprimento de medidas judiciais, a parte, seja qual for sua participação no processo, pratica ato atentatório ao exercício da jurisdição, sujeitando-se às sanções impostas pela ordem jurídica<sup>114</sup>. Trata-se de sistemática tendente a efetivar as decisões judiciais e reprimir o seu descumprimento. No Estado Democrático, as decisões judiciais legítimas, pautadas no devido processo legal, devem ser cumpridas; é o que se espera de todos: o respeito ao exercício dos direitos individuais e coletivos e com mais intensidade, o respeito às decisões judiciais que reconhecem e impõe a observância destes mesmos direitos.

Não cumprida a decisão judicial, antes de representar uma ofensa ao titular do direito reconhecido na decisão, a conduta ofende a dignidade da justiça, como valor indispensável à sociedade e inerente ao Estado Democrático. O desprezo, a afronta, o desacato e o desrespeito às decisões judiciais não podem ser tolerados. Atualmente, diante do caráter social e publicista da jurisdição, a liberdade individual, cede espaço à substitutividade e a inevitabilidade da função jurisdicional. A sujeição de toda a sociedade à jurisdição e os escopos sociais, políticos e jurídicos sobre os quais esta atua, identificam o caráter publicista e intervencionista do Estado, em busca da efetividade da tutela que ele é obrigado a prestar. O

---

<sup>113</sup> conforme parágrafo único do art. 14 do CPC, introduzido pela Lei n. 10.358 de 27 de dezembro de 2001.

<sup>114</sup> parágrafo único, do art. 14, do CPC, que assim determina: "Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado."

não cumprimento de uma ordem judicial emanada de órgão competente e decorrente do devido processo legal, destinada a que o devedor entregue coisa, faça ou deixe de fazer, em obediência ao ordenamento jurídico ou em virtude de obrigação voluntariamente assumida, caracteriza uma ofensa ao poder jurisdicional.

A justiça pressupõe a capacidade do Estado de impor suas decisões. Esta capacidade é inerente à idéia de jurisdição. A obtenção, no mundo dos fatos, da conduta preconizada na ordem jurídica e declarada na decisão judicial é o resultado que se espera da função jurisdicional. A falta de eficácia das decisões judiciais, ou seja, a ausência de capacidade de atingir, no mundo empírico, a regra jurídica imposta, é fator de desprestígio da justiça. As decisões devem ser cumpridas para que a função tenha utilidade social. Assim, o ordenamento jurídico fornece instrumentos destinados a impor o cumprimento das decisões judiciais.

O não atendimento de ordem judicial legítima pode acarretar prejuízos materiais ao beneficiário da ordem. Neste caso, o sujeito que desobedece, mandamento judicial pratica ato contrário ao direito, na medida em que não observa o dever esculpido no artigo 600 do código de processo civil. A desobediência de ordem judicial sujeita o agente, ainda, ao pagamento da multa fixada como medida coercitiva para o cumprimento da obrigação, do §4º, do art. 461, do Código de Processo Civil. Tem-se ainda, a prisão penal como meio de coerção de cumprimento de ordens judiciais emanadas em processo civil. O desprezo a ordem judicial pode caracterizar o crime de resistência tipificado no art. 329 do Código Penal, quando o agente se opõe à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça, ou o crime de desobediência expresso no art. 330 do mesmo diploma, quando o agente desobedece ordem legítima do juiz. O crime de desobediência é de natureza permanente, eis que se prolonga no tempo: enquanto não cumprida a ordem, seja positiva ou negativa, a situação ilícita se concretiza. Nesta linha e nos termos do art. 303 do Código de

Processo Penal, é possível a prisão enquanto não cessar a permanência, ou seja, enquanto não cumprida a ordem judicial, o agente está sujeito à prisão em flagrante. Tem-se ainda, as imposições de multa artigo 461, assemelhando nosso sistema ao do *contempt of court* da *common law*, que permite que multa ultrapasse o valor da própria dívida.

O julgador, entretanto, pode modificar o valor ou a periodicidade da multa, mas se questiona se após o cumprimento intempestivo da ordem, o juiz poderia revogar a imposição da multa. Entende-se que não, pois se a intenção do legislador é impor o respeito e a eficácia das decisões judiciais, ampliando os poderes do magistrado, parece impróprio que após a preclusão da decisão que reconhece o ato como atentatório ao exercício da jurisdição, fixando a multa punitiva, venha o juiz revogar esta imposição pelo fato do agente cumprir a ordem extemporaneamente. A parte tem que cumprir com *exatidão os provimentos mandamentais*. O fato de atender a ordem intempestivamente não parece que elimina, por completo, o desrespeito à jurisdição. Caso contrário estar-se-ia retirando ou mitigando a plena eficácia e força das ordens judiciais, eis que bastaria ao destinatário da ordem não cumpri-la no prazo fixado, protelando, intencionalmente, a satisfação da parte beneficiária da ordem, e atendê-la a qualquer momento *após a preclusão*, para obter a revogação da aplicação da multa punitiva.

A análise dos artigos acima permite entender que o desrespeito a eles caracteriza não somente o abuso do direito, como também ato ilícito, uma vez que são comportamentos que ferem diploma legal. Entende-se que em ambos os comportamentos (abusivo ou ilícito), são irrelevantes a intenção ou não de lesar a outra parte, sendo certo que, para COLIN e CAPITANT<sup>115</sup>, citados por Rui Stoco, para se caracterizar o abuso do direito não é indispensável à intenção de prejudicar, bastando à ausência de prudência de um homem médio. Veja-se suas palavras:

---

<sup>115</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p. 148.

Para que haja abuso do direito não é indispensável que se descubra no autor do prejuízo causado a outrem a intenção de prejudicar, o animus nocendi. É bastante que se observe na sua conduta à ausência das precauções que a prudência de um homem atento e diligente lhe teria inspirado.

Pedro Baptista Martins<sup>116</sup>, após analisar que o abuso do direito não constitui ato ilícito, conclui dizendo que a referida teoria se assenta numa base objetiva, portanto, sem necessidade de prova de dolo ou culpa:

A consagração da doutrina do abuso do direito é, portanto, expressa, assentando-se a fórmula numa base puramente objetiva. O destinatário de um direito subjetivo, que o exerce de maneira anormal, desnaturando-lhe os intuitos econômicos ou sociais, envolve a sua responsabilidade e se sujeita à obrigação de reparar as conseqüências de seu ato abusivo. Averiguar a intenção do agente, verifica-se o dano. Teria resultado de culpa sua, é tarefa que deve ser relegada à psicologia. O que, em consonância com o código, importa examinar é se o indivíduo, ao desencadear o seu poder jurídico, com o fim de satisfazer um interesse puramente egoístico, deixou de ter em conta os interesses antagônicos, mas hierarquizados, da coletividade, desvirtuando, por essa forma, o elemento social que, na formação da regra jurídica, predomina sobre o elemento individual.

É necessário advertir que não se constitui tarefa fácil identificar ilícitos decorrentes do abuso do direito de demandar, cometidos no bojo de ação judicial, não contidos nos artigos 14, 17 e demais disposições esparsas da lei processual codificada, embora não se possa, desde logo, afastar essa possibilidade. Assim, é possível vislumbrar a ocorrência de má-fé fora do rol do artigo 17 do Código de Processo Civil e dos demais dispositivos legais expressos, como no caso do artigo 600. Essa possibilidade abre espaço para fazer uma interpretação do inciso II do artigo 14 do código de processo como norma geral, incidindo sobre hipóteses não previstas nos demais dispositivos expressos que tratam de condutas antiéticas. E o princípio da boa-fé tem justamente a função de harmonizar a dureza e fechamento do sistema positivista, avesso às aberturas, com as exigências da vida moderna, cheia de novidades e especificidades não encontradas nos textos fechados da lei, especialmente no campo ético. A aplicação do princípio da boa-fé tem, porém, funções harmonizadoras, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo de ciência do Direito do século

---

<sup>116</sup> MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. 2. , ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1941. p.142-143.

passado. E aí não é só o legislador que tem sua importância, mas, sobretudo, o magistrado, podendo interpretar a norma com base no princípio da boa-fé. A ideia é de abertura, de flexibilização de sistema fechado, de adoção de critérios para peculiaridades de cada caso.

Ovídio Baptista da Silva<sup>117</sup>, ao comentar o artigo 14 do CPC, assevera que:

O preceito contido no art. 14 do CPC é uma manifestação do princípio geral de boa-fé objetiva, de que já se disse constituir, mais do que um princípio, o verdadeiro oxigênio sem o qual a vida do Direito seria impossível.

Brunela Vieira De Vincenzi<sup>118</sup>, após expor que apesar de os deveres de lealdade, a boa-fé e a probidade estarem previstos expressamente no código de processo civil, a doutrina e a jurisprudência só os aplica na forma das sanções à litigância de má-fé ou os atos atentatórios à dignidade da justiça, conforme previsão dos artigos 16, 17, 18, 600 e 601 do Código, não tendo eles conteúdo prático fora destes artigos.

Como se viu acima, a prática dos atos elencados pelo artigo 600 do Código de processo civil, é penalizada pelo artigo 601 do mesmo diploma legal, com o objetivo de não só evitar que o devedor se furte ao pagamento do débito judicialmente reconhecido, mas, principalmente, evitar que o executado obstaculize a regular marcha do processo, de molde a garantir que a obrigação consubstanciada no título executivo judicial seja satisfeita com a maior brevidade possível, impedindo-se que o credor, já prejudicado pelo não reconhecimento espontâneo da pretensão, venha a sofrer maiores prejuízos em decorrência da demora na concretização dos comandos emanados da decisão exequenda. Esse tem sido o entendimento dos tribunais pátrios:

REsp 690206 / PB - RECURSO ESPECIAL 2004/0134995-1  
 Ministro CASTRO MEIRA – T2 – 2ª Turma – 24/05/2005 – DJ. 01.08.2005, p. 412.  
 PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. ART. 601 DO CPC. MULTA.  
 1. A oposição maliciosa à execução caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça passível de multa exigível na própria execução, consoante dispõe o art. 601 do CPC.  
 2. Recurso especial provido.

<sup>117</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: RT, 2000. p. 103.

<sup>118</sup> VINCENZI, Brunela De. *A Boa-fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 97.



Assim, não só quando busca eximir-se de garantir a execução, mas também quando tenta infundadamente protelar a finalização do processo executório, incorre o devedor na prática de atos atentatórios à dignidade da justiça. As garantias constitucionais do processo, pressupõem o seu uso regular, não salvaguardando o litigante das punições decorrentes do uso abusivo. Isso significa garantir a pretendida dignidade da pessoa humana, prevista como premissa maior em nossa Carta Magna.

Por fim, as soluções trazidas pelos artigos comentados e ainda pelas últimas três fases de reforma do processo civil, inicialmente adequadas aos princípios norteadores do processo civil contemporâneo – de postulados éticos, de garantia da dignidade – ficam prejudicadas pelo temor em conferir amplos poderes ao juiz, decorrente da tendência moderna de controlar em fórmulas predeterminadas os poderes do juiz para evitar que ocorram abusos e ilegalidades nos julgamentos. É necessário, entretanto, que se lembre que vivemos em um Estado Democrático de Direito que possui uma estrutura estatal sólida e que merece confiança, pois na figura do magistrado está a esperança da sentença justa. Somente ele poderá avaliar diante do caso concreto, onde está o bom e o mau uso do direito.

Assim, parece que a melhor interpretação e aplicação para os art. 14, 17 e 600 do Código de Processo Civil, com efeito, está na aceitação efetiva de que eles contemplam um feixe de deveres decorrentes da cláusula geral da boa-fé (objetiva), que arrimados nas garantias constitucionais do contraditório efetivo e do devido processo legal em seus postulados mínimos.

Respeitando-se então os preceitos constitucionais, sentir-se-ão os efeitos de celeridade e efetividade processual em todo o processo, não só de conhecimento, mas também o de execução e cautelar, criando deveres para os envolvidos no processo além dos estabelecidos na lei, bem como funcionando como limitador de direitos subjetivos.

### 3.4 Tipos mais Comuns de Abuso de Direito

Como se viu, o abuso de direito processual é muito mais subjetivo do que objetivo, assim, no mundo processual, para se identificar os tipos de abuso, é necessário o uso de critérios, valorativos nos quais o juiz vai ser considerado intérprete, tentando, alcançar uma ordem principiológica, suscetível de fornecer orientação, não só a ele, mas também ao legislador<sup>119</sup>. Esses critérios devem ser buscados na Constituição Federal, que define como se forma e qual vontade de atuação estatal. Portanto, o caráter é meramente interpretativo, daí a importância do julgador, trabalhando de maneira a analisar os escritos do legislador, papel que vem sendo desempenhado com muita responsabilidade, devido à crescente demanda de atos protelatórios no processo, que precisa ser coibida, apesar da sua subjetividade. Observe-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

**Resp. 267434/SP – Recurso Especial**

**Min: Castro Meira**

**T2 – Segunda Turma – Data do Julgamento: 27/09/2005**

**DJ 10/10/2005 – p. 274**

**PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ARTS. 17 E 18 DO CPC. DEVER DE LEALDADE PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. RITO ESPECIAL. APLICABILIDADE.**

1. A **lealdade processual** é dever genérico das partes que, por essa amplitude, necessita ser observado em todas as modalidades de ação judicial, inclusive no writ que não contém norma específica em sentido contrário. Precedentes.
2. Recurso especial provido.

Constitucionalmente falando, verifica-se que em toda norma ou princípio se encontra a obrigação de respeito à ordem jurídica, que vistas pela ótica processual são garantias que prevêm que se tenha uma moralização dos direitos, onde além dos limites objetivos previstos em lei, o exercício do direito possui ainda limites de ordem teleológica ou social, que antepõe aos poderes objetivamente conferidos ao titular do direito. São preceitos que vão além da legalidade expressa, orientados, pela equidade, boa-fé e bem da coletividade.

---

<sup>119</sup> NALINI, José Renato. *O Juiz...*, p. 48.

Infelizmente, todos esses vetores legais não excluem a possibilidade de que se possa configurar um eventual abuso no exercício do direito, A observância dos critérios prudenciais, entretanto, exclui a necessidade de se regular normativamente os tipos abusivos de acesso aos tribunais, bastando o estabelecimento de alguns critérios para observância de sua ocorrência. Assim sendo, a variedade de critérios fixadores do conceito de abuso de direito tem dividido as opiniões doutrinárias, assim como as legislações.

A busca em se estabelecer uma fórmula capaz de conceituar, com precisão, a noção de abuso de direito, abre divergências entre os operadores, o que torna a tarefa mais árdua e complexa, deixando a solução do problema cada vez mais distante, até porque se está falando de condutas humanas, que se modificam a cada ato processual novo, tornando impossível tutelar as atitudes individuais.

Assim, estabelece-se alguns tipos comuns de conduta processual, que servirão de bases norteadoras ao magistrado, que além da difícil tarefa de ditar o direito, ainda tem que se preocupar com a forma de condução do processo adotada pelo advogado.

### **3.4.1 Emulação Processual**

No Direito Romano, onde nasceu a teoria do abuso, se encontra apenas alguma elucidação quanto o uso abusivo do direito, sem a presença de discussões mais profundas sobre a matéria. Ainda era muito tímida a presença da teoria naquela época, lembrando que os romanos eram extremamente individualistas e absolutistas. Particularmente a Teoria do Abuso de Direito pode ser observada no Direito Romano em expressões como: “*summum jus, summa injuria* de Cicero e *non omne quod licet honestatum est*”. O primeiro explicita que nem todo lícito é honesto; que o titular de um direito pode exercitá-lo dentro do que é tido como lícito, mas sem se desvirtuar do fim do mesmo. E o segundo, diz respeito ao

fato de que em determinadas circunstâncias pode-se cometer uma injustiça, se for aplicada a lei apenas no seu sentido estrito, no intuito de ser muito justo.

Por um lado, se o Direito Romano não contribuiu diretamente para a formação da Doutrina do Abuso de Direito, por outro, fora crucial para germinar a doutrina dos atos de emulação, ou seja, aqueles realizados com o desejo de prejudicar outrem ou causar-lhe dano. A Teoria da *Aemulatio*, desenvolvida na Idade Média, tinha como fundamento o estudo da prática de um ato com intenção maligna de lesar sem qualquer utilidade própria, ou com mínima utilidade, acarretando uma responsabilidade ao agente. Esta teoria trouxe considerações éticas e humanitárias, classificando como ilícito o exercício do direito, por parte do seu titular, com o ânimo de lesar a outrem sem que exista uma utilidade própria.

Neste estágio da evolução jurídica não poderia ser visto com bons olhos, o fato de um indivíduo sob o pretexto de exercer seu direito, prejudicasse o próximo sem que obtivesse qualquer benefício deste ato.

No Direito Espanhol adveio a Lei de Partidas, que consagrou expressamente a proibição do ato emulativo, contendo um princípio geral segundo o qual quem usa de seu direito não pode fazer injustiça a outrem. Dizia também, que qualquer homem pode fazer o que desejar, mas deve fazer de modo que não traga dano ou prejuízo a outrem. Estas disposições balizaram os modernos princípios da Teoria do Exercício Abusivo do Direito. Assim, Teoria da Emulação e as legislações proibitivas desta prática tiveram boa receptividade entre os Canonistas, pois tratavam fundamentalmente de questões de índole moral, de suma importância para eles, sendo que, Santo Agostinho e São Tomaz de Aquino fizeram uma adaptação, incluindo os fundamentos Teológicos da Igreja, considerando que tudo está sob um *dominium* principal de Deus, e que o homem, que também pertence a Deus, tem o domínio secundário das coisas. Queria deste modo impor a ética e os ensinamentos

cristãos, fundamentando que irmãos não podem utilizar os bens de Deus para lesarem outros irmãos.

O desenvolvimento da Teoria da Emulação e o aparecimento tímido da Teoria do Exercício Abusivo do Direito influenciaram os primeiros textos legislativos europeus, como o Código Civil da Prússia. Entretanto, com o Código Napoleônico as Teorias tiveram um enfraquecimento, pois neste período primava-se pela concepção individualista e metafísica dos direitos. Ocorre que já se encontrava calcificado na sociedade a repudia ao exercício intencionalmente malicioso, anormal, anti finalista dos direitos subjetivos. E rapidamente a jurisprudência insurgiu-se contra tal prática, seguida de perto pela doutrina e pelas novas legislações, significando a consagração dos princípios basilares da Teoria do Abuso de Direito. Mas foram as obras de Saleilles<sup>120</sup> e Josserand<sup>121</sup>, no final do século passado, que concretizaram a Teoria do Abuso de Direito, assinalando a relatividade dos direitos objetivos e subjetivos preceituados no ordenamento jurídico. Especialmente Josserand, que afirmou ser o Abuso de Direito de direito um ato contrário ao fim da instituição jurídica, ao seu espírito e a sua finalidade.

A emulação tem sido entendida também como sinônimo de dolo processual. Entretanto, o dolo nasceu na teoria da emulação, não se confundindo com esta, sendo a emulação mais abrangente, pois conforme se verá adiante, o dolo enseja a intenção de lesar, enquanto que a emulação seria todo ato que causa prejuízo independente da vontade. Nela, cada sujeito processual é responsável por cada ato prejudicial que pratica, e deve responder por eles. A responsabilização e a conseqüente reparação vêm mesmo do ato abusivo praticado “sem querer”, mas que trouxe um dano. A emulação exige um processo extremamente técnico, onde o erro que causa prejuízo é inaceitável. Na emulação há a junção das teorias objetiva e subjetiva da culpa.

---

<sup>120</sup> SALEILLES. R. *“Théorie Générale de L’obligation*, 3. ed., Paris, 1935, p. 370, nota 1.

<sup>121</sup> JOSSERAND. *Evolutions et actualités*, p. 91.

### 3.4.2 Dolo Processual

O dolo processual vem da teoria da emulação, se diferenciando dela no critério “intenção de prejudicar alguém”, que está diretamente ligada à teoria subjetiva do direito. Rui Stoco<sup>122</sup>, ensina que quando se fala em teoria subjetiva do abuso do direito, significa que este se caracteriza quando presente o elemento intencional. Ou melhor, que o agente tenha consciência de que o seu direito, ao ser exercido, inicialmente legítimo, desborda para o excesso ou abuso, de modo a lesar o direito de outrem. Portanto, o dolo se caracteriza pela aplicação da teoria subjetiva da culpa.

Para a teoria objetivista, bastaria que o comportamento exorbitante causasse o mal, independente da vontade do agente (trata-se aqui da emulação). Essa discordância não é atual, ela vem desde os nossos remotos doutrinadores, que se dividiam entre as duas teorias. Bonnecase<sup>123</sup>, por exemplo, se mostra contrário às idéias de Etienne Bartin, que se declara contra a intenção de lesar, tecendo críticas sob o ponto de vista social e humanitário, se colocando contra a existência do dolo processual. Bonnecase, em contraposição, declara que o elemento psicológico da noção de abuso do direito conduz a noção do dolo comum, isto é, a intenção de lesar.

A dificuldade, entretanto, está na materialização deste elemento psicológico; cabendo ao juiz pesquisar os fatos dos quais pretende deduzir o abuso do direito, ao invés de procurar efetivamente a intenção lesiva.

No início do século retrasado, Saleilles<sup>124</sup>, caracterizou o abuso processual doloso não como um ato com o fim intencional de causar de dano, mas sim o comportamento carente de um fim sério e legítimo. Com isso,

---

<sup>122</sup> STOCCO. Rui. Op. cit., p. 69.

<sup>123</sup> BONNECASE, Julien. Apud LIMA, Alvino. Op. cit., p. 33

<sup>124</sup> SALEILLES. apud, OLIVEIRA. Ana Lúcia Iucker Meirelles de. *Litigância de Má-fé*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 27.

a extensão da doutrina atingiu não só os atos praticados com o animus aemulandi, cumpridamente provado,..., Mas uma série arbitrária e indefinida de presunções diretas para provar a existência ou não do interesse legítimo no cumprimento do ato que se desejava impedir.

A palavra dolo vem do latim, significando:

Artifício, astúcia, desígnio, intenção de induzir alguém em erro. Quase sempre visa o prejuízo de alguém, podendo, contudo, no caso de **dolus bônus**, não ensejar malefício; por exemplo, o comerciante que enaltece sua mercadoria aumentando as qualidades desta, ou até o caso da mentira piedosa para, ocultando a verdade, impedir o sofrimento da pessoa induzida em erro. Na prática, o dolo é todo artifício, engodo, esperteza, destinado a induzir alguém em erro, para com isso, tirar proveito... No direito civil, o dolo é um vício do consentimento, constituindo a intenção de prejudicar (animus dolandi)<sup>125</sup>.

No Direito Francês, houve a previsão, por volta de 1804, do dolo, quando o código civil determinou que “não é permitido a qualquer pessoa fazer em sua propriedade o que não lhe tem serventia e prejudica outros”<sup>126</sup>. Já o código civil napoleônico tinha um princípio individualista, onde se construiu um sistema de direitos absolutos, que promana da lei como vontade geral ou particular, nas suas múltiplas manifestações em atos jurídicos.

Exercê-lo em sua amplitude, ainda que lesando terceiros, é uma prerrogativa amparada por lei. Trata-se de considerar o indivíduo como senhor irrestrito de seus direitos; daí, o artigo 544, que consagrou o direito de propriedade. Era uma época em que se acreditava que os textos legais eram suficientes por si sós. Coube à jurisprudência rebelar-se contra esse absolutismo, admitindo o exercício intencionalmente malicioso, anormal, antifinalista dos direitos subjetivos.

Entende-se que o abuso de direito por dolo pode ocorrer em todas as relações jurídicas. Por isso, o exercício do direito, quando seu titular não tenha legítimo interesse na sua ação, desviando o direito de sua finalidade social e econômica, deve ser condenado. O uso normal do direito, é aquele que não excede a necessidade normal da vida, sendo contraposição equilibrada de interesses sociais e morais em jogo, emergentes de

---

<sup>125</sup> Idem, ibidem.

<sup>126</sup> Idem, ibidem.

situações concretas em determinado lugar e época. Carlos Roberto Gonçalves, entende que:

127

O abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro dos limites da lei, deixa de considerar a finalidade social de seu direito subjetivo e o exorbita, ao exercê-lo, causando prejuízo a outrem. Embora não haja, em geral, violação aos limites objetivos da lei, o agente desvia-se dos fins sociais a que esta se destina.

Sílvio de Salvo Venosa<sup>128</sup>, entende que:

A idéia de intenção de lesar deve ser afastada, assim como também a culpa, entendendo que aquele transborda os limites aceitáveis de um direito, ocasionando prejuízo, deve indenizar, de modo que os pressupostos do abuso são por demais assemelhados aos da responsabilidade civil.

Finalizando, aderiu-se às idéias de Rui Stocco, que entende que se o ato causar dano ou obter vantagem ilícita, surge à obrigação de responder-se por este ato, não importando o tipo de dolo (substituiu-se aqui o dolo pela emulação, mas mantendo o nome de dolo). Até mesmo o Tribunal de Justiça de São Paulo tem admitido o abuso. Veja-se:

Comete abuso de direito, que é ato ilícito absoluto, o contraente que, com grave prejuízo a outro, exercita de forma irregular o poder de desconstituição unilateral do contrato por prazo indeterminado. De modo que o comete o cedente que, sem provar necessidade inadiável, denuncia contrato atípico de cessão de águas, ao termo do plantio do cessionário, comprometendo-lhe toda a safra com a falta de irrigação<sup>129</sup>.

Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AR 98/RJ - AÇÃO RESCISÓRIA 1989/0007610-8  
 Ministro ADHEMAR MACIEL - Ministro MIGUEL FERRANTE - S1 -  
 PRIMEIRA SEÇÃO - 20/11/89 - DJ 05.03.1990 p. 1394  
 AÇÃO RESCISÓRIA. ADMINISTRATIVO. PENSÃO MILITAR. INGRESSO  
 NO PROCESSO ORIGINÁRIO DE PRETENSÃO AMANTE DO "DE CUJUS",  
 NÃO COMO OPOENTE. MAS COMO LITISCONSORTE DA EX-ESPOSA,  
 COM O PROPOSITO ÚNICO E EXCLUSIVO DE TUMULTUAR A PROVA  
 PRODUZIDA PELA CONCUBINA. DOLO DA PARTE VENCEDORA DA  
 AÇÃO ORIGINÁRIA (CPC, ART. 485, III) E DECISÃO BASEADA EM FATOS  
 INEXISTENTES (CPC, ART. 485, IX).  
 I - o dolo do inciso III do art. 485 do CPC não é a evidência, de natureza material.  
 trata-se de '**dolo processual**', próprio do litigante de má-fé (CPC, art. 17).  
 II - o acórdão rescindendo, sobretudo em virtude das dúvidas criadas pela  
 litisconsorte, ao reformar a sentença "a quo", se baseou em fatos inexistentes.  
 III - metade da pensão e deferida a autora da rescisória, com pagamento devido a  
 partir da citação no processo de primeiro grau. correção monetária. juros de mora,

<sup>127</sup> GONÇALVES. Carlos Roberto. *Sinopses jurídicas*, Direito Civil, parte geral, 2. ed., v. I, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 160.

<sup>128</sup> VENOSA. Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v. 4, Responsabilidade Civil, São Paulo: Atlas, 2002, p. 70.

<sup>129</sup> TJSP - 2ª C. - Ap. 182.997-1 - Rel. Des. César Peluso - j. 01/06/1996.



da citação. verba de patrocínio por conta das rés, metade para cada, em 10% sobre o "quantum" a ser apurado. devolução de depósito inicial.

O código civil de 2002<sup>130</sup> também adota a possibilidade de abuso, mas não se refere ao dolo processual. Essa idéia do legislador proporcionou a postura doutrinária que mais se sobressaiu e influenciou os tribunais pátrios. Veja-se, por exemplo, em análise jurisprudencial, uma nítida adoção da teoria objetiva, dentro do abuso de direito, nas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) abaixo transcrita:

DIREITO CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DUPLICATA LEVADA A PROTESTO COM EQUIVOCADO NÚMERO DE CNPJ – OPERAÇÃO DE DESCONTO – ART. 13, §4º DA LEI 5.474/68 – AUSÊNCIA DE VERIFICAÇÃO DA REGULARIDADE DA DUPLICATA – ABUSO DE DIREITO. O banco que recebe duplicata em operação de desconto e leva-a a protesto sem verificar devidamente e sua regularidade comete ato abusivo e responde pelos prejuízos causados a terceiro de boa-fé. Precedentes. Recurso Especial conhecido e provido (Resp. 456088/GO, Min. Nancy Andrighi).

No mesmo sentido:

PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – NEGATIVA DE PROVIMENTO – AGRAVO REGIMENTAL – CONSUMIDOR – INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES – DISCUSSÃO DO MONTANTE DA DÍVIDA EM JUÍZO – ABUSO DE DIREITO – SÚMULA 83/STJ – DESPROVIMENTO.

Este tribunal já proclamou o entendimento no sentido de que o registro do nome do consumidor, como devedor inadimplente, no Serviço de Proteção ao Crédito, quando o valor da dívida está sendo discutido em juízo representa abuso de direito. Precedentes. (Resp 191.326/SP e 170.281/SC). Aplicável, portanto, à hipótese o enunciado sumular de no. 83/STJ. Agravo regimental conhecido, porém desprovido. (Ag. 520678/RS, Min. Jorge Scartezini).

Como se verifica, o critério objetivo para apuração do abuso de direito é bastante pragmático. Eficiente dentro de suas próprias limitações, não descartando aspectos subjetivos, no que se refere a análise da culpabilidade do agente. Há que se considerar que o posicionamento dos tribunais, em valerem-se desse critério, atende a atual demanda, numerosa de ações judiciais impetradas desnecessariamente, maculando o direito pátrio com futilidades e abusos nocivos ao Estado Democrático de Direito.

---

<sup>130</sup> BRASIL. Código Civil Brasileiro, lei 10.406, de 10/01/2002, artigo 187.

### 3.4.3 Temeridade Processual

A temeridade não é do ato e sim da lide, ou seja, não se trata de um ato desnecessário e sim de um processo inteiro sem finalidade. Lide temerária vem do latim, **temerariu**, incosequente, irresponsável, irrefletido. Lide proposta de forme inescrupulosa, irresponsável, pelo advogado, com ou sem conhecimento do cliente. “A lei sanciona tal conduta no CPC, dos artigos 16 a 18, litigância de má-fé, e no Estatuto da OAB – Lei 8.906, de 04/06/1994, artigos 32 e 34, incisos VI, XIV, XXII, XXVIII”.

Assim, tem-se que o exercício da demanda, como os atos processuais, não são um direito absoluto, devendo estar vinculado a um motivo legítimo. Quem recorre às vias judiciais deve ter um direito a reintegrar, um interesse legítimo a proteger, ou pelo menos, como se dá nas ações declaratórias, uma razão séria para invocar a tutela jurídica.

Oscar da Cunha<sup>131</sup>, corroborando com as idéias acima entende que a lide temerária também pode ser praticada pelo réu, em sua defesa, pois o réu que opuser, de má-fé, injustificada demanda, contra ele intentada, expor-se-ia a uma semelhante condenação. Contrapondo-se a estes pensamentos, como visto em capítulo próprio, tem-se o livre acesso à justiça, garantia constitucional que não se pode negar a qualquer cidadão, entretanto, esse direito de estar em juízo, embora já filtrado previamente pelas condições da ação e pelos pressupostos processuais, é um dos mais expostos à invasão do abuso e da malícia.

No Direito Inglês, há regras para o exercício do direito da demanda, que não se limitam a adotar medidas repressivas de reparações, mas também a contrariar o espírito de vexações, assumindo uma forma preventiva, cerceando o livre acesso a partes que tenham decaído sucessivamente de ações injustificadas. Esse acesso fica sujeito a prévias censuras<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> CUNHA. Oscar. *O Dolo e o Direito Judiciário Civil*, Rio de Janeiro: forense, 1936, p. 236.

<sup>132</sup> MARTINS. Pedro Baptista. *Op. cit.*, p. 72.

Entende-se, porém que deve existir uma presunção de boa-fé em favor daqueles que recorrem às vias judiciais, não podendo haver um exame preliminar da ação.

Pedro Martins<sup>133</sup> ensina que:

um exame preliminar dos móveis determinantes da ação, dando assim oportunidade de um verdadeiro pré-julgamento, seria criar um estado de insegurança, e de incerteza,... Mais anti-social e mais perigoso que a própria possibilidade de emulação ou abuso.

Assim fica extremamente difícil a configuração da lide temerária. Necessário se faz, identificar em sua essência o dolo ou erro grosseiro (que são equivalentes) ou pelo menos o espírito de aventura do autor. Não se está de acordo com a ocorrência da lide temerária por parte do réu, pois, uma vez ingressada uma ação contra ele, tem o direito de defender-se dos argumentos ali enumerados, sob pena de estar cerceando a defesa de alguém, ainda que seus argumentos sejam fracos e ela venha a ter uma improcedência ao final da demanda. Invocando o Direito Francês, Pedro Martins assevera que:

A jurisprudência sob este ponto, careceu a princípio de precisão: ora condenando em perdas e danos por penhoras intempestivas e frustratórias, por censuráveis dificuldades opostas pelo devedor, por ações injustas, mal fundadas e sem interesse, ora usando, ao contrário, de muito rigor para obrigar uma indenização. Mas uma importante decisão da câmara civil, de 14 de agosto de 1883, assentou o princípio de que é um direito dos particulares submeter ao julgamento dos tribunais as dificuldades que se lhe deparam, não podendo o exercício deste direito caracterizar uma falta, senão, quando constituísse um ato de malícia

Nos processo de conhecimento e execução, a configuração da temeridade processual é difícil. Verifica-se um problema real de lide temerária dentro do processo cautelar e nos pedidos de tutela antecipada; o uso indiscriminado dessas medidas, pela sua natureza processual, pode ocasionar prejuízo muito graves, ou até mesmo irreparáveis. Aí, sim, configura-se a temeridade. Neste aspecto, a observância séria do juiz das condições de concessão dessas medidas, se torna de extrema importância para impedir o cometimento do abuso. Sem essa visão compromissada do juiz com a justiça, os indivíduos irresponsáveis, poderão impunemente frustrar garantias legais de exercício do direito.

---

<sup>133</sup> Idem ibidem.

Na lide temerária, verifica-se que os verdadeiros lesados perdem a confiança no equipamento institucional encarregado de resolver os litígios e desistem de contender, assumindo prejuízos que crescem na proporção do descrédito. Por isso, efetivamente, provando-se que o litigante agiu sem motivo legítimo, de forma imoderada, tem-se que sua ação é injusta, mal fundada e não visa à proteção de um interesse jurídico, se terá comprovado o elemento intencional de abuso, e conseqüentemente configurada as lides temerárias, devendo ser punida e a parte contrária reparada pelo prejuízo emocional e patrimonial causado pela demanda.

Destarte, é irrelevante que o elemento intencional exista ou não, pois se provando que o exercício da ação tenha trazido um resultado de um erro demasiadamente ostensivo, embasado em um espírito de aventura, já fica caracterizado o abuso, que não pode ficar vinculado a elementos subjetivos, sob pena de se tornar impraticável as sanções trazidas pelo legislador para o praticante de temeridades.

#### **3.4.4 Fraude Processual**

O termo conjugado fraude processual, significa ação delituosa praticada com dolo, pelo juiz, promotor de justiça ou advogado, visando a prejudicar uma das partes no processo. Nada tem haver com abuso.

Como se pode ver no art. 347, do código penal, a fraude é um ato tão sério que é inclusive crime<sup>134</sup>:

Art. 347.

Inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com fim de induzir a erro...

A sanção penal se justifica pela gravidade deste tipo de ato judicial, pois torna inviável qualquer realização de justiça, tornando irrealizável a concretização de um

---

<sup>134</sup> Código Penal.

direito. A referida fraude é admitida como crime cometido pelas partes envolvidas na lide e concernente diretamente ao processo resultante deste. Não demanda a obtenção de vantagem ilícita e o prejuízo patrimonial alheio para sua consumação; porém restringe-se aos casos de alteração material e concreta do cenário onde se sucederam os fatos. Neste sentido:

REsp 633440 / SC ; RECURSO ESPECIAL 2004/0027588-3  
Ministro Castro Meira – T2 – 2ª Turma – 21/09/2006 – DJ 29/09/2006.  
TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL.  
REDIRECIONAMENTO. CITAÇÃO DA EMPRESA. FRAUDE À EXECUÇÃO.  
OCORRÊNCIA.  
1. É suficiente para a caracterização da fraude à execução, nos casos de redirecionamento, a venda do bem após a citação da empresa realizada na pessoa do sócio-gerente. Precedentes.  
2. Recurso especial provido.

A proibição à fraude visa proteger a administração da justiça pelo Estado.

Na atualidade, ao lado da fraude processual, que é vista como crime, está nascendo a idéia de um novo tipo penal chamado de estelionato processual, ainda não aceita pela maioria da doutrina e nem mesmo pelo judiciário, que vem a ser a proteção do patrimônio da parte lesada nos termos do artigo 171 do Código Penal. Protege o interesse particular daquele que está sendo lesado pela conduta desleal do sujeito ativo. Lembrando que a idéia foi trazida apenas para ilustração, não tendo havido maior estudo sobre o assunto.

Por se tratar a fraude processual de crime, além das sanções civis que o agente sofrerá, nestes casos, ainda é de suma importância que o magistrado, após advertida a parte quanto as implicações de seu procedimento, em permanecendo na mesma conduta ardilosa, determine a apuração do delito pelo Ministério Público, conduta esta que contribuirá sobremaneira para a eliminação do “teatro judicial” em favor da aplicação do princípio da primazia da realidade e da efetivação do valor da justiça.

### 3.4.5 Protelação Processual

Uma das garantias do devido processo legal reconhecidas como um dos direitos essenciais do estado Democrático é o da ampla defesa (entendendo-se aqui o contraditório, que é uma defesa em sentido contrário). O direito de defesa reconhece a necessidade de resolver os conflitos entre os indivíduos, com igualdade de armas processuais entre eles. Essas armas são fornecidas pelo Estado Democrático de Direito, onde cada pólo processual pode utilizar-se de todos os meios disponíveis para provar sua razão. O que ocorre é que nosso mundo processual é dotado de muitos mecanismos, que se utilizados todos, torna infundável um conflito de interesses dentro do judiciário.

Evidente que o problema não está somente na atuação das partes, que lançando mão dos meios legais, protela a disputa além de um limite razoável. Entretanto, a protelação judicial tem duas causas: uma a intenção das partes em estender a lide por um infundável espaço de tempo e outra pelo formalismo exagerado do processo que nada tem haver com a parte em si, mas sim com opções legislativas adotadas em nosso país, para o sistema processual. Em relação ao emperramento judicial, por conta das formalidades que o cercam, o legislador brasileiro tem procurado instrumentos capazes de atenuar a demora da prestação jurisdicional, como a supressão de alguns recursos, diminuição de prazos, juizados especiais, etc. O emperramento da justiça, entretanto tem muitas causas, que vêm desde defeitos legislativos até o mau comportamento das partes.

Para Alberto Torres<sup>135</sup>, “o grande problema do Brasil, é a organização de seus valores”. Entretanto, a causa mais preponderante para o emperramento do nosso judiciário é a formação do processo, que segundo Adhemar Ferreira Maciel<sup>136</sup>, “é altamente

---

<sup>135</sup> TORRES, Alberto. apud, PINTO, Roquette. *Ensaio de Antropologia Brasileira*, Brasília: Companhia Editora Nacional – UnB, 1982, p. 9 e 78.

<sup>136</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. *Considerações sobre as Causas do Emperramento do Judiciário*, in *Estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira*, Revista de Processo 97, ano 25, janeiro/março de 2000, p. 22.

formal, e exige praticamente o concurso do juiz em todos os atos. Começa com o despacho da petição inicial, que tem que ser feito pelo juiz (artigo 263 do CPC)”. No Direito Inglês, o juiz pouco lida com o processo, tem acesso a ele quando vai julgar, o escrivão certifica, marca os prazos e o processo é muito mais célere. Na hipótese de o réu contestar, quem aprecia o incidente ainda não é o juiz e sim seu auxiliar, chamado de máster, que pode sediar um acordo entre as partes, tornando-se juiz da causa. Portanto, importante para o desafogo do processo é a figura do juiz leigo (máster), além do que a sentença de primeiro grau apenas pode ensejar reapreciação, mas geralmente a demanda acaba em primeiro grau.

No Brasil, ainda refutando as idéias de Adhemar Ferreira Maciel<sup>137</sup>, discute-se o excesso de recursos processuais, fazendo com que a prestação jurisdicional se arraste por um tempo demasiadamente longo. Caso famoso neste sentido foi o “escândalo da mandioca”, como exemplo do tempo do processo, onde após 18 anos do assassinato de um procurador da república, é que as pessoas envolvidas foram julgadas e condenadas; sendo que esse tempo acoberta a impunidade, pois no caso citado, muitos dos condenados, foram beneficiados pela prescrição. A profusão legislativa também é outro problema, pois as leis no geral são mal feitas, provando incertezas jurídicas e ensejando com isso aumento das demandas e dos recursos.

Mas os problemas procedimentais dão guisa à criatividade humana, mais precisamente, à imaginação dos operadores do direito, que vêm em cada vírgula da lei um motivo para discussão judicial, brecando o processo por problemas incidentais, levando o interesse individual às últimas conseqüências, lesando toda a sociedade, pois o desvio da finalidade da lei não ofende somente o outro pólo da relação processual, mas todo o sistema processual vigente. Há que prevalecer sempre o interesse da ordem pública sobre o interesse privado dos litigantes. O problema maior é que ao invés de o legislador ter sido efetivo no

---

<sup>137</sup> Cf. Idem, *ibidem*.

controle dos atos das partes, para evitar a protelação judicial, preferiu deixar os profissionais do direito bem como as partes livres, apelando-se para seus conceitos de moral e boa-fé, que por serem subjetivos não resolvem o abuso cometido no estendimento da lide.

O processo é um meio de se alcançar justiça e não um fim, e com uma análise comedida das regras formais e do devido processo legal, será possível sempre, atingirse os objetivos a que se destinam, em lapso de tempo que não prejudique o direito dos envolvidos. Sabe-se também da dificuldade que se tem de configurar a protelação judicial, pois esta não é um ato ilícito em si, e muito menos dotado de ilegalidade; o que ocorre é a utilização criativa dos meios processuais, com fins diferentes daqueles a que foram criados, ou seja, lançar mão de medidas protetivas de direito, não para proteger, mas para postergar a sua efetivação. Outrossim, deve-se então se apegar no bom senso dos julgadores, pois é perfeitamente possível aos juízes, criar fórmulas tendentes à racionalização e agilização dos serviços, com reflexos para o público a que se destina a prestação jurisdicional, controlando inclusive as atuações processuais das partes, coibindo os atos protelatórios. Naturalmente, sua experiência diária com as leis e com o comportamento dos profissionais militantes na sua comarca o ajudará na difícil tarefa de enaltecer a celeridade processual. Não se prega aqui, entretanto, um desapego às normas processuais, no tocante a aceleração da prestação; pretende-se sim, assinalar que o procedimentalismo excessivo é tão prejudicial às partes, quanto os atos postergativos cometidos por elas, pois pode transformar-se em um problema maior que a própria lide.

Ainda, quanto mais ágil for o magistrado na solução dos incidentes que surjam e nas medidas tendentes a impedir ou retardar o andamento do processo, mais rápida será a solução da causa, prestando energia à ética, advertindo as partes que seus atos praticados em dissonância com aquilo que lhes cabe, será amplamente repelida. Veja-se:



Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS – T2 – 2ª Turma – 28/03/2006 – DJ 15/05/2006, p. 187 - PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REPETIÇÃO DO RECURSO. ACÓRDÃO INDENE DE VÍCIOS. **PROTELAÇÃO** CARACTERIZADA. ART. 538, § ÚNICO, DO CPC.

- Configurado o intuito procrastinatório dos novos embargos de declaração, por isso que o acórdão embargado, além de não ser omisso, decidiu na conformidade da jurisprudência pacífica da Corte.

- Embargos rejeitados, impondo-se à embargante a multa de 1% prevista em lei.

### 3.5 Abuso na Propositura da Ação e Interesse de Agir

Na propositura da ação, assim como no oferecimento da defesa, podem ocorrer abusos, como se verá a seguir, porque em ambos, cabe o mesmo tratamento de repulsa a estes atos, pois em nada contribuem com o ideal de justiça tão buscado pelos operadores do direito. Nosso sistema legal, tenta de todas as formas possíveis frear as práticas abusivas, subordinando um dever jurídico à regularidade do direito. Esse dever, entretanto, está intimamente ligado ao direito subjetivo, tutelando o interesse de agir, que constitui a necessidade sentida pelo homem, de que um objeto é indispensável para atingir um fim, ou seja, a satisfação de uma necessidade própria. Este interesse que é tutelado pelo direito recai sobre um fato apto a satisfazer as necessidades individuais, ligado às necessidades sociais.

Nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior<sup>138</sup>, o interesse vem a ser a necessidade ou utilidade da medida para assegurar ao promovente o fim colimado, devendo o juiz indeferir o pedido, por faltar interesse ao autor na sua realização, já que o impedimento, na espécie, é de natureza psicológica. Os abusos processuais atentam contra o Estado Democrático de Direito, fazendo que se retorne aos tempos passados e em nada saudosos da barbárie, do autoritarismo, da lei do mais forte, com uma diferença: quem ganha agora não é o mais forte e sim o mais esperto bem preparado em burlar o sistema legislativo, sem o mínimo interesse de agir.

---

<sup>138</sup> Op. cit, p. 51-58.

Devido a essa crescente onda de desrespeito ao processo, o sistema legislativo, figura básica e fundamental do Poder Judiciário, vem retirando o poder de ação baseado em interesses escusos, que utiliza e abusa freqüentemente de repugnantes artifícios, em detrimento da vontade popular, da soberania dos juízes e da autodeterminação dos povos. O Poder Judiciário tem por fim único e fundamental o bem comum da coletividade através da distribuição da justiça, portanto ilícito e imoral será todo ato judicial que não for praticado no interesse da coletividade.

Hodiernamente, a preocupação do sistema como um todo está voltado para a efetividade e celeridade processual, que para serem atingidas precisa deixar para trás as ações fundadas nas formas de abusos processuais, que embora há muito vem sendo torneado pelo legislador, mas infelizmente burlado por alguns operadores que não sentiram ainda qual o verdadeiro dever jurídico do ordenamento como um todo. Celso Agrícola Barbi<sup>139</sup>, em seus comentários ao CPC, invocando a argúcia de Liebman, ressalta que o processo civil, porque estruturado no princípio do contraditório e admitindo a verdade formal, é essencialmente refratário a uma rigorosa disciplina moralizadora do comportamento das partes, ficando difícil se estabelecer um dever jurídico. Entende-se que o dever jurídico se estabeleça no direito utilizado de maneira justa, mesmo entendimento asseverado em nossos tribunais, para quem,

o processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois esta é uma idéia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé (*improbis litigator*) – trata-se de parte pública ou parte privada – deve ter sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência do processo. O ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. O processo, em sua expressão instrumental, deve ser visto como um importante meio destinado a viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, achando-se impregnado por si mesmo, de valores básicos que lhe ressaltam os fins eminentes a que se acha vinculado (Min. Celso de Mello – Tribunal Pleno)<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p. 133.

<sup>140</sup> Rcl.1723 – AgR-QO/CE CEARÁ – julgamento em 08/02/2001 – DJ 06/04/2001 – PP 00071.

Trata-se então de uma relação jurídica, que embora encontre seres em lados opostos, deve ser pautada no respeito bilateral. Pedro Salvetti<sup>141</sup> estabelece essa relação jurídica “como o vínculo ético a unir dois ou mais indivíduos, criando entre eles direitos e obrigações recíprocas”. Assim, está certo Alvino Lima, quando afirma que “os direitos não se realizam em uma direção qualquer, mas em um ambiente social em função de sua missão e de conformidade com os princípios gerais subjacentes à legalidade, um direito natural de conteúdo variável, uma superlegalidade”. Os direitos então devem atender a um perfil com considerações morais, políticas, sociais ou econômicas que se encontram envoltas nos conflitos dos interesses em jogo.

Os direitos não são, portanto, concedidos aos indivíduos, para satisfazer apenas os seus interesses e necessidades; não são poderes conferidos por lei, amparando proventos ilimitados, quaisquer que sejam os motivos das nossas ações ou as conseqüências oriundas do exercício do direito. Não basta à organização social, que não ultrapassemos os imperfeitos e insuficientes limites objetivos do preceito legal.  
<sup>142</sup>

A teoria do abuso do direito ou da relatividade dos direitos é a manifestação concreta de que o direito possui limites além dos objetivos, reagindo contra a amoralidade e certos resultados anti-sociais que decorrem da doutrina clássica dos direitos absolutos. Por isso, é altamente prudente a atitude legislativa em editar leis que distingam pela sua fórmula abstrata, pelo seu cunho de generalização, a fim de que todas as relações sociais e todas as exigências econômicas possam acomodar-se, senão à sua letra, pelo menos ao seu espírito, em consonância com as finalidades que as teriam determinado.

---

<sup>141</sup> SALVETTI NETO, Pedro. *Curso de Teoria do Estado*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1984, p. 164.

<sup>142</sup> LIMA, Alvino. Op. cit., p. 32.

### 3.5.1 Abuso do Direito de Defesa

Assim como o exercício do direito de ação pode ser abusivo, por meio das lides indevidas, como foi mostrado em tópico anterior também à defesa deve se pautar nos limites do espírito do processo.

Modernamente, a defesa, no processo civil, não mais se edifica no estrito âmbito da lei instrumental, interpretada friamente, possibilitando excessos processuais, sob argumentação de exercício de direito.

Deve-se ter convicção de que o processo, além de veículo de sujeição de uma parte à outra, é meio ou método e instrumento do poder jurisdicional do Estado nas mãos do juiz "com vistas ao objetivo de fazer justiça"<sup>143</sup>. O processo seria, assim, o instrumento da subjetividade do juiz na pacificação dos conflitos, cumprindo objetivos sociais, políticos e jurídicos, e se possui esse fim social, com busca da pacificação, evidente que sob o manto da justiça, não se pode conceber a possibilidade de se utilizar o próprio meio jurisdicional de pacificação social, para prejudicar o fim subjetivo do processo. Por essa razão, nosso ordenamento jurídico, no código de processo civil, prevê a figura do abuso do direito de defesa, quais sejam:

Inciso II, do artigo 273, que repele o "abuso do direito de defesa" e o "manifesto propósito protelatório do réu", hipóteses estas que merecem detalhada análise.

Quanto ao "abuso do direito de defesa", que, segundo análise dos capítulos acima, deve ser compreendido como "a prática, no curso do processo, de atos indevidos e desnecessários e, porque não, impertinentes". O referido abuso ocorre não só quando se exercita o direito de maneira anormal, mas também quando esse exercício objetiva fins mal-intencionados. Considerando-se que o *abuso do direito de defesa* seja o exercício exorbitante do direito de contestar, podemos considerar que o *propósito protelatório do réu* nada mais é

---

<sup>143</sup> CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. Op. cit., p. 147.

que, qualquer outro ato não relacionado à contestação que tenha por escopo o *retardamento do processo*. Isto pode ocorrer tanto na hipótese de o réu se valer de uma só das modalidades de resposta, com intenção flagrantemente procrastinatória, como no caso dele se valer do oferecimento simultâneo de várias respostas (reconvenção, exceção, impugnação ao valor da causa, denúncia, etc.) descabidas, todas ou algumas, ou desprovidas de razoável fundamento ou articulação.

Assim, tem-se que o “manifesto propósito protelatório do réu” também pode ensejar o entendimento de que um abuso foi cometido dentro do processo, podendo ocorrer inclusive em sede recursal. O Supremo Tribunal Federal, já se manifestou acerca do assunto, aplicando penalidades aos recorrentes abusadores:

RECURSO MANIFESTAMENTE INFUNDADO – ABUSO DO DIREITO DE RECORRER – IMPOSIÇÃO DE MULTA A PARTE RECORRENTE (CPC, ART 557, § 2º, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 9576/98). PRÉVIO DEPÓSITO DO VALOR DA MULTA COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DE NOVOS RECURSOS.

A possibilidade de imposição de multa, quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, encontra fundamentos em razões ético-jurídico, pois, além de privilegiar o postulado da lealdade processual, busca imprimir maior celeridade ao processo de administração da justiça, atribuindo-lhe um coeficiente de maior racionalidade, em ordem a conferir efetividade à resposta jurisdicional do Estado. A multa a que se refere o artigo 557, tem inquestionável função inibitória, eis que visa a impedir, nas hipóteses referidas nesse preceito legal, o exercício irresponsável do direito de recorrer, neutralizando dessa maneira, a atuação processual do improbus litigator.<sup>144</sup>

Em decorrência do exposto no parágrafo anterior tem-se que, quem se utiliza dos expedientes procrastinatórios no curso da demanda revela propósito manifestamente protelatório. Proceda da mesma forma quem opõe resistência injustificada ao andamento processual. Enfim, caracteriza o abuso de direito processual de defesa, demonstrando atitudes de afronta ao ordenamento, ou seja, de resistência ao cumprimento do mandamento legislativo, especialmente quando esta conduta demonstra a nítida, clara e evidente intenção de postergar a solução de direito material.

---

<sup>144</sup> Rel. Min. Marco Aurelio – Emb. Decl. Ag Reg. no Ag. Instrm. – AI 193779 AgR-ED/PR Paraná – 13/06/2000 – DJ 08/06/2001 PP00014.

Portanto, protelatório é tudo que retarda o andamento do feito, sem razão que se possa acolher, ou seja, sem justificção razoável, vale dizer, quando do ato não poderá resultar proveito processual lícito para o interessado em sua prática. Não se está, entretanto, defendendo que a parte não possa ou deva exercer seu direito de defesa, pois é sabido que o processo judiciário muito rápido tende a tornar superficial o exame do litígio e a propiciar a ocorrência de erros e injustiças. O que se defende é que se encontre uma situação intermediária de celeridade e respeito à ordem jurídica, ou seja, é necessária uma agilização da demanda, contraposta à também importante cognição exauriente; por isso que o andamento do processo é sempre lento, em todos os tempos e em todos os lugares. Ocorre que, essa lentidão não pode passar dos limites já previstos pelo legislador; se os mecanismos processuais forem utilizados de maneira adequada, certamente ter-se-á um processo próximo daquilo que seria razoável. Isso porque hoje, uma das vertentes mais significativas no mundo jurídico é a preocupação com a efetividade na prestação jurisdicional, pois a lentidão se mostra tão excessiva que provoca clamor público, obrigando legisladores e magistrados a procurarem reformas para o atendimento dos anseios dos destinatários da justiça.

Sabendo que, todos aqueles que recorrem à tutela jurisdicional, têm pela frente um complexo procedimento a enfrentar em primeiro grau e provavelmente em segundo grau, tem-se que qualquer atitude irresponsável e indevida eleva ainda mais a complexidade e o tempo de demanda. Por isso, quando se fala de defesa, merece atenção ainda, a questão dos recursos, que na lição do Dr. Nelson Luiz Pinto<sup>145</sup>,

recurso é uma espécie de remédio processual que a lei coloca à disposição das partes para impugnação das decisões judiciais, dentro do mesmo processo, com vistas à sua reforma, invalidação, esclarecimento ou integração, bem como para impedir que a decisão impugnada se torne preclusa ou transite em julgado. Trata-se de um direito subjetivo... É uma extensão do direito de ação ou de defesa, e portanto, apenas prolonga a vida do processo

---

<sup>145</sup> PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 27.

Sendo que sua finalidade, na visão de Francesco Carnelutti<sup>146</sup>, ensina que este visa a corrigir um vício ou adequar a sentença à legalidade que porventura pode ter escapado do julgador de primeiro grau, ou seja, tem o fim na realização da justiça. Assim, o exercício do recurso não é absoluto, se acha condicionado a um motivo justo, um interesse legítimo, entretanto, no nosso direito, por questões constitucionais não é possível à adoção de medidas preventivas contra o abuso; o controle jurisdicional deve ceder espaço à noção clássica de liberdade e responsabilidade, limitando a condenar o improbo litigante a reparar os danos que causou, em consequência do mau uso de seu direito. Algumas linhas doutrinárias entendem que possibilitando um pré-julgamento, estaria-se criando um estado de incerteza e muito mais anti-social e perigoso que a própria possibilidade de emulação ou abuso.

O recurso é um importante mecanismo de defesa, que deve estar à disposição das partes, não podendo ser tolhido ou redimensionado; mas o magistrado, na sua experiência jurídica deve perceber se este está sendo utilizado com a intenção de frear o andamento do processo, e se estiver sem dúvida alguma se tratará de recursos abusivos, atentando contra a justa medida dos interesses em conflito e contra o equilíbrio das relações jurídicas. O universo processual, ao ser observado como um todo permite verificar que o indivíduo é sim livre para demandar, porque o direito garante essa liberdade, entretanto, é o uso indevido dela que vai caracterizar o ato abusivo. Visando justamente controlar a liberdade humana e não deixar a justiça sujeita à apenas o bom senso dos indivíduos que a procura, membros da Magistratura e legisladores, foram introduzindo no processo civil modificações que, inegavelmente, contribuíram para lhe diminuir a demora e o abuso.

Pode-se destacar como um excelente mecanismo a coibir a defesa desmedida a instituição da antecipação dos efeitos da tutela e a nova redação do art. 331 § 2º, esta última ainda não aceita plenamente no primeiro grau da Jurisdição. Muitos juízes

---

<sup>146</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Instituzione del Processo Civile Italiano*, 6. ed., v. II, Roma: Sociedade Editora del Foro Italiano, 1957, p. 100-143.

continuam a deixar de fixar os pontos controvertidos e a retardar a solução de questões processuais. Kazuo Watanabe<sup>147</sup>, discorre sobre esta resistência dos operadores do direito, e explica que:

Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados, um sólido patamar para, com uma visão crítica, e mais ampla da utilidade do processo, proceder a um melhor estudo dos institutos processuais, prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo novos institutos, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha e plena e total aderência, à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo a primordial vocação que é a de servir de instrumento de efetiva realização dos direitos.

Essa corrente tem buscado constantes soluções para os entraves jurídicos, e dado especial atenção para o instituto dos recursos, que um é dos meios legais que mais atrasam a distribuição efetiva do direito. Já que em primeira instância o processo, apesar da cognição exauriente, é relativamente ágil, e em segundo grau até a distribuição é demorada. Ainda, quando o processo finalmente entra na fila de julgamento, reiteradas vezes o advogado protesta por sustentação oral, forçando uma modificação na data do julgamento, e depois simplesmente não comparece para tal sustentação, alegando qualquer impedimento profissional. Evidente se configura a intenção de lesar o pólo contrário da relação, devendo haver punição severa do poder judiciário contra estes tipos de atitudes.

Por isso, Barbosa Moreira<sup>148</sup>, lembra que o juiz não pode mais se limitar a uma postura estática, tem e deve ser participativo, já que possui inevitável compromisso com a justiça; por outro lado, adverte Aroldo Plínio Gonçalves<sup>149</sup>, que essa participação também tem limites, pois o juiz não pode se transformar em um contraditor, ele não participa em contraditório com as partes, ele não é um interessado ou contra-interessado no provimento. Embora pese a preocupação do ilustre jurista, se entende que o juiz é interessado sim no resultado do processo, devendo ter comprometimento máximo com ele e principalmente,

---

<sup>147</sup> WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000, p. 20.

<sup>148</sup> BARBOSA MOREIRA. *Participação e Processo*. Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 126.

<sup>149</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p. 120-121.



respeito com as partes, buscando sempre a verdade, e jamais se contentando em atuar formalmente na distribuição da justiça. O juiz deve atuar como aliado da justiça, auxiliando na busca da verdadeira justiça, pois assim, estará atendendo a finalidade do processo e as pacificações sociais, que somente é possível com a prolação da sentença justa. Por isso, releva acentuar que se faz necessário um processo os moldes constitucionais, por sua principiologia instituída em norma fundamental, ensejando às partes o pleno exercício do contraditório, da ampla defesa, garantindo a isonomia de oportunidades e de efetiva participação na construção do provimento, tendo sempre compromisso, não com a pura e simples solução da lide, mas um verdadeiro pacto com a função social do processo, qual seja, restabelecimento do direito material, com a única solução possível ao processo, qual seja, a justa. Portanto, o mundo processual, que deve ser desenvolvido dentro do devido processo legal, tem limites claros, embora subjetivos, e perceptíveis ao juiz, que deve impor obrigatoriedade às partes de se curvarem à subjetiva liberdade de atuação processual.

O devido processo significa, em primeiro lugar, no quadro constitucional brasileiro que o conteúdo da jurisdição é a legalidade (*nullus actum sine lege*): é a precedência da lei à vontade jurisdicional, entretanto, isso não pode e não deve ser entendido como dogma, pois se assim fosse, qualquer protelação judicial se esconderia sob o manto do *due process of law*, e seria impossível coibir a prática de atos abusivos pela subjetividade do instituto constitucional.

### **3.6 Dificuldade na Caracterização do Abuso frente aos Limites Éticos e Morais**

A ética, como ciência, terá que investigar a realidade de cada um dos fatos e explicar valores que conduziram o comportamento do ser humano. Sendo ela vista sob o prisma jurídico, será sempre utilizada para analisar o comportamento dos operadores do

direito, em relação à promoção da justiça. Há diversas concepções doutrinárias do que seja a ética jurídica, entretanto, entende-se que ela só pode ser definida rigorosamente dentro de um método de pensamento filosófico. Pode-se, porém, dizer que o direito oferece um conceito de ética jurídica estabelecida por uma técnica ou uma doutrina, sendo entendida diferente da filosofia, que a trata como os valores humanos acerca da ação em qualquer situação; a ética jurídica seria algo como uma análise dos valores humanos cabíveis ou presentes na prática do direito. Entende-se, entretanto, que a ética não é simplesmente uma análise de valores, nem é simplesmente um conjunto de regras: **a ética é uma consciência racional da necessidade da ação**; trata-se de uma análise de valores morais, criando a partir destes, outros valores morais, para justificar atos e mudanças de comportamento<sup>150</sup>. A ética tem um ônus considerável, levando as pessoas a decidirem entre o que elas querem e o que elas devem fazer.

Há, pois, duas grandes formas de conceituação da ética jurídica: uma jurídica, outra filosófica. Quando se fala, em direito, o que normalmente se entende por isso é ética profissional. Ou seja, para o jurista ou para o operador do direito, a ética jurídica é um conjunto de regras de conduta para a prática profissional do direito, visando não apenas a boa conduta da função, como também a preservação da imagem do próprio profissional e de sua categoria, uma vez que a falta de ética de alguns, mancha toda a categoria; é, portanto, um tipo específico de avaliação ou orientação da prática jurídica paralela à orientação determinada pelas normas processuais e pelas normas objetivas, mas para a qual também se pode conceber uma certa forma jurídica de codificação (daí a criação dos códigos de ética), e também uma certa forma de sanção (originando a instituição dos tribunais de ética ou comissões de ética).

---

<sup>150</sup> Cf. NALINI, José Renato. *Ética e Justiça*, São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 179-266.

Por certo, a atividade dos operadores do direito, exalta as mais diversas manipulações legislativas, sendo por isso, essencial um comportamento limitado para esses profissionais. Sérgio Ferraz<sup>151</sup> ensina que,

Muitos chegam à advocacia: infelizmente nem todos a exercem com a santificação ideal acima proposta, nem todos vivenciam a mensagem de La Bruyère (a casa do advogado não é um lugar para seu repouso, mas asilo para todos os que necessitam de seu tirocínio).

Esse limite vem imposto pela ética e moral, impresso no Código de Ética da Ordem dos Advogados e nos Códigos de Ética dos Regimentos Internos de cada Operador do Direito, como o juiz, promotor, entre outros; tais códigos são concepções de regras de conduta para a prática profissional da advocacia ou comportamento frente à aplicação da justiça (regras diferenciadas das jurídicas processuais e das jurídicas objetivas, e que dizem respeito justamente a como bem lidar com essa prática das regras jurídicas); considera-se também, que tais regras podem ser válidas a todos os praticantes da advocacia sendo o caso de instituí-las e universalizá-las; esse procedimento de formulação de regras de conduta para um adequado exercício da função profissional, a propósito, de forma alguma é exclusividade da categoria de profissionais jurídicos: ele é praxe em praticamente todas as categorias profissionais.

Nessa concepção da ética jurídica, encontram-se quatro características principais, conforme ensinamentos de Fernando Dias Andrade<sup>152</sup>,

1) A ética jurídica é uma ética profissional. Em praticamente todas as concepções jurídicas do que deve ser a ética jurídica (especialmente no Brasil), a ética é concebida como uma vigilância moral da vida humana, e quando é especializada numa prática específica, concebe-se essa prática como prática profissional: na visão do jurista, comumente, se é o caso de falar numa ética jurídica, a prática correspondente a essa ética especificamente jurídica só poderia ser, portanto, a prática profissional, e não outra coisa. Daí, considerar-se aí que ética jurídica só pode ser ética da prática profissional do direito.

---

<sup>151</sup> FERRAZ, Sérgio. MACHADO, Alberto de Paula. [coord.] *Ética na Advocacia*, estudos diversos, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 27.

<sup>152</sup> ANDRADE, Fernando Dias. *Sobre a Ética e Ética Jurídica*, disponível no site: <http://sites.uol.com.br/grus/eej.htm>.

Neste aspecto, o jurista entende que no exercício da profissão deve haver respeito em relação ao direito da outra parte, ainda que objetive derrotá-la em uma demanda.

2) A ética é um conjunto de regras. Isso é importantíssimo, porque é uma visão não apenas do meio jurídico, mas uma visão vulgar em geral. A ética, para o jurista, é um conjunto de regras de conduta para orientação de uma determinada prática (a prática profissional), de maneira que agir de forma ética seria o mesmo que agir de acordo com determinadas regras ou sem contradição com elas. Assim, a ética é uma forma de orientar a ação humana, de que maneira o jurista concebe que a coisa funciona? Através de uma regra, seja ela escrita ou não.

Aqui é importante ressaltar que o comportamento traçado pela primeira premissa é tão importante que não pode ficar apenas a cargo do bom senso humano. Portanto tem-se que respeitar o direito alheio, agir com probidade de acordo com regras sociais impostas implícitas ou explicitamente.

3) A regra ética é universal. Se a regra ética, para quem ela é válida? Na concepção praticada pelo jurista ou operador do direito, ela é válida para todos os seus destinatários, como no caso de uma regra jurídica comum. Assim, se existir a ética geral, as regras que esta puder apresentar serão regras morais, tidas como válidas para todas as pessoas indiscriminadamente (a exemplo de: “deve-se dar a cada um o que é seu”); se, porém, a ética é especializada numa determinada prática, como no caso da ética jurídica, já que a ética aí é concebida como ética profissional, a regra ética da ética jurídica será válida para todos os integrantes da categoria profissional correspondente — mas sempre será válida para todos eles, indiscriminadamente, independente das singularidades de cada um. Assim, já que a regra ética dessa ética profissional é válida para todos os integrantes dessa categoria profissional, é o caso mesmo de positivá-la através de um código; dessa concepção, portanto, de que a orientação ética se faz por meio de uma regra e que a regra tem valor universal e indiscriminado para os seus destinatários, elabora-se um código de ética, proposto exatamente como formalização das regras que são certamente válidas para tal ou qual categoria; finalmente, dessa concepção de que é possível oficializar a regra ética, o código de ética ganha respaldo jurídico e institucional e passa a ser instrumento de sanção sobre os profissionais de sua área, de maneira que as regras do código de ética passam a se confundir com as outras normas profissionais.

Neste item o autor complementa informando que a ética é composta do respeito aos limites alheios com base em normas de aceitação social. Mas estas normas têm que estar divididas em categorias profissionais diferenciadas, já que nem todas as profissões são exercidas de maneira uniforme, pois cada carreira exige regras de condutas próprias para que seja exercitada. E por fim,

4) A regra ética é criada e avaliada por especialistas. Se a regra ética é inevitavelmente concebida como universal e positivável, ela é concebida como devendo ser elaborada e mantida por uma instituição. Assim, no caso da elaboração da regra ética (ou mesmo do código de ética), é necessária a iniciativa de uma entidade representativa da própria categoria profissional (caso da OAB no exemplo

da ética advocatícia); e, no caso da avaliação das infrações às regras contidas no código, é necessária a atuação de uma comissão ligada à entidade que elaborou o próprio código. Independente de qualquer desses momentos, a ética é concebida ou praticada como se fosse coisa de especialista: não é qualquer pessoa que está autorizada a dizer o que deve ser a regra ética e principalmente como ela deve ser, mas sim uma instituição que tem o poder de estabelecer sanção sobre a prática correspondente; e não é qualquer pessoa que está autorizada a penalizar ou absolver a prática dos particulares, mas novamente a mesma instituição, a partir dos seus próprios aparelhos.

Isso leva a crer que a ética é formada pela prática aceitável de atitudes dentro de uma determinada profissão; essa prática tem que ser positivada de maneira a respeitar as desigualdades de cada categoria e que somente será possível distinguir essas diferenças de profissão se elas forem ditadas por especialistas de cada área. Diante da praticidade dessa fórmula institucional da análise da prática do profissional, considera-se que uma análise individual é completamente irrelevante: assim, já que a prática profissional do advogado sempre é penalizável apenas de regras positivas ou de avaliações institucionais, de nada adianta buscar orientar a ação profissional simplesmente a partir da própria consciência moral, porque se o que a vontade individual de um dado profissional quiser for contrária ao que seria permissível segundo as regras da ética profissional, resta orientar a ação apenas por esta e não por aquela, pois se assim não fosse, optando pela primeira opção, estaria configurada a má-fé processual. Não se pode deixar guiar por um mal.

Em muitos casos, entretanto, as regras dos códigos de ética são simplesmente vazias de conteúdo, possibilitando a proliferação de mal-intencionados e aqueles que, para obterem indevida vantagem, banalizam o direito, desrespeitando as regras morais de conduta, buscando resultados a que preço for. Rui Stocco<sup>153</sup>, neste sentido, ensina que,

resgatar a ética no processo e obrigação de cada um e de todos. Ressuscitar a confiança dos operadores do direito, uns nos outros, como sonhou Giuseppe Bettiol, e inculcar-lhes um comportamento ético será a única saída para solucionar a crise do processo e convertê-lo em instrumento e meio, para solução dos conflitos de forma rápida, eficiente, garantidora e absolutamente satisfatória.

---

<sup>153</sup> STOCCO, Rui. Op. cit., p. 45.

O que significa dizer que, em se tratando direito de ação ou defesa, o advogado deve aconselhar o cliente à não ingressar em aventura judicial. Sabe-se o que isso significa (o advogado deve avisar seu cliente do prejuízo que virá da insistência numa causa de defesa improvável ou sem garantias), mas determinar a medida para viabilizar essa conduta processual ou esse procedimento pessoal é que é o ponto problemático da questão, pois é difícil decidir se a defesa deve ser feita em função de um direito tido como devido por necessidade do cliente ou a defesa de um direito que é possível pleitear independente dessa necessidade. Se for só o segundo caso, ainda é preciso compatibilizar essa prática com outro preceito (também vazio, porque pode ser interpretado de qualquer maneira) do mesmo código, segundo o qual o advogado deve contribuir para o aprimoramento das instituições, do direito e das leis.

A ética é entendida como orientação racional da ação humana a partir da necessidade do ser humano, mas é preciso saber o significado de orientar racionalmente a ação humana a partir da necessidade do ser humano<sup>154</sup>. Trata-se de uma relação entre necessidade e princípios morais, uma vez que nem sempre aquilo que se acredita preciso seja moralmente aceito. Por isso, é necessário definir quem deve estar subordinado a quem. Na filosofia grega há uma preferência pela vontade, de modo que as paixões e os desejos devem ser dominados pela razão e pela consciência. Assim, para o grego, os humanos desejam certas coisas, mas só devem pleitear aquilo que a consciência racional permite. Assim sendo, poderia dizer que não há liberdade absoluta, mas o ser humano pode se considerar livre não porque pode realizar uma única ação adequada segundo o que é necessário, mas sim porque pode escolher qual ação considera a mais adequada. Isso nos leva a concluir então que cada indivíduo deve agir segundo a sua própria vontade livre, escolhendo realizar uma ação que considera a mais adequada diante daquilo que considera suas necessidades e que elege como

---

<sup>154</sup> FERRAZ, Sérgio. MACHADO, Alberto de Paula. Op. cit, p. 30-98.

suas finalidades na vida, entretanto, na ética profissional, a visão muda, pois o indivíduo deve agir com um pensamento nunca individualizado e sim coletivo, e a escolha pela melhor opção deve levar em conta o equilíbrio social, e não exclusivamente o interesse próprio.

Há, no entanto, que ser levado em conta a trágica e infeliz concepção da imperfeição humana, que hoje levada pelo consumismo, atinge seus mais fortes contornos de desvio de comportamento. Pois as ações, de modo geral, são sempre ações que preservam o próprio agente, portanto egoísticas, isto é, que o fortalece e o beneficia independente de contaminação de todo o coletivo. Assim, o que é a ação livre para a ética da finalidade e o que é a ação livre para a ética da necessidade? Para a primeira, a ação livre é aquela resultante de uma escolha livre entre várias ações concebidas como possíveis. Para a segunda, a ação livre é aquela concebida como devendo ser realizada por uma necessidade da própria natureza (de modo que ainda se concebam outras opções possíveis, realizá-las é não agir segundo o que pede a nossa natureza, e sim agir segundo o que uma vontade externa nos exige). Das duas éticas, porém, só a ética da necessidade (cuja formulação completa e cristalina, parece ser a filosofia de Espinosa) faz sentido. Ela vem, justamente, demonstrar o erro da ética da finalidade: quando esta concebe que há sempre várias opções possíveis para se chegar a um mesmo fim, o que está querendo dizer com isso, na verdade, é que não é preciso atender à nossa natureza, mas basta encontrar uma justificção qualquer (finalidade) para qualquer opção que se possa eleger, justificando assim, os atos excessivos no exercício jurisdicional. Assim, graças à ética da finalidade, toda ação pode encontrar justificção: basta inventar-lhe uma finalidade, mas os fins não podem e não devem justificar os meios. Se para qualquer situação bastasse a apresentação de um pretexto (na forma de finalidade) para uma ação, então a violência seria justificável tanto na vida ética quanto na vida política.

Nesse contexto, a violência poderia ser interpretada como sendo uma prática na qual um ser dotado de sensibilidade é tratado como se fosse uma coisa, ensejando

uma prática na qual um ser é tratado sem que sua natureza seja respeitada. Por isso, a ética da finalidade é inviável para a produção de uma liberdade política moderna. Esta exige que toda ação política, assim como toda ação humana, seja considerada válida em função de atender às necessidades de cada situação individual, mas em prol do ente coletivo.

O problema é que, conforme preleciona Sidney Sanches<sup>155</sup>,

o direito positivo e a moral nem sempre caminha juntos, às vezes se afastam muito. O direito, porém não deve ser interpretado imoralmente, ao interpretá-lo deve o juiz entender a moral da época em que elaborado e aquela em que deverá aplicá-lo, à busca da solução que se mostre compatível com as novas circunstâncias sem refugiar à inspiração da norma que interpreta.

Também entre ética e moral, pode-se dizer que a moral é o costume ou procedimento habitual de cada indivíduo, exigindo-se fidelidade a si mesmo e aos próprios pensamentos e convicções. Por isso se têm diferentes comportamentos morais, que estão diretamente ligados a todas as situações que o indivíduo passou ao longo de sua existência. Assim, moral, todos têm, e quando a aplicam na prática de seus atos, se está exercendo a ética. Portanto ética é a aplicação ou utilização dos conceitos de moral que temos, inculcados em nós mesmos. O que nos leva a crer que, mundo processual, todos os operadores do direito sabem perfeitamente quando estão dentro da legalidade e quando cometem excessos baseados na manipulação da legislação, pois seus conceitos de moral lhe mostram isso com clareza; o problema é, a não utilização da ética, que é justamente a aplicação da moral, fazendo o processo caminhar visando apenas à finalidade e não o respeito mútuo com o outro pólo da relação processual, com a máquina judiciária como um todo e principalmente, com a sociedade, que sempre é lesada quando se tem uma injustiça encoberta pelo manto do judiciário.

Com isso, o processo judicial não pode ter outra finalidade senão aquela de propiciar a justiça social coletiva que fará com que o indivíduo sinta a importância do

---

<sup>155</sup> SANCHES, Sidney. *O Juiz e os Valores Dominantes. O Desempenho da Função Jurisdicional em face dos Anseios Sociais por Justiça*, Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, nº 99, abril/1992, p. 91.



judiciário e confie nele, ou seja, deve-se seguir a teoria de Kant, demonstrada por Rui Stoco<sup>156</sup>, que defende uma moral racional fundada no dever; significa dizer, o comportamento judicial-processual fundado na finalidade coletiva justa e não nos fins individuais.

---

<sup>156</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p. 47.

## IV. MECANISMOS DE SUPRESSÃO DOS ABUSO DE DIREITO NO PROCESSO EXISTENTES NO SISTEMA JURÍDICO PROCESSUAL

### 4.1 Os Problemas do Poder Judiciário e o Magistrado

Todos são unânimes no sentido de que o judiciário precisa se modernizar, sobretudo em relação à lentidão do processo e a falta de efetividade, que tem causado o descrédito do judiciário. Vive-se hoje uma crise processual, isso porque a estrutura administrativa e a formalidade do processo não evoluíram no mesmo ritmo que a sociedade.

O ordenamento jurídico está repleto de possibilidades “legais” de proteção judicial, o que torna necessário que o processo seja protegido baseado na probidade processual, ou seja, nenhuma reforma será eficaz se não partir do princípio de que qualquer mudança tem que estar diretamente ligada ao comportamento de todos aqueles que participam do processo. Tem-se que criar meios que impossibilitem a ação desleal das partes, o emprego de artifícios fraudulentos.

Vale lembrar que o processo é um instrumento posto à disposição das partes, não somente para eliminação dos seus conflitos, mas também para obtenção da paz social e para atuação do Direito. Neste sentido, Elicio Cresci Sobrinho ensina que, “o livre querer das partes fica limitado pela imposição do dever de veracidade...”<sup>157</sup>. Ressalte-se que várias importantes reformas foram feitas, como apontado ao longo deste estudo, dentre elas se abordará algumas das quais contribuíram diretamente para a celeridade, efetividade e supressão dos atos abusivos.

Pode-se destacar o juizado especial (que embora já tenha mais de 10 anos foi uma das mais importantes reformas feitas pelo legislador para agilizar o processo civil), a ação monitória, a arbitragem, tutela antecipada, a modificação do recurso de agravo, bem

---

<sup>157</sup> *O Dever de Veracidade das Partes no Processo Civil*, Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 86.

como a alteração do artigo 461 do código de processo civil e a lei 11.232/2006, entre outras; entretanto, algumas medidas são muito novas e não permitiram ainda que o processo sentisse seus efeitos; quanto as mudanças mais velhas, estas pouco contribuíram para modificar o quadro de crise do judiciário, justamente porque não se conseguiu ainda coibir a ação indevida dos sujeitos processuais, levando à crença de que talvez o maior problema processual seja a atuação dos operadores. Portanto, para que estas reformas dêem resultados efetivos, é fundamental a figura do magistrado, monitorando o comportamento processual dos operadores do direito, agindo como fiscal do processo, reprimindo diretamente as atitudes impertinentes das partes e seus procuradores; o juiz então, nessa realidade é fundamental para o regular andamento do judiciário.

Ensina Otacílio José Barreiro<sup>158</sup>, que o juiz deve ser uma figura ativa, pois é a peça mais importante na distribuição da justiça. Se, é ele que tem que formar seu convencimento, deve sem dúvida alguma buscar elementos para isso. José Roberto dos Santos Bedaque<sup>159</sup>, reconhece a autonomia do direito processual e entende estar consolidada a sua natureza de direito público; com isso a função jurisdicional ordinária torna-se um poder-dever estatal, na qual se enfeixam os interesses particulares e os do próprio Estado, fazendo com que os poderes do juiz fossem paulatinamente aumentando, passando da figura de expectador inerte à posição ativa.

Essa tendência não é recente, para Renato Nalini<sup>160</sup>,

o juiz, órgão atuante do direito, não pode ser uma pura máquina, uma figura dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes. O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico dos fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que tal interesse se representa e personifica.

Cappelletti, também entende que,

---

<sup>158</sup> BARREIROS, Otacílio José. *O Papel do Juiz no Processo Civil*, artigo capturado em 30 de janeiro de 2003 no site <http://www.mp.sp.gov/justitia/C%C3%8DVEL/civel%/2059.pdf>

<sup>159</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 15-21.

<sup>160</sup> Op. Cit., p. 81-82.

dentre as regras que não asseguram a real igualdade entre os litigantes encontram-se a da plena disponibilidade das provas, reflexo de um superado liberal-individualismo, que não mais satisfaz as necessidades da sociedade moderna, pois pode levar as partes a uma atuação de desequilíbrio substancial. Muitas vezes sua omissão na instrução do feito se deve a fatores econômicos ou culturais e não à intenção de dispor do direito.

O Código de Processo Civil pátrio, no art. 130, confere também ao julgador o poder de iniciativa probatória, atribuindo-lhe determinar, de ofício, as provas necessárias à instrução da lide. Em outros dispositivos complementares, tais como: arts. 342 e 345, 418, I e II, 341, I, 399, etc., da mesma regra normativa, o legislador especifica o poder de iniciativa do juiz permitida genericamente no aludido art. 130. O magistrado é fundamental na organização do processo, por isso, em nada justifica qualquer resistência de parte dos operadores do direito em aceitar uma liberdade maior da atividade processual do juiz; José Frederico Marques<sup>161</sup>, ensina que em certos momentos do processo,

cessa a preponderância dos interesses das partes, para predominarem os imperativos legais e os interesses de ordem pública "e aí a atuação oficial do juiz é exercida" com mais amplitude que nos casos subordinados ao jus dispositivum dos litigantes.

José Roberto dos Santos Bedaque<sup>162</sup>, critica aqueles que não aceitam uma abertura nos poderes do juiz, defendendo que ele deve ser imparcial sim, mas isso somente em relação às partes, e não em relação à finalidade processual. O juiz tem um compromisso social com a busca da verdade para formar sua convicção e poder proferir a única sentença que interessa ao Estado, ou seja, aquela que distribui justiça. Não é sem razão o inconformismo de João Batista Lopes<sup>163</sup>, no pensamento de que "as objeções ao fortalecimento dos poderes do juiz só encontram explicação entre os que não desejam a autonomia do Poder Judiciário ou ignoram que esses poderes, em última análise, beneficiarão a própria coletividade."

<sup>161</sup> MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, 7. ed., v. II, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 248.

<sup>162</sup> Op. cit., p. 64.

<sup>163</sup> LOPES, João Batista. *Os Poderes do Juiz e o Aprimoramento da Prestação Jurisdicional*, Revista do Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 35:24-6, p. 28.

Ademais, existem o contraditório e a ampla defesa, e os respeitos a estes princípios é, certamente, a mais poderosa arma contra eventuais abusos do julgador. "Assim, a concessão de poderes instrutórios ao juiz encontra seu limite natural no contraditório, que impede a transformação da arbitragem em arbitrariedade, da discricionariedade em despotismo"<sup>164</sup>. Enrique Véscoli<sup>165</sup> entende que "o aumento dos poderes do magistrado na busca da verdade, parece indiscutível e se realiza por meio dos mais diversos mecanismos: ampliação das faculdades de ditar diligências para melhor prover, faculdade de interrogar as partes e testemunhas em qualquer momento, etc., que aparecem, praticamente, em todo ordenamento moderno". Nesse mesmo sentido está o pensamento de Mauro Cappelletti<sup>166</sup>, entendendo que:

atualmente admite-se em geral que a utilização de um juiz mais ativo pode ser um apoio, não um obstáculo, num sistema de justiça basicamente contraditório, uma vez que, mesmo em litígios que envolvam exclusivamente duas partes, ele maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo, e não reflita apenas as desigualdades entre as partes.

Com isto não se quer desvirtuar o princípio dispositivo, mas situá-lo adequadamente, conforme a moderna processualística que tem por finalidade tornar efetivo o acesso à jurisdição, atingindo os seus principais objetivos que são, em suma, a manutenção da paz e o respeito à ordem jurídica.

A direção material do processo, desde que conduzida nos limites legais, respeitando os princípios que devem nortear a marcha dialética do devido processo legal, em nada arranha a imparcialidade do juiz. Nesse sentido sobreleva a lição de Sérgio Alves Gomes<sup>167</sup>,

imparcialidade não significa neutralidade diante dos valores a serem salvaguardados por meio do processo. Não há nenhuma incompatibilidade entre tal princípio e o empenho do juiz para que seja dada razão àquela parte que efetivamente agiu segundo o ordenamento jurídico. Ao contrário, este é o verdadeiro intento do

---

<sup>164</sup> Idem, p. 78.

<sup>165</sup> VÉSCOLI., Enrique. *Teoría General del Proceso*, Bogotá: Temis, 1984, p. 219.

<sup>166</sup> CAPELLETTI, Mauro. *La Oralidad y Las Pruebas en el Proceso Civil*, Buenos Ayres: EJEA, 1972, 77.

<sup>167</sup> Op. cit. P. 75.

processo. Importa ao juiz conduzi-lo de tal modo que seja efetivo instrumento de justiça, que vença quem realmente tem razão. Nisto consiste a imparcialidade.

É justamente esse controle material do processo que possibilitará ao juiz coibir o principal mau, que contamina o sistema, ou seja, a incorreta utilização dos mecanismos judiciais, para obtenção de vantagens indevidas. A amplitude de seus poderes é a principal arma contra a litigância de má-fé e o abuso dos direitos processuais.

## **4.2 Pena de Litigância de má-fé**

O processo civil, por sua finalidade, não é meio para disputas injustas e impróbitas. Seu principal objetivo é proporcionar aos sujeitos necessitados uma forma de solucionar conflitos em consonância com o ordenamento jurídico, oferecendo às partes envolvidas direitos e deveres, dentre os quais, devem ser analisados dentro dos limites subjetivos da lei. Todos os sujeitos do processo devem manter uma conduta ética adequada, de acordo com os deveres de verdade, moralidade e probidade em todas as fases do procedimento<sup>168</sup>. A referida conduta das partes e seus procuradores é uma obrigação e não uma faculdade, por isso, no descumprimento das regras bases do processo, o juiz deve punir com rigor os transgressores. Dentre as penalidades existentes hoje no ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se a pena de litigância de má-fé que, quando aplicada, coíbe os abusos e torna mais efetivo o processo.

A litigância de má-fé caracteriza-se como atos contrários ao bom andamento da justiça, agindo de má-fé aquele que utiliza, no processo, de procedimentos impertinentes a fim de vencer a causa, e, sabendo que não a vencerá, emprega seus esforços no sentido de prolongar no máximo o andamento e solução do litígio. Descrita como uma conduta abusiva do litigante que utiliza o processo de forma diferente de seu respectivo fim, a

---

<sup>168</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil, Princípios do Processo Civil*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 156.

litigância de má-fé possui como natureza jurídica o abuso de direito. Portanto, a má-fé é causa direta de impedimento do escopo processual e assim deve ser reprimida do ordenamento pátrio. Como já foi estudado em capítulo anterior, o legislador, preocupado com a atuação das partes<sup>169</sup> e seus procuradores no processo, tratou de dispor deveres gerais a esses nos artigos 14 e 15 do código de processo civil, destacando a veracidade, a lealdade, a boa-fé e a ética profissional. Os artigos 16, 17 e 18 do mesmo código exprimem os casos em que ocorrem a má-fé, a responsabilização atribuída e o modo de condenação.

O texto legal não distingue entre a parte vencedora ou vencida, portanto “independentemente do resultado do processo, a responsabilidade existe, se constatada a má-fé”<sup>170</sup>. Ficam sujeitos à condenação por má-fé conforme Pontes de Miranda<sup>171</sup>, “todos aqueles que se insiram na relação jurídica, ou suscita outra no mesmo processo, ou acessoriamente, ou incidentalmente”. Assim, podem ser considerados litigantes de má-fé autor, réu, assistente, terceiro, ou seja, todos que participarem na relação processual. O Ministério Público, por exemplo, quando atuante como uma das partes, também pode ser condenado por litigante temerário.

A respeito dos advogados, estes também devem ser responsabilizados pelo dano processual. Nossa legislação, entretanto, faz referência apenas aos deveres que se sucumbem, mas não às responsabilidades<sup>172</sup>. Entretanto, entende-se que há casos em que cabe ao procurador indenizar ou pagar multa, não devendo a obrigação ficar sempre a cargo da parte. O advogado é técnico e em muitas situações deve responder solidariamente com a parte. Além da multa por má-fé processual, caberá ainda ao magistrado comunicar

---

<sup>169</sup> No sentido processual, pois, parte não é somente o autor ou o réu. Parte também é o oponente ou o assistente ou todo aquele que, no exercício de legítimo e próprio direito, vem intervir numa causa em curso.

<sup>170</sup> OLIVEIRA, Ana Lúcia Iucker Meirelles de. *Litigância de Má-Fé*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.69.

<sup>171</sup> MIRANDA, Pontes. Op. cit., p. 230.

<sup>172</sup> Nos artigos 14 e 15 do Código de Processo Civil (DOS DEVERES), a lei cita expressamente os procuradores. Já no artigo 16 do mesmo código (DA RESPONSABILIDADE DAS PARTES POR DANO PROCESSUAL) o texto faz referência apenas ao autor, réu e interveniente.

oficialmente à Ordem dos Advogados do Brasil, onde poderá ser processado e penalizado perante a Comissão de Ética com base no Código de Ética e Estatuto do Advogado<sup>173</sup>.

Voltando a pena de litigância de má-fé, esta pode ser feita de ofício ou a requerimento das partes, embora muita discussão jurídica se envolveu em torno de poder ou não o juiz condenar de ofício o litigante que usou de má-fé. A lei, até 1994, não trazia em seu texto a possibilidade de condenação de ofício, porém a jurisprudência dividia-se, alguns alegando que o maior ofendido na hipótese de má-fé seria o Estado e outros sustentando que a condenação tem caráter indenizatório, necessitando então que à parte lesada solicite providências. Para sanar tal discussão, a Lei nº 8.952, de 13/12/94, introduziu a expressão “de ofício” no artigo 18 do Código de Processo Civil. Em relação ao grau em que é condenado o litigante de má-fé, tanto faz se ocorrer em primeiro ou segundo graus, pois a parte pode agir contrário a boa-fé também em nível recursal. Portanto, não é necessário que a parte reclame atitude de má-fé da outra para a condenação, pode aquela fazer, mas também é lícito e dever do magistrado, para defender a boa índole no processo, condenar de ofício. O processo é então, uma sucessão de atos e fatos dos quais nascem novas situações jurídicas que por sua vez, ensejam novos atos e fatos. Cada um destes atos e fatos,

realiza-se no exercício de um poder ou faculdade, ou para o desencargo de um ônus ou de um dever, o que significa que é a relação jurídica que dá razão de ser ao procedimento. Por sua vez, cada poder, faculdade, ônus, dever, só tem sentido enquanto tende a favorecer a produção de fatos que possibilitarão a consecução do objetivo final do processo.<sup>174</sup>

A Litigância de má-fé surge neste contexto como um ato processual (volitivo da parte), que gera como consequência, um fato processual (que independe da manifestação da vontade), fato lesivo, que causa um dano, do qual decorre a condenação da parte responsável aos ônus estabelecidos pela Lei, posto que não é possível ao juiz

---

<sup>173</sup> Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil a Lei N.º 8.906, de 4 de Julho de 1994.

<sup>174</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 282.



simplesmente ignorar a existência deste dano. Este, conquanto, em algumas oportunidades possa surgir camuflado sob as vestes da defesa do direito de um dos sujeitos integrantes da lide, invariavelmente agride sem qualquer piedade o próprio ordenamento jurídico e como conseqüência, em não sendo adotadas as providências legais cabíveis e que se destinam a corrigir tal rumo, chega mesmo a corromper a integridade do processo como instrumento de justa composição do litígio. De acordo com o nosso sistema jurídico-processual, aquele que provoca um dano processual deve, certamente, responder pelas conseqüências que a lei prevê. Não se trata, pois, de faculdade do magistrado, mas dever seu enquanto representante do Estado no exercício do Poder Jurisdicional, do resultado dessa alteração do artigo 18 do CPC, como uma maneira de coibir os abusos processuais. Esse tem sido o entendimento dos tribunais brasileiros:

PROCESSO CIVIL – LITIGANTE DE MÁ-FÉ – CONDENAÇÃO – PRESCINDIBILIDADE DE PEDIDO – CPC, ART. 18 E 125. POSICIONAMENTO DA SEGUNDA SEÇÃO – EMBARGOS DESPROVIDOS. A condenação por litigância de má-fé independe de requerimento. Instrumento da jurisdição e com escopos jurídico, político e social, o processo contemporâneo, além de prestigiar a lealdade, tem perfil predominantemente público, razão pela qual incumbe ao juiz que o dirige, prevenir e reprimir de ofício, qualquer ato contrário a “dignidade da justiça” – EREsp 36.718/RS, Turma 2, Rel. Min Sávio de Figueiredo, DJ: 13/02/1995, p. 2.195.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. APLICAÇÃO DE OFÍCIO. É dever do Estado zelar pela lealdade processual, cabendo ao juiz, de ofício, aplicar a sanção cabível. Recurso não conhecido.

Para a aplicação da pena de ofício, o legislador pátrio considerou várias hipóteses, reproduzidas nos incisos do art. 17 do CPC, com a finalidade de dar ao juiz elementos suficientes para avaliar a concreta ocorrência do dano processual com uma longa margem de discricionariedade inclusive, necessária ao desempenho da administração da justiça.

As eventuais dificuldades de interpretação das várias expressões com forte conteúdo subjetivo, tais como "**incontroversos**" "**temerários**" "**verdade**", "**resistência injustificada**" etc., tal como aparecem nos incisos do art. 17 do CPC, não podem servir de

pretexto para isentar a parte que age com desrespeito ao sistema jurídico vigente, infringindo dever fundamental de conduta no processo. Se por um lado a Lei nos possa criar algumas dificuldades neste sentido, por outro, a doutrina nos oferece conceitos bastante claros, que podem servir de auxílio ao magistrado diante de um caso concreto, e, ainda, reduzir sensivelmente a margem de discricionariedade, desta forma, então, contribuindo para o resultado que todos esperam do exercício da jurisdição: a justa composição da lide posta à apreciação judicial. Ao revés, permitir a impunidade da parte que age em flagrante desrespeito ao ordenamento jurídico é incitar o descrédito da jurisdição, e, pior, um forte estímulo à desnaturação do processo como instrumento de realização da justiça. A litigância de má-fé interfere de forma nociva no correto desenvolvimento da relação jurídica processual estabelecida, e os meios postos à disposição do julgador, para coibi-la, são antes de tudo, instrumentos destinados a preservar a dignidade de justiça, sem a qual o processo jamais atinge a sua finalidade.

Na seqüência deste raciocínio, sendo o juiz o representante do Estado no exercício do poder jurisdicional, a condenação da parte que pratica atos ilegítimos é dever que se lhe impõe, independentemente de provocação neste sentido, posto que a pacificação do conflito instalado, com justiça, é o seu sagrado mister, que jamais será alcançado se permitir à impunidade do litigante que atua com evidente má-fé.

Assim agindo o magistrado, longe de atuar em detrimento de uma das partes, muito mais as está preservando, resguardando o direito de ambas à justa composição do litígio, que, evidentemente, mais interessa às instituições jurídicas, das quais as próprias partes litigantes não podem prescindir. É, em verdade, no interesse maior destas mesmas partes que o magistrado deve aplicar as sanções legais relativas à litigância de má-fé, em se verificando os requisitos que as deflagrem. Veja-se:

Julgamento: 03/10/2006 - Órgão Julgador: Segunda Turma - DJ 27-10-2006  
EMENTAS: 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar a agravante a pagar multa ao agravado.

Candido Naves<sup>175</sup>, se reportando aos ensinamentos de Carnelutti, ensina que “o processo não funciona apenas no interesse das partes, mas mediante o interesse das partes, porque a sua finalidade é, primacialmente, a atuação da lei, com a conseqüente tutela dos direitos individuais”.

O entendimento defendido por alguns, de que a condenação nos ônus da litigância de má-fé, exige prévio e exposto pedido neste sentido, não considera que tal requerimento já se encontra implícito, no pedido imediato de toda e qualquer ação judicial.

Efetivamente, a parte, ao ajuizar uma ação ou o réu, quando a contesta, como também terceiros e intervenientes quando se manifestam, certamente que o fazem imaginando poder contar com uma tutela jurisdicional prestada conforme as regras vigentes no ordenamento jurídico, no qual ambos fundamentam suas respectivas posições na relação jurídica instaurada. Trata-se, por óbvio, de um pedido implícito e inerente ao próprio processo enquanto instrumento de composição de litígios.

### **4.3 Tutela Antecipada e Medidas Cautelares**

Como foi mostrado, existe uma constante preocupação do Estado com os abusos processuais e ao mesmo tempo com a cognição necessária para o alcance da justiça, o que faz verificar a importância que as partes têm de participar de todos os atos do procedimento, e de contribuir eficazmente na formação das decisões que serão proferidas pelo

---

<sup>175</sup> NAVES. Candido. *Impulso Processual e Poderes do Juiz*, Belo Horizonte: Estabelecimentos Gráficos Santa Maria S/A, 1947, p. 112.

poder judiciário. Por isso, diante destes dois importantes aspectos judiciais, o processo precisa ser protegido legalmente de todos os artifícios fraudulentos tendentes a desvirtuar sua finalidade. Neste sentido, o poder legislativo com apoio do judiciário, tomou inúmeras medidas legislativas e jurisprudenciais específicas para protegerem o processo.

Importantes providências foram as medidas cautelares e o estabelecimento das tutelas antecipatórias. Referidos institutos têm suas diferenças conceituais, que não necessariamente serem traçadas aqui, pois nesta análise se está apenas buscando o bem processual que ambas trouxeram para o processo. Neste sentido, abordando a importância da Medida Cautelar, Rosana Josefa Martins Dias<sup>176</sup>, preleciona que:

quem tem consciência da função social do processo, forçosamente se põe como questão de capital relevância a da efetividade da tutela jurisdicional. Neste sentido, a tutela cautelar, reveste-se de fundamental importância, posto que a utilidade das decisões que as medidas cautelares concorrem para garantir constitui ponto de muito destaque na efetividade do processo propriamente dita.

Traçando a importância de ambas as medidas, nos ensinamentos de Victor Marins<sup>177</sup>,

o primeiro dado que se convém lembrar na procura de elementos comuns às figuras em apreço, é que ambos são importantes instrumentos para a efetividade do processo. Assegurar a idoneidade do processo (tutela cautelar) e adiantar o provimento prático pleiteado pelo autor (antecipação de tutela), significam, não raro, a diferença entre justiça e injustiça da atuação jurisdicional.

É importante ressaltar também que nenhuma liminar ou decisão interlocutória tem o poder de extinguir, modificar ou impedir direitos, pois tais decisões não influem diretamente no direito das partes.

Essas medidas de urgência, entretanto, representam, antes de tudo, uma condição entre as duas exigências frequentemente opostas, o da justiça e o da ponderação.

Piero Calamandrei<sup>178</sup>, ensina que:

<sup>176</sup> DIAS, Rosana Josefa Martins. *Proteção ao Processo*, Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 114.

<sup>177</sup> MARINS, Victor A. A. Bonfin. *Aspectos Polêmicos da Tutela Antecipada*, Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 563.

<sup>178</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 43-44.

entre hacer las cosas pronto pero mal, y harerías bien pero tarde, las providencias cautelares tiendem, ante todo, a hacerlas pronto, desejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, com la necesaria ponderación, em las reposadas formas del processo ordinario.

Essas medidas de urgência têm o condão de desestimular a protelação judicial, pois aquele que ingressaria no processo com finalidades escusas, perde o interesse diante da liminar que modifica o estado originário dos fatos. A lide se torna mais rápida e eficiente. Afinal, a necessidade de se utilizar o processo para conseguir a razão, não deve se converter em dano para quem a tem efetivamente. Não se trata de um prognóstico de resultado favorável no processo principal, nem uma antecipação de julgamento, mas de apenas um juízo de probabilidade, perspectiva esta que basta para justificar o asseguramento do direito. Candido Rangel Dinamarco<sup>179</sup>, a esse respeito, assinala que, “toda a atividade cautelar apóia-se por destinação institucional, nas incertezas representadas pelo “*fumus boni iuris*”, mas inclui um bom sistema de freios e contrapesos de riscos, capaz de minimizá-los a nível mais do que aceitável, e de oferecer compensação pelos males eventualmente impostos em razão da efetivação das medidas cautelares”. Exemplo de medida assecuratória, no rol das cautelares, que vai diretamente contra o abuso é a medida de atentado. Pontes de Miranda<sup>180</sup> define tal medida como sendo a criação de situação nova, ou mudança de *status quo*, pendente a lide, lesiva à parte e sem razão de direito”. De fato, o atentado realiza uma alteração na situação fática, sendo esta, uma alteração ilícita, visando a confusão do juízo. Nos termos do artigo 879, do código de processo civil, comete atentado quem:

- I – viola penhora, arresto, seqüestro ou imissão da posse;
- II – prossegue em obra embargada;
- III – pratica outra qualquer inovação no estado de fato.

As medidas previstas neste artigo, principalmente as do inciso primeiro, preparam a atuação satisfativa do processo executivo. Atos que atentam contra ela, causam

<sup>179</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 370-373.

<sup>180</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro: Rio, v. 9, 1969, p. 103.

sem dúvida, prejuízo à prestação jurisdicional colimada, sendo um fato processual contrário ao direito. Pontes de Miranda<sup>181</sup> entende que a medida de atentado não se encaixaria adequadamente nas cautelares, por não prevenir e sim reparar o dano causado, entretanto, parece adequado os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior<sup>182</sup>, que contraria a lição do mestre, quando prescreve que:

a prevenção ou cautela que se encontra no atentado, não é relativa ao *status quo* modificado pela parte, mas em relação ao processo principal. Restaurando-se o estado fático inicial preserva-se a prestação jurisdicional de mérito assegurando o objeto sobre o qual deve incidir.

Além disso, as cautelares como um todo, visa à garantia do princípio constitucional da lealdade, probidade, ou moralidade processual, estando ligado ao comportamento de todos aqueles que participam do processo, e de fundamental importância no que diz respeito a protegê-lo, mormente à fraude e deslealdade. Isto, porque o processo, conforme foi dito, é um instrumento posto à disposição das partes, não somente para eliminação de seus conflitos, mas também para obtenção da paz social e para atuação do direito.

A existência da tutela cautelar, entretanto, não foi o bastante para a efetividade do processo, pois por vezes, necessárias são as medidas satisfativas de direito. Surge então a figura da tutela antecipada através do art. 273 do CPC; buscando acelerar os resultados do processo permitindo a antecipação dos efeitos da tutela definitiva por liminar satisfativa. Dinamarco<sup>183</sup>, asseverando sobre as tutelas antecipadas, informa que:

como é satisfativa, por ela se concede o exercício, ainda que provisório, do próprio direito afirmado pelo autor, de maneira que a decisão que a concede terá o mesmo conteúdo da sentença definitiva, sendo que a diferença será a provisoriedade.

Por ser provisória, não pode ser confundida com a sentença de mérito, que representaria um julgamento antecipado da lide. O que se antecipa são só os efeitos da tutela

---

<sup>181</sup> Ibidem, p. 126.

<sup>182</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*, 11 ed., São Paulo: Leud, 1989, p. 247.

<sup>183</sup> DINAMARCO. Cândido Rangel. *As Inovações no Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 139.

definitiva, por isso é que a decisão concessiva da tutela antecipada não faz coisa julgada material podendo ser modificada depois em vista da própria provisoriedade que deriva de uma cognição sumária. Há desse modo, uma correlação com a demanda, conforme observa Cândido Dinamarco<sup>184</sup>, de sorte que os limites objetivos e subjetivos desta serão os mesmos na tutela antecipada. Esta deve coincidir com o pedido do autor, porém, isso se for total, de vez que pode ser parcial, quando então o juiz, dentro de seu poder discricionário fixar-lhe-á os limites dentro do que entender possível ou necessário, adotando o princípio da probabilidade. Nesse ponto, Marinoni<sup>185</sup> ensina que o princípio da probabilidade, na tutela antecipada, indica que,

deve ser possível o sacrifício, ainda que de forma irreversível, em benefício de um direito que pareça provável. Do contrário, o direito que tem maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente prejudicado.

Cândido Dinamarco<sup>186</sup>, porém, contrapõe-se dizendo que “o direito é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir”. Assim, não seria permitido ao juiz exigir sacrifícios irreversíveis do réu, mas ponderar as repercussões na vida e no patrimônio das partes para conceder a antecipação da tutela, o que realiza o chamado “juízo equilibrado”. Contudo, admite que nem sempre poderão ser eliminados do mundo dos fatos os efeitos da antecipação da tutela, pois a reversibilidade é do provimento, nem sempre será dos fatos, por isso sugere a exigência de caução e, de todo modo, o requerente da medida poderá ser responsabilizado civilmente por isso.

Há duas hipóteses de cabimento, conforme se vê dos dois incisos do art. 273, a primeira que equivale aos casos onde há perigo de dano a um direito plausível em virtude da demora da prestação definitiva, similar ao “periculum in mora” das cautelares, e o segundo é específico, que se relaciona à litigância de má-fé, dispensando a existência de

---

<sup>184</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>185</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novidades Sobre a Tutela Antecipatória*, in *Revista de Processo*, n.º 69, p. 107.

<sup>186</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 144.

perigo de dano. É uma forma de coibir a utilização do processo para fins contrários aos que são seus, quais sejam a pacificação com justiça e eficácia do litígio. Como se disse de início, a antecipação da tutela não é uma ação, logo, não será concedida por sentença, mas por decisão interlocutória, que não forma um processo acessório ao principal, mas pode ser apenas um incidente processual, embora não seja sentença a decisão deve ser devidamente motivada. Por tudo isso, a tutela antecipada trouxe ousadas mudanças processuais, e dentre todas as mudanças que o código de processo civil brasileiro vem sofrendo nos últimos tempos, a mais polêmica delas tem sido a Tutela Antecipada, por ser quase que um adiantamento do mérito do conflito de interesse instaurado entre duas partes. Segundo o mestre Reis Friede<sup>187</sup>,

as tutelas antecipatórias, diferentes pois da tutela de segurança cautelar, alude necessariamente a uma jurisdição propriamente considerada (jurisdição de conhecimento) e a uma efetiva lide de natureza meritória... Ela é, portanto, sempre satisfativa do direito reclamado, especialmente quando esse mesmo direito é evidenciável *prima facie* sem a necessidade de se proceder a uma instrução probatória tradicional.

Não obstante todas as críticas recebidas, a tutela antecipada teve sua introdução dentro do ordenamento pátrio, devido à crescente preocupação por parte dos operadores do direito com a efetividade e celeridade da prestação jurisdicional, que há muito vem sendo desacreditada pelo comportamento protelatório das partes, que se utilizam de todo o “devido processo legal”, para levarem uma lide às últimas conseqüências dentro do processo. No mundo jurídico moderno, a angústia causada pela longa espera de uma prestação jurisdicional, causa o desprestígio do Poder Judiciário.

J. E. Carreira Alvim

fala do binômio custo-duração como o eixo em torno do qual gravitam todos os males da justiça contemporânea (Vicenzo Vigoritti) e com toda a autoridade já foi dito, em sugestiva imagem que o tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas (Carnelutti). Acelerar os resultados do processo é quase uma obsessão, nas modernas especulações sobre a tutela jurisdicional.

---

<sup>187</sup> FRIEDE, Reis. *Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar*, 5. ed., rev., atual. e ampliada, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 39.



Para melhores esclarecimentos o código de processo civil vem sofrendo grandes alterações com a finalidade de se alcançar à agilização e satisfação da prestação jurisdicional, entretanto, as postulações irresponsáveis por parte dos advogados das partes, e a falta de disposição dos juízes em aplicar os novos institutos, muitas vezes deturpam a fisionomia desses novos meios de solução de litígios judiciais.

A antecipação, enquanto fenômeno processual ensejou entre nós, num primeiro passo, o julgamento antecipado da lide, logo após o encerramento da fase postulatória com o que sepultaram as provas procrastinatórias e, agora, num passo de gigante, antecipa inito litis a própria tutela jurisdicional, com o que diminuirá o número de defesas infundadas, também imbuídas em propósitos meramente protelatórios<sup>188</sup>.

Observa-se que a tutela antecipatória vem como um dos mais eficazes instrumentos para combater a fonte de injustiças social causada pela morosidade. O mestre Marinoni<sup>189</sup> informa que:

a busca por uma tutela mais rápida se dá por homenagem à efetividade do direito de ação (...) Na realidade a demora no processo é um benefício para o economicamente mais forte, que se torna no Brasil, um litigante habitual em homenagem a inefetividade da justiça (...) A problemática da Tutela Antecipatória requer seja posto em evidência seu eixo central: o tempo. Se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana, no processo ele desempenha papel idêntico, pois processo também é vida. O tempo do processo angustia os litigantes; todos conhecem os males que a pendência da lide pode produzir, por outro lado à demora processual é tanto mais insuportável quanto menos resistente economicamente é à parte, o que vem agravar quase que insuperável desigualdade substancial.

Como se pode observar, não é à toa que os processualistas têm se preocupado tanto com os efeitos do processo e o tempo que esses efeitos levam para se concretizarem. Destarte, a aplicabilidade da tutela antecipatória, não obstante algumas controvérsias doutrinárias e interpretando o artigo 273 do CPC<sup>190</sup>, tem-se que o instituto pode ser aplicado além da tutela condenatória, também na tutela declaratória (antecipando os efeitos práticos da declaração), tutela constitutiva (nos casos de constituição provisória de

<sup>188</sup> Idem, ibidem, p. 2-3.

<sup>189</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, 1. ed., São Paulo: RT, 1992, p. 55.

<sup>190</sup> NEGRÃO, Teotônio. GOUVEIA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 30. ed., atual. até 05 de janeiro de 1999, São Paulo: Saraiva, 1999.

servidão), rompendo, em parte, obstáculos relativos à morosidade da prestação jurisdicional cognitiva, inclusive abusos dos direitos processuais.

#### **4.4 Juizados Especiais**

Ao longo do presente estudo, chama-se a atenção de que a lei processual brasileira visa a consagrar alguns princípios básicos para efetivação da justiça, como dever de veracidade das partes, contraditório justo e amplo acesso à justiça. Justifica-se a primazia destes princípios dentre todos os outros, pelo fato de que se fossem respeitados, de acordo com os conceitos subjetivos da probidade processual, ter-se-ia uma justiça rápida e eficaz. Entretanto, como se viu, não é possível contar apenas com o bom senso dos operadores do direito.

Diante de todas as necessidades do processo que foram apontadas, o legislador sentiu a necessidade de impor às causas de menor complexidade, um mecanismo mais rápido, onde o abuso do direito se torna quase inócuo. Neste sentido, criou-se, em 1995, os juizados especiais cíveis, que agora com mais de uma década, demonstram sua efetividade no julgamento das causas cíveis mais simples, assim consideradas as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo, e as enumeradas no artigo 275, inciso II, do código de processo civil, (procedimento sumário).

Os Juizados Especiais estão previstos no artigo 98, I, da constituição federal e se encontram disciplinados pela lei 9.099/95, sendo seu principal objetivo dar ao processo uma celeridade cada vez mais necessária aos destinatários da justiça; os juizados se orientam pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, estimulando-se a conciliação entre os litigantes. Este importante instituto tem sido eficaz aliado na prestação jurisdicional rápida e, por desconsiderar um pouco as formalidades do procedimento ordinário, impede grande parte dos abusos cometidos dentro de outros ritos

processuais, isto porque, o atual estado social de direito, não se contenta mais com posicionamentos individualistas, e exige soluções concretas, para o exercício jurisdicional.

Os juizados também solucionam o problema da morosidade dos recursos, que tem sido alvo de constantes preocupações do legislador, e eficaz instituto propiciador de abusos; os recursos nos juizados são destinados a uma turma julgadora composta de três juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, o que faz com que a sentença de reanálise venha muito mais rápido. Destarte, o mundo jurídico desconsiderando a necessidade de um processo célere, tratou de tecer críticas ao sistema recursal dos juizados, alegando inconstitucional por ferir o duplo grau de jurisdição, no entanto, duplo grau, não é um princípio constitucional expresso, e sim subentendido quando a constituição prevê a competência recursal dos tribunais, ou seja, como já foi discutido em capítulo anterior trata-se de uma garantia não absoluta.

Em que pese ainda, às considerações de alguns autores entendendo que por força do parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual não se excluem dos direitos e garantias expressos naquele texto, outros decorrentes de tratados internacionais, que a República Federativa do Brasil seja parte, como é caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), que assegura expressamente o direito à revisão das decisões judiciais em grau de recurso para juiz ou tribunal superior (artigo 8º, II, h), o que faria equiparar a norma à categoria de princípio constitucional, é-se pela teoria defendida por Orestes Nestor de Souza Laspro<sup>191</sup>, cujo duplo grau de jurisdição no direito processual civil é o sistema que garante a possibilidade de duas decisões válidas e completas no mesmo processo, emanadas por juízes diferentes, prevalecendo sempre à segunda em relação à primeira”. Portanto, quando se fala em duplo grau, entende-se que ele tem haver com controle da decisão judicial, ou seja, reanálise da

---

<sup>191</sup> LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, 1995, p. 27.

mesma, sempre que a parte se sentir prejudicada pela primeira decisão. Não há, portanto necessidade que o recurso seja julgado por um órgão formado por juízes de instância superior, bastando, isto sim, que se trate de um outro órgão, entendendo que este requisito estará preenchido.

Na experiência concreta, os juizados têm a intenção de desatram o mundo processual, e mais, impedir que os excessos de atos possam prejudicar as partes. Assim, a lei dos juizados especiais instituiu um novo processo, que visa produzir rapidamente resultado na vida das pessoas, sem desprestigiar ou ignorar a segurança necessária e indispensável às relações jurídicas. A lei outorga aos jurisdicionados, mais um meio alternativo de acesso à justiça, e conforme se tem observado ao longo de sua vigência, tem se mostrado realmente eficaz; não é possível dissociar deste instituto sua função teleológica de ampliar as possibilidades de ingresso em juízo com resultados úteis e mais céleres colocando fim às crises jurídicas emergentes na sociedade e proporcionando situações mais favoráveis do que aquelas anteriores à instauração dos processos. Infelizmente, a via é opcional e não obrigatória, trata-se de uma faculdade do autor e não obrigatoriedade. Isto porque se entende que se a exclusividade houvesse, haveria também um esvaziamento dos demais procedimentos, o que talvez não seja provável.

#### **4.5 Da Responsabilidade Civil dos Sujeitos Processuais pelos Danos Provocados em razão do Abuso de Direito de Ação e Defesa**

Os remédios jurídicos apresentados até agora têm realizado um importante papel na correção de alguns problemas do judiciário, entretanto têm sido ilusórios, isso porque, a cada novo instituto criado pelo legislador, os operadores do Direito conseguem se utilizar de mecanismos impróprios e procrastinar o processo de maneira injusta e desleal. Portanto, nenhuma reforma, seja na estrutura do Judiciário, seja das normas processuais, produzirá o

almejado objetivo de diminuir a demora dos processos judiciais, se não for debelada a atuação retardatária de alguns dos sujeitos processuais.

As providências legislativas e administrativas que possam abreviar o procedimento ou dotar o judiciário de recursos humanos e materiais não afastarão a morosidade do processo civil, se não for levada em conta à responsabilização pessoal dos advogados, dos juizes e dos promotores pelos atos supérfluos que praticam em detrimento da celeridade processual. Alhures anota-se a atuação de alguns juizes e promotores contra o andamento do processo, e ainda, a atuação do advogado nessa mesma linha. Mas, o que mais alonga o rito procedimental, são os incidentes infundados, as interposições de recursos protelatórios, a resistência obstinada, as alegações e defesas sem respaldo nos fatos ou contra texto expresso de lei. E tudo isso é obra quase exclusiva do advogado desleal, quer seja integrante dos quadros do Estado, quer seja estipendiado pelos clientes. O livre querer das partes, deve ficar limitado pela imposição do dever de veracidade, que é subjetivo. Segundo Carlos Aurélio Mota de Souza<sup>192</sup>, “a parte está obrigada a declarar aqui que, segundo melhor saber e consciência, tem como verdadeiro”. Como já se viu não se trata de exigir que a parte ofereça ao adversário, armas para que este triunfe, mas sim, obstar que, maliciosamente, use os meios que fraudem a função jurisdicional. Alcides de Mendonça Lima,

isso é possível e necessário, em nome da própria ordem social, da qual o poder judiciário é um dos esteios e guardião, quando reequilibra as situações jurídicas, sobretudo restaurando infringência legal e, corolariamente, atentando aos direitos subjetivos dos lesados.

Esse dever também é possível pelos conceitos de boa-fé, que devem ser aplicados não somente nas relações recíprocas, mas também em relação ao órgão jurisdicional. É certo porém que a relação processual quando se forma, encontra as partes conflitantes em uma situação pouco propícia a manter o desejável de concórdia. Em tal estado

---

<sup>192</sup> SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes Éticos do Juiz: a Igualdade das Partes no Processo e a Repressão ao Abuso Processual*, Rio de Janeiro: Revista Forense, 269, outubro/dezembro 1986, p. 161-168.

de espírito, o processo poderia prestar-se ao abuso de direito. As regras elencadas acima têm justamente objetivo de conter os litigantes; entretanto, cabe ao advogado, que deve manter-se em situação extra-emocional, levar o processo à consecução de seus objetivos, não permitindo que ocorram atos inspirados na malícia. A conduta do advogado, que é técnico para propiciar o acesso à justiça, tem a obrigação de respeitar as chamadas “regras do jogo”, e comporta “numerosos desdobramentos, que se traduzem em outros tantos preceitos, dificilmente redutíveis a uma enumeração exaustiva, mas cujo denominador comum talvez se possa identificar no respeito aos direitos processuais da parte contrária e na abstenção de embaraçar, perturbar ou frustrar a atividade do órgão judicial, ordenada à apuração da verdade e à realização da concreta justiça”.<sup>193</sup>

A experiência forense demonstra que os casos de má-fé definidos no art. 17 do código de processo civil ocorrem por iniciativa do advogado e que os poucos idealizados pela própria parte sempre se consomem com a participação eficiente, e quase sempre consciente, do patrono. Isso pela simples razão de que o sistema processual atribui ao advogado a capacidade postulatória. Só em poucos casos pode a conduta desleal ser obra exclusiva da parte (exemplos: alteração da verdade produzida em interrogatório ou em depoimento pessoal, sem orientação do advogado; oferta de documentos falsos pelo cliente, sem o advogado perceber a falsidade). Portanto, a litigância de má-fé tem de ser imputada também ao advogado, ainda que seja expressamente solicitado pelo cliente, caso em que se terá estabelecido uma solidariedade.

As infrações ao dever de veracidade podem constituir em alegação de fato inexistente, na descrição sem correspondência exata com a realidade ou ainda, usar o processo para fins de conseguir objetivo ilegal. A essa realidade os órgãos da Jurisdição Civil não podem continuar de olhos fechados, pois a complacência estimula os atos de má-fé que

---

<sup>193</sup> MOREIRA, José Carlos. *Responsabilidade das Partes por Danos Processual*, Revista de Processo nº 10, p. 16.

alongam os pleitos. Esse efeito negativo volta-se contra o Judiciário, contra o qual se levanta desconfiança que acaba por redundar em prejuízo da cidadania. Se a conduta desleal for sancionada com rigor, ver-se-á, por efeito da prevenção geral, diminuir o tempo de demora do processo civil. Para esse objetivo ser alcançado, é preciso que os juízes e tribunais abandonem a tradicional tolerância com que encaram os atos desleais que os advogados praticam em nome da partes.

Segundo Liebman<sup>194</sup>, o código de processo civil não é outra coisa a não ser a lei regulamentar de garantias contidas na Constituição, revelando o que hoje se chama de Jurisdição Constitucional que se faz pelo direito processual constitucional e não mais pela atividade do juiz ou por um poder totalitário do Estado. Por isso, releva acentuar que outra finalidade não pode ter o processo para a sociedade, senão, por sua principiologia instituída em norma fundamental, ensejando às partes o pleno exercício do contraditório, da ampla defesa, da simétrica paridade (isonomia) de oportunidades e de efetiva participação na construção do provimento. A dever-função jurisdicional cinge-se a garantir a vigência do instituto constitucional do devido processo legal.

Como se viu no capítulo II, o devido processo não pode ser elevado a dogma, e, mais que conjunto normativo de regência principiológica na forma de proceder, há de ser entendido, também, como forma de restabelecimento do equilíbrio social, quebrado pela demanda, sendo fundamental a ética e a probidade, para que toda máquina estatal atinja o fim a que se destina a lei e o processo, que a satisfação vinda do pronunciamento jurisdicional. Eis porque não se pode aceitar, na atualidade do Direito Brasileiro, a visão antiga que não há direito subjetivo implícito na relação processual, pois, é justamente esta subjetividade que exige das partes interpretação das normas, para que elas sejam utilizadas tal qual o fim que foi criada, ou seja, que o conteúdo da jurisdicionalidade é a legalidade (*nullus*

---

<sup>194</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Diritto Contituzionale e Processo Civile. Rivista di diritto processuale, 1652, p. 329.

*actum sine lege*): é a precedência da lei à vontade jurisdicional e, se a lei constitucional assegura o contraditório, este deve ser exercido não simplesmente porque é previsto, mas sim no sentido de se demonstrar ao julgador que ao autor não assiste razão.

Todos os atos processuais, exercidos com base no direito de ação, defesa ou recurso, devem impor condições na qualidade para agir em juízo. Cada qual tem a responsabilidade de atuação respeitando os limites da finalidade do processo. O direito de ação como instituto constitucional que se opera, deve-se esgotar na via instrumental da petição pautada pela boa-fé. O direito de defesa, como afirma Comoglio<sup>195</sup>, se equipara ao da ação, pois, o "direito de defesa" também é um "direito-de-ação-contrária". Equiparam-se também, a esse direito, os recursos, que na lição do ilustre doutor Nelson Luiz Pinto<sup>196</sup>,

trata-se de um direito subjetivo... É uma extensão do direito de ação ou de defesa, e, portanto, apenas prolonga a vida do processo e a litispendência existente, dentro da mesma relação processual... Trata-se como se disse de forma de impugnação à decisão judicial, dentro do mesmo processo onde ela foi proferida.

Assim, se todos os atos se equiparam na questão da responsabilidade pelos seus reflexos, tem-se que os atos processuais são uma questão de política legislativa, e não, necessariamente, uma característica inerente ao judiciário e imposta obrigatoriamente pela Constituição Federal<sup>197</sup>. Isso quer dizer que não há restrições quanto ao exercício do direito nem em primeiro e nem em segundo grau, salvo algumas exceções<sup>198</sup>, o que não significa dizer que se podem utilizar os dispositivos processuais ou dos recursos de maneira desmedida. Entretanto, é na utilização dos recursos que se observam o maior cometimento de abusos processuais, quando, em respeito à própria decisão de primeiro grau, os operadores deveriam ter o mesmo animus de probidade e ética processual, pois recorrer não é sinônimo de ampla defesa. Os recursos significam repetição, portanto o poder de invocar nova decisão. A

---

<sup>195</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. La Corte Costituzionale ed il Processo Civile. in Rev. Dir. Proc. XXIII, 1968.

<sup>196</sup> PINTO, Nelson Luiz. Op. cit. p. 27.

<sup>197</sup> Idem, ibidem.

<sup>198</sup> Lei 6.830/80, artigo 34 prevê que das sentenças de primeira instância, proferidas em execuções até determinado valor não caberá apelação.



primeira decisão toca a sensibilidade da parte vencida, propiciando reação deste no sentido de obtenção de novo julgamento, modificativo ou revocatório do anterior. A finalidade é corrigir eventual falibilidade do julgamento humano, e, sanar a insegurança acarretada pelas decisões de única instância<sup>199</sup>, isso quer dizer que, não se pode recorrer por recorrer, somente porque o recurso está à disposição, é necessário que haja realmente um inconformismo e uma esperança de modificação de sentença. Não se recorre apenas para ganhar tempo no processo, não é o simples dizer ou o contradizer, mas o direito-garantia constitucional de que o debate jurídico pode ser revisto por julgadores diferentes. Destarte, esse direito causa uma morosidade muito árdua ao processo, e muitas vezes têm sido utilizado de maneira absolutamente desnecessária, causando um entrave processual, doença crônica hoje em nosso sistema judiciário. A sentença de primeiro grau tem que ser mais valorizada, e mais ainda, se aplicada a Tutela Antecipada na sentença de primeiro, certamente se tiraria o entusiasmo em recorrer de muitos, e se privilegiaria a tão necessária efetividade processual.

Luiz Guilherme Marinoni<sup>200</sup>, assevera que “a problemática da efetividade do processo está ligada ao fator tempo, pois não são raras às vezes em que a demora do processo acaba por não permitir a tutela efetiva do direito”. Por isso, deve chegar o momento em que a parte não possa mais se insurgir contra as decisões judiciais; primeiro porque se não fosse assim uma relação processual poderia ser eternizada, o que é desgastante para os dois pólos da demanda, e, segundo, porque nunca se daria ao titular do direito, a satisfação e reequilíbrio da harmonia social, a qual o processo se propõe. Necessário então, aplicação de sanções em face de quem pratica atos que causam prejuízos processuais à outra parte, ou ao judiciário. José de Moura Rocha<sup>201</sup>, justifica a necessidade de o processo armar-se de sanções, dizendo que “sem um auto disciplinamento, o processo não teria possibilidade de prosperar no

---

<sup>199</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Processual*, São Paulo: Saraiva, 1976, p.209.

<sup>200</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, p. 37.

<sup>201</sup> ROCHA, José de Moura. *As Sanções no Processo Civil*, Rio de Janeiro: RBDP, nº 06, abril/junho 1976, p. 45-63.

imenso turbilhão do mundo moderno”. José Carlos Barbosa Moreira<sup>202</sup>, traz quatro espécies fundamentais de sanções para coibir abusos e responsabilizar os sujeitos do processo, a saber:

- a) restrição ou mesmo perda de direitos ou faculdades processuais da parte que se conduziu incorretamente;
- b) multas processuais, sem caráter penal;
- c) Pena propriamente dita;
- d) Imposição ao transgressor, da obrigação de reparar, com prestação pecuniária, os prejuízos causados pelo comportamento incorreto das partes.

Neste último caso, encontra-se a responsabilidade por dano processual, que se encaixa na teoria da responsabilidade civil, a partir de uma indenização pecuniária que deve ser aplicada de acordo com a Teoria da Responsabilidade Objetiva ou Teoria do Risco, na qual não há que se fazer prova da culpa, mas apenas do nexo de causalidade e do dano, conforme o ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves<sup>203</sup>, transcrito adiante:

lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz que a responsabilidade é legal ou ‘objetiva’, porque prescinde da culpa esse satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo o dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

Nos casos de abuso processual, é muito difícil provar a culpa ou mesmo o dolo processual, por isso, entende-se, que se deve aplicar a Teoria do Risco, pois sendo assim, os operadores atuarão com muito mais cautela antes de se aventurar na séria máquina judiciária, para obter fins escusos. A penalização deve atingir todos os responsáveis inclusive o advogado, pois coibindo as atitudes protelatórias deste, a parte não terá como usar o processo de maneira indevida. Controlando a classe dos advogados, certamente o processo será mais efetivo, pois o legislador confiou ao advogado a mais absoluta independência, para que dentro do Estado Democrático de Direito exerça, da forma mais ampla possível, o direito de defesa do interesse a ele confiado, sem nenhum temor por represália contra qualquer ato

---

<sup>202</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Responsabilidade das partes por danos processuais*, *Op. cit.*, p. 17.

<sup>203</sup> Carlos Roberto Gonçalves, *Sinopses jurídicas*, Direito Civil, Responsabilidade Civil, 2. ed., v. I, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 33

por ele praticado que venha a desagradar alguém. Aliás, o advogado temeroso não é advogado, mas mero elemento decorativo que só causará danos à imagem da classe.

Evidente que não se prega aqui o desrespeito ao exercício profissional, mas sim que a inviolabilidade do advogado, não sirva de manto para falcatruas; a imunidade funcional, para os atos que disserem respeito ao exercício profissional idôneo devem ser respeitados. No calor da discussão da causa, por exemplo, eventual ofensa irrogada pela parte ou seu procurador não é considerada crime (art. 142, inciso I, do Código Penal), embora todas as recomendações da Ordem dos Advogados sejam para que o advogado se comporte com moderação e respeito às autoridades e à parte contrária.

Examinando os textos legais, verifica-se que a aplicação da penalidade por litigância de má-fé aos advogados ficou restrita aos casos em que agir de forma temerária. Assim, se litigância de má-fé cometida pela parte é definida no próprio processo em que ocorrem os atos proibidos, também a responsabilidade do advogado pode e deve ser definida no mesmo processo em que ele agir de má-fé. Ao menos por questão de simetria e lógica, se não o fosse por uma questão de abreviar a distribuição de Justiça e de cumprir normas processuais. Sustentar que só em processo autônomo se pode identificar e sancionar a má-fé do advogado, como algumas doutrinas tentam e não tem respaldo sequer no art. 32, parágrafo único do atual Estatuto da Advocacia. A necessidade sempre de processo autônomo, pode ser entendida como mero fruto de indefensável corporativismo.

Entende-se ainda, que em outros casos o advogado deveria ser punido também, como nos casos dos recursos protelatórios, onde o advogado é o responsável, a parte não tem conhecimento das possibilidades dos artifícios judiciais possíveis para postergar uma demanda. De maneira nenhuma se defende que o advogado não tenha responsabilidades para com a sociedade no exercício da profissão. Exige-se dos profissionais, ponderação na emissão de opiniões e respeito no trato com seus pares, clientes e autoridades, embora respeito e

moderação não signifiquem temor reverencial e tampouco, subserviência. Ademais, defender a total irresponsabilidade do advogado pelos seus atos frente à sociedade seria dar terreno fértil aos maus profissionais que transitam pelos meios forenses. Neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais extensível ao advogado-empregado. Veja-se o art. 14, Lei n. 8.078/90:

Art. 14 - O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º - O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º - O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º - O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Há de se lembrar, no entanto, que nem sempre o advogado deve responder sozinho pela reparação dos danos causados à outra parte; por reiteradas vezes, a própria parte ingressa na demanda com o fim exclusivo de protelação. Neste caso, responderão o advogado e o cliente, pelo modo temerário de agir por todos os danos causados à parte contrária. A previsão encontra-se estampada no parágrafo único do art. 32 da Lei n. 8.906/94, que diz que,

o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

Como os deveres das partes e de seus procuradores são os mesmos, as sanções pela quebra desses deveres são as mesmas. As condutas definidas no art. 17 e as sanções cominadas no art. 18 abrangem todos os sujeitos, por força dos imperativos do art. 14 e da vontade da lei de vedar condutas processuais maliciosas ou protelatórias. Assim, tem-se que, pela dificuldade que se tem de avaliar quem é o verdadeiro responsável pelos atos

praticados de maneira abusiva, se o advogado realizou por conta ou a pedido da parte, a responsabilidade, no caso de má-fé, deve ser sempre solidária, pois assim, mesmo que a parte deseje agir de forma inadequada, o advogado, tendo responsabilidade não o fará. Deve-se ressaltar ainda, que o ato processual indevido ensejará reparação dos danos, qualquer que seja o resultado da demanda, ainda mesmo que o litigante ímprobo consiga, no final, sentença favorável.

#### **4.6 O novo regime do Agravo – Lei 11.187/2005**

O recurso de agravo vem previsto no artigo 522 do código de processo civil e é cabível contra decisões processuais interlocutórias. O referido recurso há muito vem sendo usado de maneira indevida, acarretando o abuso do direito de recorrer, o que ensejou a mudança legislativa, restringido o seu uso. Um dos principais avanços da chamada lei dos agravos foi a restrição quase total dos agravos internos (ou regimentais), sobre decisões proferidas em agravos de instrumento. Os agravos internos chegavam a representar 20% do total de agravos interpostos na Justiça – lembre-se que este recurso já foi apontado no capítulo 3, como um dos recursos mais protelatórios do ordenamento brasileiro<sup>204</sup>.

Até a alteração legislativa, a regra era do agravo de instrumento, que mesmo sendo julgado rápido, acarretava a suspensão da lide. Com a nova lei, a regra agora é do chamado agravo retido, que não suspende o processo, não inviabilizando a nova ordem de efetividade e celeridade processual.

Para entender seu funcionamento, é preciso distinguir dois tipos de decisões emitidas pelo juiz. A primeira é a decisão interlocutória, que serve para questões postas ao longo do processo, mas que não põe fim a ele. Já a sentença põe fim ao processo.

---

<sup>204</sup> Pierpaolo Cruz Bottini. Secretário de Reforma do Judiciário em entrevista à revista Consultor Jurídico, in <http://conjur.estadao.com.br/static/text/38902,1>, capturado em 02 de outubro de 2006.

Contra qualquer decisão interlocutória cabiam os agravos de instrumento, impedindo um andamento mais rápido para a causa, porque até o seu julgamento, o processo em primeiro grau ficava parado. Com a mudança, o agravo de instrumento ficou específico para ser interposto somente em alguns casos sendo difícil seu uso para protelação judicial e a regra geral é a interposição do recurso do tipo retido, que não impede o andamento do processo, uma vez que este não tem efeito suspensivo. Eles questionam as decisões tomadas nas interlocutórias pelos juízes, mas são julgados como questões preliminares, na instância superior, quando do julgamento da apelação — o recurso usado depois do juiz proferir a sentença e pôr fim ao processo.

É importante lembrar que não houve a extinção dos agravos de instrumentos, houve apenas uma restrição ao seu uso, transformando-se de regra a exceção, conforme se verifica na redação do artigo 522 do código de processo civil:

Art. 522 – Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão de apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

O objetivo do legislador, mais uma vez, foi o de dar celeridade aos processos judiciais, pretendendo diminuir a interposição desta espécie de recurso. Verifica-se que o artigo 522 do Código de Processo Civil, em sua nova redação, determina que, em regra, o recurso de agravo seja interposto na forma retida nos autos, restringindo, portanto, o acesso aos tribunais em hipótese de decisões interlocutórias. Assim, quando o juiz proferir alguma decisão interlocutória que contrarie o interesse da parte, a regra é que prevaleça tal decisão no curso do processo, a qual somente será modificada se o próprio juiz, em face das razões do agravo retido, reconsiderar sua posição, ou se o tribunal, quando do julgamento da apelação, em preliminar, e desde que a parte assim o requeira, acolha o agravo retido, reformando a decisão interlocutória.

E se a regra agora é o agravo retido, a exceção é o agravo de instrumento, que somente poderá ser interposto perante o tribunal quando a decisão recorrida provocar lesão grave e de difícil reparação. Diante disso, para se socorrer do recurso de agravo de instrumento, doravante, será necessário um requisito essencial para a admissibilidade do recurso: a necessidade de se demonstrar que a decisão recorrida causa ao recorrente lesão grave e de difícil reparação. O dispositivo leva ao entendimento de que não mais será possível utilizar-se do agravo de maneira abusiva. Cumpre ao advogado, portanto, ter o cuidado de demonstrar o preenchimento de mais esse requisito de admissibilidade, ao lado de outros, que já estavam previstos na sistemática anterior.

Ainda segundo a nova sistemática, o relator, ao receber o recurso, se entender que se trata de decisão que não causa lesão grave e de difícil reparação, poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, sendo que tal decisão, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 527, somente poderá ser reformada quando do julgamento do agravo retido, ou seja, junto com a apelação, a menos que o próprio relator reconsidere a decisão. Nesse ponto, o legislador objetivou evitar recurso contra a decisão do relator do agravo de instrumento.

A intenção do legislador, contudo, poderá não produzir o efeito esperado, porque mais uma vez se vislumbra a esperteza do operador do direito em lançar mão de pedido de reconsideração, ou ainda, se necessário, impetrar Mandado de Segurança contra o ato do relator, pretendendo demonstrar a ilegalidade da decisão que converteu o agravo de instrumento em agravo retido. Com a impetração do Mandado de Segurança, certamente será nomeado outro desembargador e outra câmara, que irão rever a decisão do desembargador relator que, anteriormente, converteu o agravo de instrumento em agravo retido. Em conclusão, a pretensão do legislador, que é a de evitar recursos protelatórios, parece que poderá ensejar não só outros recursos, mas também mais ações incidentais no processo.

Outra mudança significativa da Lei 11.187/05, que merece menção, diz respeito às decisões interlocutórias proferidas em audiência. Sobre essas decisões, o recurso cabível é o agravo retido que será interposto no ato da decisão, oral e imediatamente. Assim, caso o juiz profira uma decisão que cause algum prejuízo à parte, o advogado deverá fazer o seu recurso no mesmo ato, durante a audiência, e de forma oral, requerendo que conste a sua exposição na ata de audiência.

Nesse ponto, a modificação trazida pela nova lei, trouxe também a discussão sobre ser a determinação constitucional ou inconstitucional, porque, parte da doutrina tem entendido que a regra viola a igualdade entre as partes, posto que impõe ao agravante o dever de expor as suas razões de agravo retido de forma imediata, em audiência, enquanto que ao agravado concede o prazo de 10 dias para responder ao recurso.

Essas são as modificações mais relevantes na nova sistemática do recurso de agravo, antevendo-se que, infelizmente, não servirão elas ao intuito do legislador, de dar celeridade aos processos judiciais, porque para que funcionem plenamente seria necessário o comportamento dos operadores baseado na lealdade e boa-fé, o que não se tem observado faz algum tempo nas demandas processuais. O legislador, ao que parece, insiste em pretender apenas limitar os recursos aos tribunais, como se isso, por si só, abreviasse a demora dos processos judiciais, quando, na verdade, o que se sabe é que tal objetivo somente será alcançado quando houver mais investimentos no Poder Judiciário.

#### **4.7 As Etapas de Reforma do Código de Processo Civil e o Exercício Regular do Direito**

Devido aos inúmeros incidentes possíveis com o mau uso do direito processual, este vem passando por alterações a fim de atingir sua finalidade, que é respeitar a dignidade da pessoa humana e por conseqüência, alcançar a pacificação social com a distribuição da justiça. Com isso observa-se que, no período da primeira reforma pontual do



processo civil nos anos de 1994 e 1995, o legislador disciplinou algumas mudanças no processo de execução, entre outras, impondo cominação de multa por atentado à dignidade da justiça; tais alterações foram importantes no sentido de que visou a colocar fim aos conflitos exegéticos, delimitando as normas aplicáveis a cada situação. Nesta fase, a maior inovação foi à introdução da Tutela Antecipatória, que em muito tem contribuído contra os atos protelatórios (como foi estudado acima)<sup>205</sup>.

Nessa evolução pela efetividade processual, passou-se por uma segunda fase reformatória, onde o legislador alterou a competência do juízo no processo de execução e o rol dos títulos executivos judiciais, sendo que as mudanças mais significativas vieram com a lei 10.444/02. Sálvio de Figueiredo Teixeira<sup>206</sup> ensina que a proposta da segunda fase da reforma foi de supressão do processo executivo autônomo, alcançando um processo sincrético, no qual se fundem cognição e execução.

Finalmente, com a edição das leis 11.187/2005 e 11.232/2005, que disciplinaram novos rumos para o agravo e para o processo de execução, completa-se a terceira fase de reformas, com declarado objetivo de alcançar maior eficiência e presteza na prestação jurisdicional, pois em muito essas alterações contribuem para barrar os abusos processuais<sup>207</sup>.

Atendo-se mais às recentes reformas (terceira fase), que modificou principalmente as modalidades do agravo, verifica-se que a inovação legal buscou atender ao ideal estabelecido no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da constituição Federal de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional 45/2004, pertinente a reforma do poder judiciário, no sentido de que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Por essa razão,

---

<sup>205</sup> Cf. DINAMRGO. Cândido Rangel. *A Execução na Reforma do Código de Processo Civil*, Revista de Processo, São Paulo, 85/11-18, 1997.

<sup>206</sup> O *Prosseguimento da Reforma Processual*. Revista de Processo, São Paulo, 95/09-11, 1999.

<sup>207</sup> Cf. BRUM JÚNIOR. Hippolyto. *Lei 11.232 de 22.11.2005. Cumprimento da Sentença: Alguma Considerações*, in <[http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/lei11232\\_hippolytobrumjr.html](http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/lei11232_hippolytobrumjr.html)>

houve uma inversão, o que era regra (agravo de instrumento) virou exceção, dando-se preferência à forma retida – assunto abordado no item anterior.

Em relação ao processo de execução, o ordenamento jurídico entrou naquilo que a doutrina tem chamado de “fase de cumprimento das sentenças do processo de conhecimento”. A lei rompeu nitidamente alguns tradicionais conceitos e disposições do direito processual civil, prevalecendo o objetivo de imprimir maior celeridade ao processo e por consequência evitar a protelação judicial na execução da prestação jurisdicional. Com isso, o código de processo civil sofreu alterações estruturais de significativa importância. A primeira delas trata do artigo 162, que modificou o conceito de sentença, acabando com a idéia de que a mesma põe fim ao processo, e com isso unindo os processos de conhecimento e execução. Para atingir esse fim, alterou também a redação do artigo 269, não se falando mais em extinção do processo com julgamento de mérito e sim em resolução de mérito<sup>208</sup>.

No que tange à liquidação de sentença, esta foi transferida para dentro do processo de conhecimento, saindo do livro II do código de processo civil para o capítulo IX, do Título VIII, do livro I, denominado de “Liquidação de Sentença”, fluindo como etapa do processo de conhecimento, sendo sua decisão recorrível mediante agravo de instrumento e não mais apelação.

O caput do artigo 603 passou a ser o caput do artigo 475-A, e em seu § 3º prevê a impossibilidade de sentença ilíquida nas alíneas “d” e “e” do artigo 272, II. Entre os artigos 475-I e 475-R, que trata do cumprimento da sentença, está a esfera das mais significativas mudanças no plano social, pois transfere as regras de cumprimento para o artigo 461, que trouxe maiores poderes executivos ao juiz, visando a efetividade da execução.

No artigo 475-J, há a fixação de prazo de 15 dias para o pagamento de quantia certa, sob pena de multa de 10%. Embora o legislador não traga o esclarecimento

---

<sup>208</sup> MONTENEGRO NETO. Francisco. *A Nova Execução e a Influência do Processo do Trabalho no Processo Civil*, Boletim Jurídico, in <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1031>>

sobre quando esse prazo se inicia, entende-se que deve ser após a intimação do devedor e que deve ser pessoal, já que quem efetua o pagamento é o devedor e não seu procurador. A penhora, por sua vez, passa a ser a requerimento do credor, enquanto que se entende deveria ser de ofício. A avaliação também mudou, o ônus foi transferido ao oficial de justiça, permitindo celeridade processual. Após a penhora e avaliação, poderá o devedor oferecer impugnação e não mais embargos, atacando-se aqui o tempo do processo e os embargos protelatórios, pois se o executado alegar excesso de execução (alegação clássica dos antigos embargos de devedor), deverá declarar o valor que entende correto, depositando-o sob pena de rejeição liminar da impugnação. Esta é a mais importante modificação, pois permite um recebimento imediato de parte do crédito, além de reduzir o campo de atuação do executado e impedindo a protelação judicial.

Com a perda do caráter de ação autônoma, a impugnação passa a ser apenas um incidente processual recorrível por agravo de instrumento, que será recebido sem efeito suspensivo, tornando a fase executiva extremamente ágil.

Com a fusão das fases, elogia-se o afastamento da citação pessoal do executado, que foi substituída pela intimação na pessoa do procurador. Há ainda relevante novidade no campo da competência, que permite ao executado optar pelo local onde se situam os bens ou pelo atual domicílio do executado, para ver processar a execução. Infelizmente o legislador não efetuou nenhuma mudança, para equiparar as partes, nas lides onde a Fazenda pública figura no pólo passivo, mantendo o privilégio de prosseguir-se utilizando os embargos do Executado. Por força das alterações desta lei, alguns artigos também tiveram que sofrer adequações, como é o caso do procedimento monitorio que prossegue na forma do livro I e não mais do livro II<sup>209</sup>.

---

<sup>209</sup> RAMOS. Glauco Gumerato. *A Lei 11.232/05 e os Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro. A Caminho da Fase Utilitarista do Processo*. In <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7825>>

Com o advento da referida lei, verifica-se uma forte tendência a descomplicação e moralização do processo, no sentido de acabar com os abusos processuais, tornando a jurisdição civil cada vez mais útil. Evidente que muito ainda há para ser feito pelo legislador, pelo julgador e pelos demais sujeitos do processo, para que se alcance um processo civil mais simplificado e rápido, permitindo assim que o jurisdicionado não seja mais lesado pelo tempo do processo.

## REFLEXÕES CONCLUSIVAS

Muito se tem discutido sobre formas de se coibir o abuso do direito processual e proporcionar maior efetividade no provimento jurisdicional. Algumas doutrinas apontam que o principal problema estaria no excesso de recursos previstos no Código de Processo Civil, propondo reformas legislativas radicais, que poderiam até mesmo ferir o Devido Processo Legal. Outras ainda questionam apenas os efeitos dos recursos, propondo que se acabe com o efeito suspensivo.

O legislador, por sua vez, vem realizando reformas pontuais no Processo Civil, com a finalidade de corrigir não somente os abusos mas, também as crises atuais do Poder Judiciário, entretanto, não existe consenso e nem prognóstico pacífico sobre como enfrentar estas questões, como se viu no estudo realizado, o que faz crer que qualquer proposição estará sujeita a críticas contundentes. Mesmo assim, a ausência de concordância sobre os rumos que deve tomar a reforma processual para coibir os abusos e demais problemas não impediu que significativas alterações legislativas fossem feitas, a exemplo disso têm-se as reformas recentes do Recurso de Agravo e do Processo de Execução.

Pôde-se observar que a morosidade do sistema é evidente e é o principal problema da justiça moderna; agravada pelo mau uso dos mecanismos processuais por profissionais mal-intencionados, fazendo com que os prejuízos causados pela dificuldade de resolver um conflito em tempo razoável sejam gravíssimos para toda a sociedade. Sabe-se, entretanto, que a crise tem diversas causas que não foram tratadas nesse trabalho, que se ateve apenas aos problemas causados pelo abuso processual, que não são poucos.

Tem-se atualmente uma excessiva litigiosidade e pouca racionalidade no uso da legislação aplicada ao processo. É necessário que se tenha consciência de que a ordem depende do Estado Social de Direito, devendo haver uma reflexão do papel do processo em

termos coletivos e não individuais. Ao lado da excessiva litigância, a legislação processual apresenta alguns obstáculos à resolução racional e célere dos conflitos. Porém esta tarefa não pode ser analisada de maneira simplista, reduzindo os recursos ou os prazos para o contraditório, por exemplo. A questão não é a existência dos recursos ou prazos, mas sim a ausência de conseqüências negativas para aqueles que os utilizam maneira meramente protelatória, com a finalidade de postergar a efetivação do direito, entretanto, a diferença entre o uso legítimo dos instrumentos processuais e litigância predatória é tão pequena que a percepção de uma ou de outra é difícil, tornando o papel do julgador extremamente árduo e a tarefa do criador da norma ainda mais complexa.

A exemplo disso tem-se a atuação do poder público em juízo, que mesmo após as reformas continua tendo muitos privilégios, além da obrigação de defender-se em qualquer circunstância, mesmo quando seja notória sua falta de razão.

Neste sentido, as propostas de alteração devem ter o cuidado de criar obstáculos para a atividade processual predatória, mas ao mesmo tempo preservando as regras do Devido processo Legal. Mas além das reformas legislativas quem vêm sendo efetuadas, é preciso reformar a mentalidade dos operadores do direito. É preciso que os mecanismos que coíbem o mau uso do direito sejam aplicados com freqüência, proporcionando assim uma mudança de atitude dos sujeitos do processo.

Não basta seguir o manual fornecido pela lei. É necessário dar-lhe efetividade com interpretações atualizadas, criativas e inovadoras. Para isso, deve-se despir de dogmas, desvencilhar-se de preconceitos e desapegar-se do tradicional. É necessário refletir, questionar, por em dúvida antigas convicções. Olhar para o processo de forma que este sirva como mecanismo de pacificação social, e não como instrumento de vingança ou acintes pessoais.

Há que se reconhecer que todos têm uma obrigação passiva genérica, ou seja, um dever jurídico de respeito ao processo, que está muito longe da perfeição, ou mesmo da efetividade e celeridade real do processo, mas já há modificações sensíveis, e nisto o legislador tem contribuído, principalmente com as mudanças trazidas pela Lei 11.232/06.

Infelizmente, alguns julgadores, têm a tendência em não punir os atos abusivos, o que permite que sua prática continue sendo exercitada. Com isso, resta fragilizado o aspecto punitivo dos abusos de direito cometidos ao longe de uma demanda. Esta exegese conservadora é um prêmio aos profissionais que se utilizam do processo apenas para atingir meios escusos.

O que se reclama é uma correção do desvio de perspectiva dos que, à guisa de não punir os abusadores pela protelação e má-fé processual, admitem o estendimento da lide, atendendo os interesses do causador do dano. A questão é atuarial. Por que mudar o comportamento, evitando os atos abusivos no processo, se as punições existentes no ordenamento pátrio raramente são aplicadas? A verdade é que a timidez do juiz ao punir os abusos, resulta em mal muito maior que o fantasma da lide infundável. Por isso se considera fundamental o papel fiscalizador do magistrado. A efetividade do processo judicial implica, fundamentalmente na utilidade e adequação de seus resultados.

Não se trata, porém, de impedir a atuação judicial, mas de dar ao processo um caráter educativo, no sentido de que, quando o julgador identificar um abuso, não deixar que isso passe despercebido no processo, sem que o abusador sofra qualquer consequência pelos atos indevidamente praticados.

Disso depende um trabalho de conscientização principalmente do advogado, que é quem mais tem desviado a finalidade dos mecanismos processuais, além do efetivo papel participativo do julgador, fiscalizando e punindo o aventureiro jurídico. Para isso, deve-

se buscar na experiência daqueles que trabalham e conhecem os meandros das lides nos tribunais os caminhos para aprimorar a prestação jurisdicional sem ferir os direitos consolidados e assegurados pela Constituição Federal.

Trata-se de observar o processo com uma visão de interpretação constitucional, pois, por mais cuidadoso que seja o trabalho legislativo, a lei nunca abrigará todas as situações concretas que podem surgir. Sempre ter-se-ão as lacunas. Mas isso não tira do julgador o poder interpretativo partindo dos princípios constitucionais, que têm se apresentado cada vez mais eficazes na efetivação da justiça.

Ainda, necessário se faz, criar mecanismos de valorização da atuação do juiz de primeiro grau, para inibir práticas protelatórias; neste aspecto, a lei 11.232/06 foi bastante efetiva, ao fundir os processos de conhecimento e execução, pois assim deu-se maior efetividade às decisões do juízo singular. Trata-se de buscar um tempo razoável para o judiciário responder as demandas que lhe são propostas, tempo esse que fica muito mais aceitável quando se consegue impedir a protelação da lide. No entanto, cabe ressaltar que o juiz é peça fundamental para que a conscientização da finalidade do instrumento processual funcione, pois ele tem que ser capaz de identificar os atos danosos ao processo e ter a “coragem” de punir com rigor os abusadores, evitando a procrastinação de discussões apenas porque o sistema processual prevê este ou aquele remédio jurídico.

A figura do magistrado é importante, porque se sabe que não se muda a realidade e os comportamentos viciados de alguns operadores apenas com a promulgação de leis, embora algumas alterações sejam os primeiros passos para que o contexto da crise, agravada pela protelação judicial, seja superado. Assim, tem-se que, para a superação dos comportamentos judiciais predatórios são necessárias sim algumas mudanças legislativas, como por exemplo, o aumento das multas pela protelação processual. Entretanto, mais



importante que a lei é a atuação interpretativa do julgador, partindo sempre dos princípios constitucionais; este deve atuar com rigor para coibir definitivamente os abusos.

A atuação do juiz, já mencionada anteriormente é um avanço importante em direção a correção do sistema processual, porque reflete uma nova visão da prestação jurisdicional, uma nova mentalidade voltada para a solução dos problemas concretos que efetivamente atrapalham a resolução dos conflitos. Trata-se de uma reforma de gestão, uma transformação na forma de lidar com a administração do judiciário, que vai refletir no resultado efetivo das lides.

No entanto, ressalte-se que a mudança no comportamento dos advogados e magistrados, não eximem o legislador e os pensadores de continuar empreendendo análises críticas da realidade, aprimorando a interpretação dessa mesma legislação, para que se possa, mais rapidamente consolidar um judiciário que responda a contento os anseios sociais. Então não é um ou outro fator isolado que resolverá a crise atual do sistema, mas sim uma união de forças de todos os operadores e estudiosos do direito com a finalidade única de atingir um judiciário justo e efetivo e, portanto satisfatório.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, J. E. Carreira. *A Antecipação da Tutela na Reforma Processual*, Rio de Janeiro: Destaque, 1995.
- ANDOLINA. Ítalo. *Cognizione ed Esecuzione Forzata nel Sistema Della Tutella Giurisdizionale*, Milano: Giufrè, 1983.
- KELSEN, Hans. *O que é Justiça*, trad. Luís Carlos Gomes, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualizado por Eliana Barbi Botelho. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BAUR, Fritz. Trad. por Armindo Edgar Laux. *Tutela Jurídica Mediante Medidas Cautelares*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BENDA. Ernesto. [et alii]. *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996.
- BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. edição. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BRASIL. Código Civil Brasileiro, Lei 10.406, de 10/01/2002.
- BÜLLOW. Von Oskar. *La Teoria de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. Da ed. Alemã de 1868. Buenos Aires: europa-América, 1964.
- BÜLOW. Oscar von. *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Gissen, Ed. Roth, 1868. (trad. La Teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, por Miguel Angel Rosas Lichtschein, Buenos Aires: Ejea, 1964.
- BUZAID. Alfredo. *Estudos de Direito*, São Paulo: Saraiva, 1971.
- CALAMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil – Compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices*. 13. ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- CAPELLETTI, Mauro. *La Oralidad y Las Pruebas en el Proceso Civil*, Buenos Ayres: EJEJA, 1972.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Access to Justice: The worldwide movement to make rights effective*, in "Access to Justice, v. I (A World Survey)". Alphenaaandenrijn-Milano, 1978. tomo I.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituzione del Processo Civile Italiano*, 6. ed., v. II, Roma: Sociedade Editora del Foro Italiano, 1957.

CARVALHO, Luiz Airton. *Princípios Processuais Constitucionais*. Rio de Janeiro: Cartilha Jurídica, TRF/1ª Região, n. 28, 1994.

Cícero. *Dos Deveres*. texto integral – coleção Obra Prima de Cada Autor, São Paulo: Martin Claret, 2005.

Código Penal.

COLLIARD. Claude Albert. *Libertes Publiques*, 4. ed., Paris: Daloz, 1972.

CRESCI SOBRINHO. Elicio. *O Dever de Veracidade das Partes no Processo Civil*, Porto Alegre: Fabris, 1988.

CRETELLA JÚNIOR. José. *Curso de Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CUNHA. Oscar. *O Dolo e o Direito Judiciário Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1936.

DIAS, Rosana Josefa Martins. *Proteção ao Processo*, Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual civil*. v. II. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

\_\_\_\_\_. *As Inovações no Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I, 2. ed., revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *A Execução na Reforma do Código de Processo Civil*, Revista de Processo, São Paulo, 85/11-18, 1997.

FARIAS, Edílson Pereira de. *Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1996.

FERRAZ, Sérgio. MACHADO, Alberto de Paula. [coord.] *Ética na Advocacia*, estudos diversos, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FERREIRA. Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

FLORES-VALDEZ. Joaquim Arce y. *Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*. Madri: Editorial Civitas, 1990.

FRIEDE, Reis. *Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar*, 5. ed., rev., atual. e ampliada, Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Terceira Fase da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Método, 2006, p. 13-19.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses jurídicas*, Direito Civil, parte geral, 2. ed., v. I, São Paulo: Saraiva, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 1, 17. edição, atualizada, São Paulo: Saraiva, 2003.

HOYOS, Arturo. *El Debido Proceso*, reimpresión, Santa Fé de Bogotá – Colombia: Editorial Themis S/A, 1998.

JÚNIOR VECHIATO. *Curso de Processo Civil*. v. I, Processo de Conhecimento. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil: Parte General*, Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, 1995.

LC 35, de 14/03/1979 – artigo 49.

LIPPMANN, Ernesto. *Os Direitos fundamentais da Constituição de 1988*, São Paulo: Editora LTR, 1999.

MARCATO, Antônio Carlos. *Preclusões: Limitação ao Contraditório*, Revista de Processo, São Paulo, ano 5, nº 17, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_. *Novas Linhas do Processo Civil*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, 1. ed., São Paulo: RT, 1992.

MARINS, Victor A. A. Bonfin. *Aspectos Polêmicos da Tutela Antecipada*, Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, 7. ed., v. II, São Paulo: Saraiva,

MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

- MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª. ed., 7. tiragem, São Paulo: Malheiros, 1999.
- MILHOMENS, Jônatas. *Da Presunção da Boa-fé no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª. ed., Rio de Janeiro: Rio, v. 9.
- MIRANDA, Gilson Delgado e PIZZOL, Patrícia Miranda. *Fundamentos Jurídicos do Processo Civil*, 3. edição, São Paulo: Editora Atlas, 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Perspectivas Constitucionais de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, v. I, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novo Agravo*, 1. ed., Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 3. tiragem.
- NALINI, José Renato. *Ética e Justiça*, São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.
- \_\_\_\_\_. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. 2. ed., revista e ampliada. São Paulo: RT, 2000.
- NEGRÃO, Theotônio. GOUVEIA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 30. ed., atual. até 05 de janeiro de 1999, São Paulo: Saraiva, 1999.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios de Processo Civil na Constituição Federal*, 4. ed. rev., aum. e atual. c/ a Lei das Interceptações Telefônicas 9.296/96 e a Lei de Arbitragem 9.307/96, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NISKIER, A. *O Juiz, a ética e a Educação*, in *Uma Nova Ética para o Juiz*, [coord.], NALINI, José Renato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- OLIVEIRA, Ana Lúcia Iucker Meirelles de. *Litigância de Má-Fé*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- OTERO, Paulo. *Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Basto*. São Paulo: Saraiva.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- PINTO, Roquette. *Ensaio de Antropologia Brasileira*, Brasília: Companhia Editora Nacional – UnB, 1982.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: São Paulo, 1970.

\_\_\_\_\_. *História e Prática do Hábeas Corpus*. 7. Ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil, Princípios do Processo Civil*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

RIVERO, Jean. *Libertes Puliques*. v. I, Les Droits de l'homme, Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, v. II, Buenos Aires: EJE, 1955.

SALEILLES, R. "*Théorie Générale de L'obligation*", 3. ed., Paris, 1935.

SALVETTI NETO, Pedro. *Curso de Teoria do Estado*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1984.

SANCHIS, Pietro. *Estúdios sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.

SANSEVERINO, Milton. *Procedimento Sumaríssimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

SANTOS, Ernani Fidélis. *Curso de Processo Civil*, São Paulo: RT, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*, v. 1, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: RT, 2000.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal – Due process of Law*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SOLTANOVITCH, Renata. *Responsabilidade Processual*. Dissertação de Mestrado em Direito, PUC-São Paulo, 2006.

STOCCO, Rui. *Abuso de Direito e Má-fé Processual*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRANGER, Irineu. *Reparação de Dano e Direito Internacional Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

TEISHEINER, José Maria. *Pressupostos Processuais e Nulidades do Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 14. ed. v. I Rio de Janeiro: Forense, 1995.

\_\_\_\_\_. *Processo Cautelar*, 11. ed., São Paulo: Leud, 1989.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Processual*, São Paulo: Saraiva, 1976.

VENOSA. Silvio de Salvo. *Direito Civil*, v. 4, Responsabilidade Civil, São Paulo: Atlas, 2002.

VÉSCOLI. Henrique. *Teoria General del Proceso*, Bogotá: Temis, 1984.

VINCENZI, Brunela De. *A Boa-fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*, Vol. I, São Paulo: RT, 2004.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000.

## REVISTAS JURÍDICAS

ALVAREZ. Anselon Pietro. *Uma Moderna Concepção de Assistência Jurídica Gratuita* in RT n° 778.

ALVIM. Arruda. *Os Deveres das Partes e Seus Procuradores, No Direito Processual Civil Brasileiro*, A Lealdade no Processo. Revista de Processo 69/7.

BALMES. Jaime L. *Lógica y Ética*, 2. ed., Buenos Aires: Editorial Sopena SRL, 1941

BARBOSA MOREIRA. Participação e Processo. Editora Revista dos Tribunais, 1988.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. RENAULT, Sérgio. *Os Caminhos da Reforma*, Revista do Advogado, ano XXVI, no. 85, maio/2006.

BUZAID. Alfredo. *Processo e Verdade no Direito Brasileiro*. Revista de Processo 47/87.

COMOGLIO, Luigi Paolo. La Corte Costituzionale ed il Processo Civile. in Rev. Dir. Proc. XXIII, 1968.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Diritto Costituzionale e Processo Civile. Rivista di diritto processuale, 1652.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Fraude de Execução*, São Paulo: Revista dos Tribunais n° 485/76.

LOPES, João Batista. *Os Poderes do Juiz e o Aprimoramento da Prestação Jurisdicional*, Revista dos Tribunais.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Considerações sobre as Causa do Emperramento do Judiciário, in Estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira*, Revista de Processo 97, ano 25, janeiro/março de 2000.

MARINONI. Luiz Guilherme. *Novidades Sobre a Tutela Antecipatória*, in Revista de Processo, n. ° 69.

MARINS-COSTA. Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. 1. ed., 2. tiragem, ao Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, José Carlos. *Responsabilidade das Partes por Danos Processual*, Revista de Processo nº 10.

\_\_\_\_\_. *A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo*, Revista de Processo 37/140-150.  
Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35:24-6.

NAVES. Candido. *Impulso Processual e Poderes do Juiz*. Belo Horizonte: estabelecimentos Gráficos Santa Maria S/A, 1947.

OLIVEIRA. Ana Lúcia Lucker. *Litigância de Má-fé*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ROCHA, José de Moura. *As Sanções no Processo Civil*, Rio de Janeiro: RBDP, nº 06, abril/junho 1976.

SANCHES, Sidney. *O Juiz e os Valores Dominantes. O Desempenho da Função Jurisdicional em face dos Anseios Sociais por Justiça*, Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, nº 99, abril/1992.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes Éticos do Juiz: a Igualdade das Partes no Processo e a Repressão ao Abuso Processual*, Rio de Janeiro: Revista Forense, 269, outubro/dezembro 1986.

TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo. *O Prosseguimento da Reforma Processual*. Revista de Processo, São Paulo, 95/09-11, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais*. In Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil, ano 15, n. 54, abril/março, 1997, p. 09/22.

## **JURISPRUDÊNCIAS**

AI-AgR-ED-ED 534338 / SP - SÃO PAULO

AI-ED 526614 / RJ - RIO DE JANEIRO

RE-AgR 428675 / PR - PARANÁ

RE-AgR 239691 / DF - DISTRITO FEDERAL

RE-AgR 376710 / RJ - RIO DE JANEIRO

RE-AgR 435847 / PB -PARAÍBA

AI-AgR-ED-ED 353009 / MG - MINAS GERAIS



AI-AgR-ED 525977 / SP - SÃO PAULO

RE-AgR 246443 / SC - SANTA CATARINA

AI-AgR 479164 / BA - BAHIA

AI-AgR-ED 352497 / TO – TOCANTINS

AI-AgR-ED-ED-EDv-AgR-AgR-AgR-AgR-EDv-AgR-ED 160035 / RJ - RIO DE JANEIRO

AI-AgR-ED-ED 249186 / SP - SÃO PAULO

AI-AgR-ED-EDv-AgR-ED 386820 / RS - RIO GRANDE DO SUL  
Rcl-AgR-QO 1723 / CE – CEARÁ

AI-AgR-ED 193779 / PR - PARANÁ AI-AgR-ED 238677/SC-SANTA CATARINA

AI-AgR-ED-ED 207808 / DF - DISTRITO FEDERAL

AI-AgR-ED 244827 / MG - MINAS GERAIS

AI-AgR-ED 234163 / MA - MARANHÃO

RE-AgR-ED 246337 / RS - RIO GRANDE DO SUL

RE-AgR-ED 244893 / PR - PARANÁ –

RE 86297 / IS – ISRAEL - AI 46369 / MG - MINAS GERAIS

TJRS - 3.ª Câmara; AI n.º 595.189.333; rel. Des. Araken de Assis; j. 28.12.1995 - RJ 225/84, in AASP, Pesquisa Monotemática, n.º 2104/92.

STJ -2.ª T.; Rec.Extr. n.º 205.029-6-RS; Rel.Min.Carlos Velloso; j.26.11.1996 - AASP, Ementário, 2071/697-j.

STF - 1.ª T.; RE n.º 204.305-2-PR; Rel. Min. Moreira Alves; j. 05.05.1998 - RT 757/182, in AASP, Pesquisa Monotemática, 2104/93.

AI n. 91.010.3037-0, Minas Gerais, Rel. Juiz Tourinho Neto, in, "DJU" II, 14.05.92.  
Apelação Cível nº 596025593, 6ª Câmara Cível do TJRS, Porto Alegre, o Relator Des. Osvaldo Stefanello, em posicionamento reforçado por outros julgadores igualmente renomados (Rel. Des. Orli Rodrigues - 1ª Câmara Civil do TJSC).

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. STJ – 4ª Turma – Resp. nº 65.906 – DJU 02/03/1998.

STJ, processos nº. 63.238 – 117.438 – 83.853 – 89.048 – 92.312 – 148.222 – 266.232.

STJ Processos nº 269.409 – 115.971 – 199.490 – 199.345 – 22.953 – 4.893.

TJSP – 2ª C. – Ap. 182.997-1 – Rel. Des. César Peluso – j. 01/06/1996.

Rcl. 1723 – AgR-QO/CE CEARÁ – julgamento em 08/02/2001 – DJ 06/04/2001 – PP 00071. Ebb. Decal. Ag Reg. no Ag. Instrm. – AI 193779 AgR-ED/PR Paraná – 13/06/2000 – DJ 08/06/2001 PP00014 – Rel Ministro Marco Aurélio.

## OBRAS ELETRÔNICAS

ANDRADE, Fernando Dias. Sobre a Ética e Ética Jurídica, disponível no site: <http://sites.uol.com.br/grus/eej.htm>.

ARAGON, Célio da Silva. Tutela Antecipada. Capturado em 20 Jan. 2001. On line. Disponível na Internet <http://www.jus.com.br/doutrina/tutante5.html>

BARREIROS, Otacílio José. *O Papel do Juiz no Processo Civil*, artigo capturado em 30 de janeiro de 2003 no site: <http://www.mp.sp.gov/justitia/C%C3%8DVVEL/civel%/2059.pdf>

\_\_\_\_\_. *O Papel do Juiz no Processo Civil*, artigo capturado em 30 de janeiro de 2003 no site. <http://www.mp.sp.gov/justitia/C%C3%8DVVEL/civel%/2059.pdf>

BRUM JÚNIOR. Hippólyto. *Lei 11.232 de 22.12.2005, Cumprimento da Sentença: Algumas Considerações*. Capturado em 31/01/2006 no site: [http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/lei11232\\_hippolytobrujmjr.html](http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/lei11232_hippolytobrujmjr.html).

LOBO. Paulo Luiz Netto. *Responsabilidade Civil do Advogado*. Capturado em 31/10/2006. <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=663>>

MONTENEGRO NETO. Francisco. *A Nova Execução e a Influência do Processo do Trabalho no Processo Civil*. Capturado em 15/01/2006, no site: <<http://www.beletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1031>>

NOBRE JÚNIOR, Edson Pereira. *O Direito brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. In: *Âmbito Jurídico*, mar/2001 [Internet] <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconst0019.htm>, acessado em 12/02/2006.

RAMOS. Glauco Gumerato. *A Lei 11.232/05 e os Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro. A Caminho da Fase Utilitarista do Processo*. <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7825>>.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública. Capturado em 20 jan. 2001. On line. Disponível na internet <http://www.uepg.br/rj/a1v1at14.htm>