

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E ABUSO DO DIREITO

Michael Aparecido Lima CAMPOS¹
Fernando Batistuzo Gurgel MARTINS²

RESUMO: Objetiva-se o presente artigo tratar da litigância de má-fé como espécie de abuso de direito no ordenamento jurídico brasileiro, destacando os artigos 14 a 18 do Código de Processo Civil. Primeiramente foram traçados alguns conceitos, onde houve a preocupação em expor algumas definições para um melhor entendimento das expressões utilizadas no trabalho. Sequencialmente, foram tratados alguns critérios para a verificação da má-fé processual, onde se expôs as divergências doutrinárias pertinentes, e qual a tratativa do “*limis*” estabelecido entre o direito de pedir e o direito de defende-se no processo. A seguir é feito um breve estudo na tratativa da expressão “*abuso do direito*”, onde é possível enxergar também algumas divergências doutrinárias. Falou-se da teoria do abuso do direito e sua peculiar relativização, pois nem todo direito é absoluto e dos deveres de colaboração das partes com a justiça, onde se destacou a importância ética, leal e principalmente da boa-fé. Ressaltou-se sobre a liberdade das partes e o exercício abusivo desse direito no processo, pois ainda assegurado o direito de postular em juízo e a ampla defesa, estes também podem ser considerados ilícitos processuais. Por fim tratou-se da responsabilidade por danos processuais, onde destacou-se dois pressupostos para sua caracterização, a da condição de ser parte ou interveniente e a incorreção de seus comportamentos.

Palavras-chave: Litigância de má-fé. Abuso do direito. Liberdade das partes. Dever de colaboração. Responsabilidade por danos processual.

1 INTRODUÇÃO

Vivendo em sociedade o homem se vê necessário estabelecer regras para um possível convívio social. O estado assumiu para si a função de estabelecer essas regras e por conseqüência, solucionar os conflitos decorrentes do aglomerado populacional, buscando assim restabelecer a paz social, por meio do Poder Judiciário. Porém, o que se vive hoje, é necessidade egoísta individual do ser humano de ver-se ressarcido de supostos prejuízos sofridos, buscando para tal o judiciário. Resulta-se, portanto, em extremas pilhas de processos, onde se torna

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Orientador do Trabalho.

praticamente impossível cumprir os juízes com o seu papel determinado pela nossa Constituição, ou seja, a possibilidade de pacificação célere dos processos.

Vivemos hoje em ativismo processual onde “tudo é processo”, pois são raros os que trazem implicitamente uma pacificação em seu ego. Ora, o fato de não podermos exercitar-se arbitrariamente não que dizer que devo buscar o judiciário para tudo. Fazer do poder judiciário um reservatório de queixas processuais, torna-se um tanto abusivo o exercício desse direito.

Litigar de má-fé, acionar o judiciário de forma excessiva, torna-se um exercício abusivo, e ainda vai contra toda a ideologia da justiça rápida e segura, a qual se pretende com um Estado democrático e de direito. É mister combater as condutas atentatórias e temerárias à dignidade da justiça, responsabilizando qualquer das partes envolvidas no processo.

Nesse sentido, o presente artigo nos traz a abordagem de alguns conceitos e tratamento necessário a quem litiga de má-fé ou usa dos meios processuais simplesmente com a finalidade de protelar o processo, sem dos devidos respeito que a nossa legislação exige. Ressalta-se que não é objetivo deste esgotar o referido o tema, porém de forma simples, mas séria analisar a Litigância de má-fé e o abuso do direito.

2 DOS CONCEITOS

Para uma melhor compreensão ao estudo da litigância de má-fé, antes de adentrar especificamente no estudo do tema pertinente, faz-se necessário tratar de alguns conceitos, os quais nortearão as expressões em tópicos a seguir.

2.1 Conceito de partes

Conforme nos ensina Pontes de Miranda (1997, p. 220), partes são os sujeitos envolvidos no processo para o qual se pretende uma tutela jurídica. É o autor no pólo ativo e o réu no pólo passivo, podendo também haver terceiros, ainda

que estes não figurem como sujeito ativo ou passivo, porém detém do poder de ação. São, portanto, figurantes processuais.

Conceituando partes Hélio de Angelis (2000, p. 20) diz serem partes, todos que aparecem em juízo postulando, sendo o Autor e o Réu, e, por fim, ao lado destes, o Assistente, o Litisconsorte, o Opoente, e o Terceiro Prejudicado.

Para o conceituado processualista Moacir Amaral Santos (2002, p. 163), partes “[...] são as pessoas que pedem ou em relação as quais se pede a tutela jurisdicional...”.

Conforme a lei, litiga de má-fé toda e qualquer pessoa que se introduz na relação jurídica processual ou que contra ela se manifeste, por exemplo, o autor, réu, assistente, litisconsorte, opoente, representante ou representado, interveniente, o terceiro, ou seja, todos que figurem em dos pólos do processo e que agirem de má-fé. As sanções para aquele que agem de tal forma encontra-se descritas no art. 18 do Código de Processo Civil.

2.2 Conceito de má-fé

Nos ensina De Placio e Silva (1999. p. 507):

Má-fé é a expressão derivada do baixo latim *malefatus* (que tem mau destino ou má sorte), empregada na terminologia jurídica para exprimir *tudo que se faz com entendimento da maldade ou do mal*, que nele se contém. [...] Assim, se pelas circunstâncias, que cercam o fato ou a coisa, se verifica que a pessoa tinha *conhecimento do mal, estava ciente do engano ou da fraude*, contido no ato, e, mesmo assim, *praticou o ato ou recebeu a coisa*, agiu de *má-fé*, o que importa dizer que agiu com *fraude* ou *dolo*.

Maria Helena Diniz (2010, p. 385), define a má-fé como sendo “[...] Dolo; intenção de prejudicar alguém ou de alcançar um fim ilícito; conhecimento do vício; ciência do mal, do engano ou da fraude”.

Conforme nos ensina Rui Stoco (2002. p. 44):

Decorre do conhecimento do mal, que se encerra no ato executado, ou do vício na coisa, que se quer mostrar como perfeita, sabendo-se que não o é.

Propõe o autor citado que, se pelas circunstâncias que cercam o fato ou a coisa, se verifica que a pessoa tinha conhecimento do mal, ou seja, estava ciente do engano ou da fraude, contido no ato e, ainda assim, praticou o ato ou recebeu a coisa, agiu de má-fé, o que importa dizer que agiu com fraude ou dolo.

No mesmo sentido Nelson Nery Junior (2004, p. 431), diz ser má-fé “[...] a intenção malévola de prejudicar, equiparada à culpa grave e ao erro grosseiro”.

Neste sentido, considera-se a má-fé, ou seja, como sendo o ato fraudulento relacionado à mentira, à convicção da não verdade, é o ato doloso consciente meramente ilusório com fim propriamente ilícito, praticado quando envolvidas duas consciências, quais sejam, a do enganador e a do enganado, sendo este último o lesionado.

Nos dizeres de Mariana Pretel e Pretel (2009, p. 118), “[...] o enganador está inteiramente consciente do cimento que ele mesmo formula. É a antítese da boa-fé subjetiva, pois envolve a crença errônea, o conhecimento. Trata-se da intenção dolosa, da perfídia”.

Como se observa, o sujeito que age de má-fé tem plena consciência do que está por fazer, pois quem assim atua, se deixa fazer o que não deveria fazer ou erra, tem percepção do incidente e o ignora ao verificar ter havido omissão consciente.

O renomado Pontes de Miranda (1995, p. 351-352), nos traz a idéia de que:

Para que se haja erro, não é de exigir-se que ofenda algum dos processos sociais de adaptação (religião, moral, arte, economia, política, direito e ciência). Para que até aí se vá é preciso que se adjective a expressão “erro”: erro econômico, erro político, erro jurídico, erro religioso, erro moral, erro artístico, erro científico. Então, ocorre dentro de um desses ramos; algo de incorreto, a que quase sempre corresponde dever ou obrigação. Por isso em vez de aludir a erro, alude-se, no direito, a dolo, a má-fé.

Ao se tratar de má-fé, segundo Rui Stoco (2002, p. 45), os atos praticados com fraude ou dolo restarão contaminados, até mesmo por falta de amparo legal, por conseguinte, inviável à apreciação do mérito da causa, tornando-se nulos por sua essência, ou podendo se anulados.

Todos os envolvidos no processo devem agir de forma cooperativa. Tanto as partes quanto os intervenientes jamais devem cogitar em má-fé processual. Conforme os ensinamentos de Rui Stoco (2002, p. 45), “[...] O dever de dizer a verdade e de não mentir remonta os primórdios da civilização. [...] Resgatar a ética no processo é obrigação de cada um e de todos”.

E conclui (2002, p. 53), como sendo ético, o dever moral de agir de boa-fé, e juridicamente, para o direito a obrigação legal de não agir de má-fé.

2.3 Litigância de má-fé

Conceituada a má-fé, pergunta-se: o que vem a ser Litigância de má-fé? E para responder essa questão, primeiramente, é preciso saber o que é litigância.

Francisco da Silveira Bueno (2000, p. 475), define litigância; “[...] Litigar [Do latim *Litigante*], Pleitear, questionar em juízo, ter demanda, disputar”.

Assim, a litigância nada mais é que pleitear demanda em juízo para a resolução de um conflito de interesse.

Conforme dispõe o artigo 17 do CPC, litiga de má-fé aquele que, juridicamente participando do processo, deduz pretensão ou defesa contra texto expresso em lei ou fato incontroverso; altera a verdade dos fatos; usa do processo para conseguir objeto ilegal; opõe resistência injustificada ao andamento do processo; procede de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; provoca incidentes manifestadamente infundados; interpõe recursos com intuito manifestadamente protelatório.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (1997, p. 288), assim define o litigante de má-fé:

É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbis litigator*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito.

No mesmo sentido conceitua Rui Stoco (2002, p. 88), como sendo litigante de má-fé “[...] a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária”.

O homem, quando passou a relacionar-se civilizadamente, estruturou-se e estabeleceu normas e regras, dentre elas os direitos e deveres, as quais seriam imprescindíveis abstraírem-se valores dignos da lealdade e éticos.

Consoante aos ensinamentos de Mariana Pretel e Pretel (2009, p.119) “[...] todos os códigos de processo civil dos países ditos civilizados são norteados por regras éticas e vedam as condutas temerárias do litigante e a má-fé processual”. Seria indispensável, por conseguinte, que o nosso diploma não tratasse do referido instituto.

E continua afirmando (2009, p.119), que:

No transcurso do processo, relação jurídica que é, devem ser observadas algumas regras, notadamente os deveres de lealdade, probidade, boa-fé e todos aqueles arrolados no artigo 14 do Código de Processo Civil.

Tanto é assim que o inciso II do artigo 14 do Código de Processo Civil, disciplina este comportamento, pois as partes que compõe o processo devem agir com lealdade e boa-fé.

Segundo Mariana Pretel e Pretel (2009, p. 119):

Segundo se extrai de uma minuciosa interpretação do Código de Processo Civil, conforme a melhor doutrina, devem ser obedecidos os ditames da boa-fé objetiva e da boa-fé subjetiva. Isto porque a boa-fé objetiva é mencionada no inciso II do artigo 14, juntamente com a lealdade processual, exigindo-se um padrão de conduta leal da parte, independentemente de qualquer questionamento subjetivo, ao passo que a boa-fé subjetiva é exigida no momento em que se penaliza todo e qualquer comportamento de má-fé, sendo capituladas as condutas no artigo 17. Haveria uma complementariedade entre os respectivos institutos.

Portanto, tratadas as observações trazidas no artigo 14 do CPC, o legislador de forma cuidadosa trouxe os referidos dispositivos; no art. 16, diz que responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé; no art. 17 nos mostra as hipóteses propriamente tidas como má-fé; e por ultimo o art. 18 trata da substância a

ser indenizada, e seus §§ 1º e 2º, competente à tratativa de pluralidade de responsáveis e liquidação da indenização.

Ora, se é exigido das partes a obediência às regras estabelecidas, por que não estas se manifestam em juízo de forma lícita, ética e de boa-fé? Vejamos: se, no intuito de alcançar a tutela jurisdicional pretendida, são instituídos direitos e deveres para as partes, inclusive para os demais sujeitos do processo, o mínimo que se exige destes é o fiel cumprimento dos dispositivos, portanto de boa-fé.

2.4 Critérios para a verificação da má-fé processual

As condutas propriamente tidas de má-fé restam previstas no artigo 17 do Código de Processo Civil, ditas no tópico anterior.

Porém, verifica-se que há um embate doutrinário no que diz respeito à imputação da lei. Pois, para alguns doutrinadores adotar-se-ia a teoria subjetiva, onde haveria necessidade de se verificar a existência de culpa. De outro lado, entendem que se aplica a teoria objetiva, sendo necessário apenas a realização do ato de modo diverso do visado pelo legislador.

Adroaldo Leão adotando o critério objetivo (1986, p. 100) afirma:

À medida que o critério subjetivo venha a crescer, decrece a Justiça, porque o litigante de má-fé continuará impune. [...] haver ato abusivo quando se desvia o direito de seus fins sociais e econômicos, na havendo nenhuma necessidade de se investigar o elemento subjetivo, isto é, se o litigante agiu com dolo ou culpa.

No mesmo sentido “Batista da Silva (2000, p. 109 e 111) apud Rui Stoco (2002, p. 89)”, diz que:

A denominada boa-fé é condição essencial para o direito. Toda construção jurídica a pressupõe. [...] O Código atual serviu-se de critérios objetivos que nos parecem mais apropriados e de mais fácil verificação, em cada caso concreto.

Verifica-se que tal discussão acerca-se também na caracterização da responsabilidade civil objetiva ou subjetiva. Analisando o código anterior, observa-se

que o legislador suprimiu a expressão “intencionalmente” dos incisos do artigo 17, pela redação que lhe foi determinada pela lei 6.771/80. Os doutrinadores que defendem a tese de que o Código de Processo Civil trata de boa-fé objetiva, reportam-se justamente a esse detalhe.

Rui Stoco (2002, p. 88) apud MILHOMENS (1961, P.33-34), nos traz lição de inexcédível clareza e precisão que merece ser citata:

Todos os sujeitos do processo – partes, juízes, serventuários, auxiliares – devem agir no sentido da consecução de um fim estrito: a realização do direito ou, como diz Pontes de Miranda, o “prevalhecimento da verdade sobre a situação de direito deduzida em juízo”. O processo é meio, posto a serviço do homem, para esse fim social. O Estado, que promete a prestação jurisdicional, dá o instrumento, mas exige que se lhe dê precípua destinação. Pratiquem-se de boa-fé todos os atos processuais. Ajam as partes lealmente; colaborem todos com o órgão estatal, honestamente, sem abusos. Da relação processual surgem poderes e deveres. Para o juiz e para as partes, entre si, e deveres de uma para com a outra parte. Os Códigos não são sistemas perfeitos. O direito não se contém todo nos textos legais, os princípios fundamentais. Não é mister que esteja escrito no texto legal, *ad instar* do que acontece com alguns Códigos cantonais da Suíça, para reconhecer que as partes e os advogados não devem incoar conscientemente processos injustos. Entre os profissionais do pano verde vigora do “jogo limpo”. Como liberar os partícipes da relação processual desse liame ético-jurídico.

Porquanto, é a razão pela qual a nossa legislação reserva ao juiz ou Tribunal, o arbítrio no propósito de se estabelecer um “*limis*” entre o direito de pedir, de se defender e o exercício abusivo desse direito. Resta mais do que justificável o poder que lhe é atribuído, uma vez que é instrutor no processo, determinando o que é necessário para que o mesmo, ou melhor, o procedimento se desenvolva com lealdade. É mister, conforme o caso, aplicar sanções, apoiando-se nos poderes de direção e repressão de que trata os arts. 125 e 129, do CPC, restando por último a sua palavra como fiscal da lei.

3 DO ABUSO DO DIREITO

Com o estabelecimento das normas, agarradamente o ser humano passou a viver em sociedade. Porém, passaram a utilizá-las como instrumentos para satisfação egoísta de interesses individuais, e, portanto, deixaram de corresponderem à finalidade jurídica e social para a qual foram instituídas.

Assim, o célebre Rui Stoco (2000, p. 56) nos ensina:

O mundo dos interesses, constata-se, é maior que o mundo dos direitos e deveres. Há interesses que sequer encontram previsão ou proteção legal. O direito, apenas cobre parte ínfima da vida. O resto ou pertence à liberdade, ou cai sob o domínio compressivo do arbítrio governamental.

A nomenclatura “*abuso do direito*” passa, porém, por entendimentos diversos quanto a sua denominação: *abuso do* direito, *abuso de* direito, *abuso no exercício de* direito etc.

Lúcio Flávio de Vasconcelos Naves (1999, p. 21), ao defender como exato tratamento, o *abuso no exercício do* direito, assenta que, “[...] não é o direito o suscetível de abuso, mas é o homem que, usando do direito, comete o abuso”.

Conforme se analisa, o artigo 188, I do Código Civil, o legislador brasileiro adota a teoria do abuso do direito tratado no subitem 3.1, pois tal dispositivo se refere tanto ao direito material quanto ao direito processual. A contrario sensu é de se observar que o referido doutrinador vai contra tal dispositivo, pois para ele, constitui ato ilícito quem exercita o direito o direito reconhecido de forma *irregular*.

Para Jorge Americano (1923, p. 2-3), o excessivo do uso do direito torna-se exercício injurioso, portanto ilícito, e em suas bem-sonantes palavras nos traz a seguinte idéia:

O *abuso do direito* não constitui uma categoria distinta do acto ilícito. Não nos deixemos illudir pelas palavras : *o direito cessa onde começa o abuso*, e não póde haver *uso abusivo* de um direito pela razão irrefutavel de não poder o mesmo acto ser ao mesmo tempo *conforme ao direito e contrario ao direito*. A verdade é que os direitos quasi nunca são absolutos; são, na maior parte, *limitados em sua extensão* e o seu exercicio exige certas condições. Quando se excedem estes limites ou quando se não observam estas condições, age-se realmente sem direito. Póde haver abusos, pois, na conducta dos homens, mas não quando *exercem* os seus direitos e sim quando os

excedem; abusa-se das cousas, não se abusa dos direito. No fundo, toda gente está de accordo; a diferença está em que onde uns dizem: ha uso abusivo de um direito, dizem os outros: ha um acto realizado sem direito.

E realizando uma breve análise gramatical e jurídica conclui o autor (1923, p. 5-6-7):

Si da linguagem grammatical passarmos á linguagem juridica veremos que não é menos applicavel a expressão *abuso do direito*. Dentre a enorme extensão que abrange o conceito do *acto illicito*, ha uma série de actos que, embora *illicitos*, procedem do próprio direito, ou pó uma falsa noção que delle temos ou pela desmedida extensão que lhes damos, consciente ou inconsciente, e que, por invocarmos o direito que nos attribuímos, não deixam de causar damno a outrem. Si, por um lado, a noção do direito exclúe a idéa do *abuso*, porque o abuso desnatura o direito e faz com que deixe de o ser, por outro lado não há contestar a realidade dos factos, que verifica, numa série de actos *illicitos um falso assento em direito*, diversamente do *acto illicito*, genericamente considerado, em que se não invoca nenhum assento em direito. E, pois, neste sentido, póde haver *abuso do direito*, excesso no seu exercicio. De tudo se abusa, até das normas tendentes a evitar os abusos. [...] Si não há, subjectivamente, um *direito de abusar*, ha, na realisação abjectiva do direito, *abuso no seu exercicio*”.

Francisco Fernandes de Araújo (2004, p. 7), citando e discordando da crítica de Marcel Planiol que diz que “[...] a expressão “abuso do direito” mostra-se verdadeiramente logomaquia, pela inutilidade da denominação e constitui uma antítese lógica, uma vez que o direito cessa onde o abuso começa”. Defende o primeiro que:

O abuso *do* direito ou *de* direito que se tem, ou, ainda, abuso no exercicio *do* direito ou *de* direito, em nada prejudica entender a extensão do termo, preferindo-se, então, aceitar a denominação mais comum, desde há muito consagrada por vários autores, que é exactamente aquela atribuída a esta parte do ensaio, ou seja, o *abuso do direito*, que também pressupõe o exercicio deste”.

E complementando o insigne jurista, afirma:

[...] mesmo que se queira encontrar diferenças ente abuso *de/do* direito e *abuso no exercicio do direito*, conforme o faz Lúcio Flávio de Vasconcelos Naves, a questão é de filigranas perfeitamente dispensáveis, que em nada comprometem o entendimento da exata medida da matéria, até porque julgamos que o *abuso do direito* é

expressão abrangente, não significando apenas o exercício de um direito subjetivo por manejo de ação, mas igualmente por meio de uma omissão.

Por fim, com perfeição, o mestre Pontes de Miranda (1997, p. 356), afirma que “[...] a expressão “abuso *de direito*” é incorreta. Existe “estado *de fato*” e “estado *de direito*”; porém não “abuso *de fato*” ou “abuso *de direito*”. “Abuso do direito”, ou do exercício do direito, é o correto”.

3.1 Teoria do abuso do direito

O direito, extenso como é, se perfaz pelo relativismo, não sendo, portanto, absoluto. A explicação para tanto se dá na medida em que o absolutismo torna o direito imutável, impossibilitando sua justa aplicação. Todavia, o exercício de um direito pode lesar outrem e vice versa, devido a suas finalidades, quais sejam a reparação de um dano, a obrigação de fazer ou não fazer, dentre outras.

O comportamento humano, inocente e egoísta como é, encontra na vida jurídica uma imagem que mais lhe agrada. Portanto há necessidade do regramento e limitações para o exercício desse direito.

Consoante aos ensinamentos de Pontes de Miranda (1997, p. 353), explicita bem essa realidade:

Os exercícios dos direitos topam uns nos outros. Cruzam-se. Modestam-se. Têm crises de lutas e de hostilidades. Exercendo o meu direito, posso lesar a outro, ainda se não saio do meu direito, isto é, da linha imaginária que é o meu direito. A regra *nemo iniuria facit qui iure suo utitur* traduziu bem o que pensam os que vêem nos direitos um absoluto. Há limites aos direitos e há abusos sem transpassar limites.

O legislador ao perceber a capacidade de exercício abusivo ou perigoso de um direito, instala certas limitações em regras jurídicas.

Nesse sentido, complementa o referido autor (1997, p. 353):

Quando o legislador percebe que o contorno de um direito é demasiado, ou que a força, ou intensidade, com que se exerce, é

nociva, ou perigosa a extensão em que se lança, concebe as regras jurídicas que o limitem, que lhe ponham menos avançados os marcos, que lhe tirem um pouco da violência ou do espaço que conquista. Não era sem certa razão que os juristas passavam a incorporar ao conceito, diga-se assim, a própria restrição.

No mesmo sentido Rui Stoco (2002, p. 58), defende que a teoria do abuso do direito traz a idéia da relatividade e limitação, apoiada no princípio da convivência, onde se torna conciliar a utilização do direito, respeitando, contudo a esfera jurídica alheia, impondo-lhe um limite. Afirma que, por consequência, constrói-se um silogismo com premissas presumidas, concluindo que o direito é uma faculdade e está contido no direito subjetivo. Porém, desta forma, conclui-se que é essa relatividade que ocasiona o seu abuso.

3.2 Os deveres de colaboração das partes com a justiça

Os sujeitos conflitantes no processo devem atentar-se a grande importância na colaboração com a justiça e não apenas à declaração de seus direitos matérias. Os princípios éticos do processo, especialmente em relação ao dever de lealdade que deve prevalecer entre as partes, aparecem bem realçados diversas vezes no Código, inclusive na definição do litigante de má-fé, bem como na enumeração dos atos atentatórios à dignidade da justiça.

Bem salienta Hélio de Angelis (2000, p. 37):

Não importa que as partes, com especial relevância visem a defender seus interesses privados, enquanto de outro o Estado se direcione para a pacificação social, pois o fato é que eles unem seus esforços no processo, objetivando solucionar o conflito de interesses e o retorno ao equilíbrio social, que é o objetivo maior, ou seja, a prevalência, e o restabelecimento da ordem jurídica.

Realça Pontes de Miranda (2000, p. 344-345), em seus ensinamentos:

As partes e, com elas, os seus procuradores e advogados têm o dever de colaborar com o juiz e os outros auxiliares da justiça na realização do direito objetivo, finalidade do processo, na apuração da verdade e no andamento regular dos feitos.

O Estado e a sociedade, de forma unânime, devem se apresentar lealmente ao processo para que este seja prestigiosamente eficaz. Observados de forma fiel os princípios da boa-fé e lealdade, o processo não será mais visto com um “campo de batalha”, mas como um campo eminentemente dialético, onde os juízes ocuparão seus postos apenas para resolverem controvérsias salutares.

3.3 A liberdade das partes e o exercício abusivo desse direito no processo

O espírito do devido processo legal trazido por nossa Constituição, eleva-se na idéia de propiciar o verdadeiro acesso à justiça, e ainda por meio desta, o de se obter resultados justos que dela ha de se esperar.

As partes detêm direito de ampla defesa no processo, mas esse poder não pode, sem justa causa, impedir à rápida solução do litígio. Já fora dito que, o exercício regular de um direito não pode ser visto como ato ilícito, mas se tornará ilícito se o seu exercício for nocivo e contrário à finalidade da norma que concebe o mesmo direito.

Como observa Pontes de Miranda (1997, p. 358):

Existe direito de litigar – dito direito de ação – e nenhuma limitação se fazia a esse direito no texto de 1939. Tampouco à pretensão à tutela jurídica, que nasce dele. Ou do uso das formas. O que condenou, no texto legal, foi o *abuso*. A liberdade de se defender em justiça é essencial à própria liberdade de pensamento e de ação, sem a qual a sociedade se envilece e regride. Onde a justiça falha, a infelicidade humana se insinua; onde se cerceia a defesa, estrangula-se a liberdade humana, antes mesmo que a justiça falhe. Assim, o abuso do direito processual só existe quando se compõem os seus pressupostos segundo texto legal. Presume-se de boa-fé quem vai litigar, ou está litigando, ou litigou. Tal presunção somente pode ser elidida *in casu* e quando haja má-fé, propriamente dita; a apreciação do exercício abusivo do direito processual tem de partir daí.

Consoante aos ensinamentos de Jorge Americano (1923, p. 61), adotando o critério para a verificação objetiva da culpa, diz:

A presunção de bôa fé que assiste ao litigante destrôe-se independente da verificação subjectiva do dolo e da má-fé, pela existencia, em concreto, de outras presunções que nascem da própria natureza do litígio. Quando a demanda ou defesa é tão infundada que tal se mostra a qualquer, e ao mesmo litigante, tendo-se embora em conta a cegueira que gera o interesse, há temeridade, pois fórma-se a presunção de que está no pleito sciente de não ter razão.

Por sua vez, Frederique Marques (1958, p. 132) apud Adroaldo Leão (1986, p.10), afirma que:

O processo, instrumento de realização do direito, não é meio para se prejudicar alguém (teoria subjetivista), ou para atingir objetivos anti-sociais (teoria objetivista). Entretanto, mais do que o direito privado, é propício o processo para o exercício abusivo de direito.

Tratando-se de tal incidente nas relações processuais, o efeito do abuso dilata-se. Pois o Estado é atingido, arranhado em sua dignidade. Proíbe a lei, qualquer das partes pleitearem a tutela jurisdicional do Estado para prejudicar outrem, adulterando a finalidade do seu direito. Ocorrendo tal fato, haverá o abuso ainda que não tenha havido dano à parte contrária.

Importante salientar que a teoria do abuso no processo não discrepa com o direito de demandar ou de defender-se, mas vai contra o seu exercício abusivo.

3.4 Da responsabilidade por danos processuais

Como visto o abuso do direito consiste no exercício irregular; no exercício anormal do direito, no exercício do direito com excessos, intencionais ou involuntários; dolosos, culposos ou nocivos a outrem.

O Código de Processo Civil adotou a teoria do abuso de direito e cuidou da responsabilidade processual no capítulo II, seção II. Assim, dispõe o artigo 16: "Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente".

Observa-se que de tal dispositivo retira-se a idéia de que o legislador adotou o princípio da boa-fé. A respeito do texto normativo José Roberto dos Santos Bedaque (2004. p. 91) comenta:

O legislador processual adotou um dos princípios norteadores da ciência processual moderna: a boa-fé. Daí por que se comportar em conformidade com esse preceito é um dos deveres impostos a todos os que participam do contraditório instaurado perante o juiz. Autor, réu e terceiro interveniente, ainda que formulem pretensões contraditórias, muitas vezes não amparadas pelo sistema jurídico, devem manter a lealdade e a boa-fé, sob pena de responderem por perdas e danos.

No mesmo sentido e em conformidade aos ensinamentos do referido processualista, Mariana Pretel e Pretel (2009, p. 128), assim destaca a importância de dois pressupostos para a que se fale em dano processual, quais sejam, a condição de parte ou interveniente, e, a incorreção do comportamento.

E continua dizendo (2009, p. 129), que o autor e réu traduz-se como parte, e para estes “[...] deve ser estendida para as expressões “exequente” e “executado” em sede de execução e “requerente” e “requerido”, em se tratando de processo cautelar”. Porquanto, ao interveniente, conclui a autora, citando José Carlos Barbosa Moreira (1978, p. 22), que diz que:

Entende-se todo aquele que, não participando do processo desde o início, e fora da hipótese de sucessão, nele ingresse voluntariamente, para postular direito seu ou da parte originária, ou se veja citado para integrá-la. [...] não é interveniente o embargante, nos embargos de terceiro; mas sujeita-se, como autor que é à responsabilidade por dano processual.

E Complementando a idéia Hélio de Angelis (2000, p. 67) diz:

O litigante de má-fé, não é somente o autor, réu ou interveniente como se refere o art. 16, pois a responsabilidade das partes por dano processual, atinge também quem quer que se inseriu ou se insira na relação jurídica, ou suscite outra, no mesmo processo, ou acessoriamente, ou incidentalmente.

Ressalta-se que os respectivos procuradores não se enquadram ao arquétipo legal, ficando, portanto, sua aplicação apenas aos litigantes.

Devido à aplicação da presunção de boa-fé, da qual as partes devem agir no processo, não há de se falar em prevenção de abusos. Ora, se partirmos da premissa de que os litigantes estão de boa fé na relação jurídica, por que estabelecer medidas cautelares ou preventivas? A presunção é de boa-fé. Trata-se, portanto, da necessidade probatória para a má-fé.

Segundo pontes de Miranda (1997, p. 358):

Presume-se de boa-fé quem vai litigar, ou está litigando, ou litigou. Tal presunção somente pode ser elidida *in casu* e quando haja má-fé, propriamente dita; a apreciação do exercício abusivo do direito processual tem de partir daí. Outrossim, o recorrente, o requerente de medidas acauteladoras ou provisórias, ou que, em geral, pratica ato processual, tem-se de presumir de boa-fé. A má-fé a respeito de um ato não se contagia a outro, nem cria, a respeito dessoutro, presunção de má-fé.

Para que se caracterize o exercício abusivo do direito processual, à verificação do comportamento do litigante não é preciso que o autor ou réu decaia da ação. A importância encontra-se na análise de suas ações ou omissões no transcurso do processo. Embargos impetrados uma única vez, não podem ser vistos como atos meramente protelatórios, por exemplo, haja vista o próprio direito de defesa e o respeito ao contraditório. Um elemento que se faz necessário para essa análise é a busca nexos causal, o liame da responsabilidade. Somente assim poderá avaliar-se a caracterização da má-fé no início do procedimento ou no transcorrer do processo.

E continua o doutrinador supra nos ensinando (1997, p. 358-359):

O princípio é o de que se não de tratar, para os efeitos de se caracterizar o abuso, separados pluristicamente, os atos e omissões do litigante. Se o exercício abusivo do direito se deu *ab initio*, quer dizer, desde o pedido, então se estabelece a *má-fé* quanto à ação mesma, à demanda, ao processo, e não só quanto a parte ou ato do feito. Em todo caso, à abusividade referente ao pedido podem vir a somar-se abusividades posteriores, independentes, reforçadoras das perdas e danos, sempre que, se tais novos atos não tivessem sido praticados, as perdas e danos teriam sido menores. O nexos de causalidade entre atitude e perdas ou danos é essencial.

Por fim é interessante observar que o nosso legislador dispõe no artigo 16 que “responde por perdas e danos aquele que pleitear de *má-fé*...”, sem, contudo, definir o que é má-fé. Segundo José Carlos Barbosa Moreira (1978, p. 23), o

legislador, no artigo 17, preferiu valer-se das técnicas utilizadas noutros diplomas, tais como o português e colombiano.

As condutas tipificadas ao litigante de má-fé se encontram expressas no artigo 17 do Código de Processo Civil. Se, portanto, qualquer das partes ou intervenientes incorrerem em qualquer das hipóteses ali descritas, restarão responsáveis por dano processual.

CONCLUSÃO

Partindo do que foi estudado, conclui-se que a litigância de má-fé trata-se de uma espécie do abuso do direito. A teoria do abuso se perfaz latente para a aplicação de tal instituto. Embora o Código de Processo Civil adote a teoria da boa-fé objetiva, a caracterização da má-fé acontece no plano objetivo e subjetivo, sendo necessário avaliar o caso *in concreto*.

As disposições contidas no artigo 17 e incisos, devem sempre relacionar-se com a do artigo 14, pois se correspondem, no sentido não respeitados os deveres processuais, não há lealdade, conseqüentemente há má-fé.

Por fim, o juiz no transcurso do processo deve atentar-se as condutas faltosas do litigante, a fim de evitar que o mesmo continue agindo desta forma. E em se tratando de danos causados ao Estado agir de ofício fundado no artigo 125, II do CPC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICANO, Jorge. **Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda**. São Paulo: Casa Vanorden, 1923.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Forense, 1958. Citado por LEÃO, Adroaldo. **O Litigante de má-fé**. 2º ed. Forense. Rio de Janeiro, 1986, p. 10.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coordenador. **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 8 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I: arts. 1º a 45. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. Aspectos Doutrinários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Núria Fabris Ed., 2009.

LEÃO, Adroaldo. **O Litigante de má-fé**. 2º ed. Forense. Rio de Janeiro, 1986.

ANGELIS, Hélio de. **O Litigante Processual de Má-Fé na Esfera do Processo Civil**. Doutrina, jurisprudência e legislação específica. Campinas, SP: Agá Júris Editora, 2000.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas do direito processual civil**. 22ª.ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário**. Saraiva. 2010.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas do direito processual civil**. 22ª.ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

BUENO, Francisco da Silveira. **Silveira Bueno, Dicionário da língua portuguesa**. Ed. rev. e atual., 2000.

NAVES, Flávio de Vasconcelos Lúcio. **Abuso no Exercício do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.