

Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito



VÍTOR MIRANDA TAUFFER PADILHA

**LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ: UM ESTUDO SOBRE RESPONSABILIDADE
E NECESSIDADE DO ELEMENTO
DOLOSO**

Brasília

2018

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO



**LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ: UM ESTUDO SOBRE RESPONSABILIDADE
E NECESSIDADE DO ELEMENTO
DOLOSO**

Autor: Vítor Miranda Tauffer Padilha

Orientador: Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, ____ de _____ de ____.

FOLHA DE APROVAÇÃO

VÍTOR MIRANDA TAUFFER PADILHA

Litigância de má-fé: um estudo sobre responsabilidade e necessidade do elemento doloso

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
(Membro)

Prof. Me. Marcus Flávio Horta Caldeira
(Membro)

Prof. Dr. Vallisney de Souza Oliveira
(Suplente)

Dedicatória

Dizem que as vitórias da vida possuem vários pais/mães e que as adversidades são órfãs. Pois dedico esta monografia a Ana Cláudia e Luis Antonio, que foram meus pais nas vitórias, mas mais ainda nos momentos difíceis.

Obrigado por terem cuidado de mim sem medir esforços, por lutarem pela minha saúde com unhas e dentes, por fazerem enorme questão de que eu tivesse um ensino de qualidade e por terem tanta paciência para me ensinar as primeiras palavras, essas mesmas que empreguei fartamente ao longo da pesquisa.

Se pudesse deixar de lado as exigências burocráticas de autoria, gostaria de fazer mais do que dedicar a monografia a vocês. Cada página do trabalho é fruto do apoio incondicional que recebi dos dois desde o primeiro suspiro.

Obrigado, meus amados pais e eternos coautores dos meus trabalhos. Amo vocês!

Dedico também ao maior presente que meus pais me deram: Luísa Miranda, minha irmã, companheira inigualável e amor da minha vida.

Por fim, dedico a José Carvalho Miranda Júnior e Ricardo Tauffer Padilha, advogados imbatíveis e tios-inspiração, que me motivaram a trilhar o caminho do Direito. Obrigado por tudo, especialmente pelo exemplo.

FICHA CATALOGRÁFICA

PP1231

Padilha, Vítor Miranda Tauffer

Litigância de má-fé: um estudo sobre responsabilidade e necessidade do elemento doloso / Vítor Miranda Tauffer Padilha; orientador Jorge Amaury Maia Nunes. -- Brasília, 2018.

59 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de Brasília, 2018.

1. Litigância de má-fé. 2. Abuso de direito. 3. Dolo. 4. Responsabilidade objetiva. 5. Responsabilidade subjetiva. I. Nunes, Jorge Amaury Maia, orient. II. Título.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

PADILHA, Vítor Miranda Tauffer. 2018. Litigância de má-fé: um estudo sobre responsabilidade e necessidade do elemento doloso. Monografia de Final de Curso, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 59p.

SUMÁRIO

RESUMO	vi
ABSTRACT.....	vii
INTRODUÇÃO.....	8
I – O ABUSO DE DIREITO, O DOLO E A MÁ-FÉ	15
I.1 - O abuso de direito	16
I.1.a – O abuso de direito processual	17
I.2 – O dolo	22
I.2.a - As modalidades de responsabilidade e o dolo	22
I.2.b - O dolo processual e a má-fé.....	25
II – A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ	28
II.1 – Considerações gerais sobre a litigância de má-fé	28
II.2 – As hipóteses do art. 80 do CPC.....	32
II.2.a - Deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (CPC - art. 80, I).....	33
II.2.b - Alterar a verdade dos fatos (CPC - art. 80, II)	34
II.2.c - Usar do processo para conseguir objetivo ilegal (CPC - art. 80, III)	35
II.2.d - Opor resistência injustificada ao andamento do processo (CPC - art. 80, IV)	37
II.2.e - Proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo (CPC - art. 80, V)	37
II.2.f - Provocar incidente manifestamente infundado (CPC - art. 80, VI)	38
II.2.g - Interpor recurso com intuito manifestamente protelatório (CPC - art. 80, VII)	39
III - A RESPONSABILIDADE E A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ	41
III.1 - As mudanças legislativas	46
III.2 - A responsabilidade por abuso de direito.....	48
III.3 - A boa-fé objetiva.....	51
CONCLUSÃO	54
BIBLIOGRAFIA	57

RESUMO

O presente estudo busca identificar qual tipo de responsabilidade incide quando há litigância de má-fé, analisando em que medida estaria ela condicionada ou não à presença do elemento subjetivo, em especial do dolo. A palavra “má-fé”, em sua acepção comum, indica a presença de uma intenção maliciosa. O termo possui notória proximidade com a noção de dolo, sendo que, por vezes, ambos se confundem. Apesar da semelhança semântica entre “má-fé” e “dolo”, a legislação processual não deixa claro se a responsabilidade por litigância de má-fé depende do dolo ou se seria admissível a responsabilidade decorrente de culpa / a responsabilidade objetiva. Resta analisar como a doutrina e a jurisprudência trataram de suprir a omissão legislativa. O ponto de partida da pesquisa será uma análise do abuso do direito e do dolo. Após, o estudo ficará centrado em aspectos gerais/introdutórios atinentes à litigância de má-fé. Por fim, haverá uma investigação sobre qual o tipo de responsabilidade adequada, amparada nas noções previamente trabalhadas.

Palavras-chave: litigância de má-fé; abuso de direito; dolo; responsabilidade objetiva; responsabilidade subjetiva.

ABSTRACT

The present undergraduate thesis aims to identify which type of liability is appropriate when dealing with contempt of court/bad faith litigation, through an analysis that defines whether bad faith litigation depends on fault-based liability or not, as well as whether it requires *dolus* or not. The word "bad faith", in its common sense, indicates a malicious intention, and has a striking similarity to the idea of *dolus*. Despite the semantic similarity between "bad faith" and "*dolus*", Brazilian procedural law does not make it clear whether liability for bad faith litigation depends on *dolus* or whether another type of liability would fit. Therefore, it urges to find out how doctrine and jurisprudence have tried to fill the legislative omission. The starting point of the research will be an analysis of abuse of right and *dolus*. Afterwards, the study will focus on general / introductory aspects of bad faith litigation. Finally, there will be an investigation into what type of liability is more appropriate, based on previously explored concepts.

Keywords: contempt of court; bad faith litigation; abuse of rights; *dolus*; strict liability; fault-based liability.

INTRODUÇÃO

O direito de ação está previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Trata-se de um dispositivo que possui *status* de garantia individual, inafastável e irrevogável, por força do art. 60, §4, IV da Constituição. Em virtude do direito de ação, não pode o judiciário se furtar de apreciar lesão ou ameaça a direito.

Por maior que seja a relevância dessa garantia constitucional, impossível que ela seja encarada como uma máxima absoluta, desvinculada da realidade. O uso indiscriminado do direito constitucional de ação conduziria a situações abusivas e injustas, capazes de prejudicar, a um só tempo, a parte que foi irresponsavelmente demandada e o Estado-juiz, que dedicou tempo e empenhou recursos para prover a jurisdição. Há de se recordar que o artigo 5º da Constituição é composto mais por princípios do que por regras. Os princípios, a exemplo do direito de ação, não dispõem de caráter absoluto e devem ser conjugados com outras normas, para que seja possível ao julgador efetuar uma prestação jurisdicional adequada ao caso concreto.

Assim, os direitos previstos no ordenamento coexistem com alguns institutos protetivos, que limitam o exercício desses direitos, a fim de evitar que sejam eles convertidos em abuso. É nesse contexto que se insere o instituto da responsabilização em caso de litigância de má-fé, que atua de maneira a combater o exercício abusivo do direito de ação.

A conformação atual que o ordenamento jurídico dá à litigância de má-fé não se presta apenas a coibir o abuso do direito de ação em sentido estrito, mas também de outros abusos que decorrem do direito de ação (direito de defesa, direito de recorrer, etc.).

O fato é que a responsabilização por litigância de má-fé, tema que será amplamente discutido nesta pesquisa, merece destaque justamente por sua relevância no âmbito jurídico. A responsabilização vem exercendo importante papel no sentido de garantir que a marcha processual respeite os limites mínimos de urbanidade. Ao final do processo, o que se busca é a resolução de situações problemáticas. Se o processo for utilizado de forma a agravar os problemas já estabelecidos, deixará de cumprir com as suas finalidades precípuas.

A punição do litigante de má-fé, além de garantir que a finalidade do processo seja preservada, obriga o *improbis litigator* a calcular melhor os riscos de seus

comportamentos, já que os atos danosos praticados no curso do processo ficam sujeitos a sanção. Vale lembrar que, na litigância de má-fé, o Estado-juiz acaba por empreender esforços em algo que nem sequer mereceria sua atenção. Uma vez coibida a litigância de má-fé, o judiciário pode voltar seus trabalhos às questões que, de fato, demandam solução jurisdicional. Isso desempenha papel especialmente relevante em países como o Brasil, que necessita de instrumentos protetivos para evitar um abarrotamento de seu judiciário.

O legislador, atento à relevância do tema, tratou de ampliar os limites da condenação por litigância de má-fé. Vejamos o que diz o art. 81 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

É de se notar que existe disparidade em relação à redação anterior, do CPC/73. Confira-se:

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

Percebe-se que o art. 81 traz um novo tratamento para a litigância de má-fé: a multa, que antes não poderia exceder 1% do valor da causa, deve agora ser fixada entre 1% e 10% do valor da causa. Por intermédio da nova redação, que introduz uma condenação mais severa, o Código de Processo Civil parece reforçar a importância que instituto da responsabilização do litigante de má-fé, ora objeto desta pesquisa, assumiu com o advento do Código de 2015.

Além do reforço que ganhou com o CPC/15, o tema da litigância de má-fé pode ser considerado impactante pela própria forma como está disposto na legislação processual. Localizada na parte geral do Código, é possível que a responsabilização por litigância de má-fé incida até mesmo sobre os processos que

seguem ritos especiais, não bastasse sua aplicação àqueles submetidos ao procedimento comum.

Além da responsabilização por litigância de má-fé poder incidir sobre uma enorme gama de processos, submetidos aos mais diversos procedimentos, é de se observar que não apenas os sujeitos clássicos da relação processual, autor e réu, podem ser tratados como litigantes de má-fé. Desde o CPC/73, existe previsão expressa no sentido de que o interveniente também responderá pela litigância de má-fé¹.

Ainda, tendo em vista a natureza processual dessa responsabilidade, ela consegue repercutir sobre variados campos do direito. As demandas judiciais são uma conjugação do direito material com o direito processual. Assim, seja o direito material discutido de natureza cível, tributária, trabalhista, administrativa, seja qualquer outro que se queira discutir pela via judicial, se estiver submetido ao processo civil, ficará sujeito à responsabilização pela litigância de má-fé eventualmente praticada. A natureza processual dessa responsabilidade possibilita que o instituto da litigância de má-fé caminhe junto com o direito material discutido, podendo ele ser empregado a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, quando necessário.

Assim, seja pela diversidade de procedimentos, pelo número de sujeitos, seja pela variedade de campos jurídicos afetados, fato é que a necessidade de preservar a boa-fé no processo tornou praticamente irrestritas as situações em que a responsabilização por litigância de má-fé pode se fazer presente. Este estudo, portanto, ficará centrado em um instituto que possui notória presença no direito pátrio.

Tal como qualquer espécie de responsabilidade, a litigância de má-fé obrigará o indivíduo a arcar com os valores judicialmente determinados. Surge, então, uma responsabilidade para o aplicador do direito, no sentido de tratar esse instrumento com cautela, para que ele possa produzir os efeitos desejados, em vez de resultar em uma pena injusta daqueles que participam do processo. Em outras palavras, deve o magistrado operar cuidadosamente a ferramenta da

¹ Essa noção não estava presente no CPC anterior, o CPC/39, cuja preocupação parece ter sido somente com a responsabilização do autor e do réu, conforme se depreende da redação de seu art. 3º.

responsabilização por litigância de má-fé, sob pena da injustiça ser produzida pelo próprio indivíduo que estaria, por bem, encarregado de promover a justiça.

Resta questionar se a ferramenta que foi conferida ao magistrado para preservar a probidade processual está devidamente ajustada, ou seja, se a disciplina legal que diz respeito à litigância de má-fé abre margem a interpretação dúbia, o que poderia resultar em insegurança aos litigantes. A questão é especialmente delicada porque esse instituto possui potencial para apenação dos sujeitos que atuam no processo, devendo portanto haver certa uniformidade na sua aplicação, exatamente para que os litigantes não fiquem à mercê da potestade punitiva. Um instituto de tamanho impacto demanda uma definição precisa, por meio da qual seja possível traçar alguns contornos das hipóteses que ensejam sua aplicação.

A questão que se coloca é que o legislador, muito embora tenha fixado condutas pelas quais responde o litigante de má-fé, não cuidou de definir a litigância de má-fé em si. É o caso de indagar, portanto, se seria necessário definir o termo “litigância de má-fé”. De fato, em uma primeira análise, pode parecer desnecessário conceituá-lo. O termo não aparenta ensejar qualquer controvérsia, mas sim ser autoexplicativo: a palavra litigância indica a busca de tutela em juízo contencioso, a fim de que o Estado-juiz solucione uma questão controvertida. Essa palavra costuma ter um âmbito de aplicação mais restrito, sendo empregada, em geral, pelos operadores do direito. O termo má-fé, por outro lado, é de conhecimento geral: denota a intenção maliciosa, as finalidades escusas.

A partir da junção dessas duas definições, podemos conceituar a litigância de má-fé, ao menos de um ponto de vista intuitivo, como uma busca pela tutela jurisdicional revestida de intenções maliciosas. Por tudo isso, a malícia parece ser condição necessária para que fique caracterizada a litigância de má-fé.

Nesse sentido, decidiu o STJ:

PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE APLICAÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. OMISSÃO CARACTERIZADA.

1. Os embargos declaratórios são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material na decisão.

2. A exegese do art. 17 do CPC pressupõe o dolo da parte em impedir o natural trâmite processual. Essa conduta é manifestada de forma

intencional e temerária, sem observância ao dever de lealdade processual.

3. No caso, não se tem notícia de atitude tendente a atrapalhar o andamento processual, mas denota-se apenas pela parte embargada o exercício regular do direito de defesa. Não houve nenhuma tentativa de alteração da verdade dos fatos ou utilização abusiva dos meios de defesa, tampouco o uso de artimanhas para atrasar o processamento da ação. Embargos acolhidos para sanar a omissão apontada, sem efeitos infringentes.

(STJ, 2ª Turma, EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 414.484/SC, rel. Min Humberto Martins, j. 22/05/2014, DJe 28/05/2014)

O acórdão demonstra consonância com a definição que o senso comum atribui à má-fé, diretamente ligada à intenção maliciosa. Como dito anteriormente, a litigância de má-fé parece ser um termo autoexplicativo. Ocorre que o conceito de litigância de má-fé, do modo como foi apresentado acima, traz em seu corpo uma questão problemática. Conforme disposto no acórdão, a litigância de má-fé exige o elemento doloso. Sem o elemento doloso, não haverá, portanto, responsabilização por litigância de má-fé.

A partir da premissa estabelecida no acórdão, é possível vislumbrar uma série de comportamentos processuais que não poderiam ensejar a responsabilização por litigância de má-fé, pelo simples fato de faltar a esses comportamentos o elemento doloso. Caso a litigância de má-fé receba um tratamento segundo o qual é indispensável a intenção maliciosa, ela deixa de apenar alguns comportamentos danosos à marcha processual.

Em suma, se considerada a definição que o próprio senso comum nos fornece, tudo indica que o elemento doloso é necessário para atrair a responsabilização por litigância de má-fé. Por outro lado, exigir o elemento doloso resulta em restrição do volume de comportamentos processuais indevidos que são passíveis de responsabilização.

Para ilustrar hipótese em que não seria possível a responsabilização, por falta do elemento doloso, podemos imaginar o caso do advogado que traz aos autos alegações finais, quando os patronos anteriores (destituídos pela parte) já o haviam

feito.² O descuido do advogado da parte, ou seja, a mera culpa em sentido estrito, não permitiria aplicação da multa por litigância de má-fé.

Podemos pensar, também a título de exemplo, naquele litigante que transcreve em sua petição trecho de um acórdão que não existe, encontrado em um *website* que contém repositório não-oficial de jurisprudência. Poderia o litigante ser considerado de má-fé por citar acórdão inexistente, mas sem saber que o suposto acórdão fora indevidamente inserido em um *site* que dispõe de repositório não-oficial de jurisprudência?

Nessa mesma linha, consideremos a situação do réu que, por mero descuido, indica o endereço errado da testemunha que arrolou, dificultando a intimação desta para a audiência, de modo a procrastinar o feito. Ou ainda, consideremos o caso da parte que apresenta cálculos equivocados em juízo, alterando a verdade dos fatos, por ter cometido erro aritmético em suas contas.

Se a responsabilidade, nos termos do acórdão colacionado, depender da comprovação do dolo, é bem provável que as condutas citadas acima não possam ensejar responsabilização por litigância de má-fé. Ademais, ainda que houvesse uma intenção maliciosa por trás dessas condutas, há de se convir que a exigência de dolo tornaria mais difícil a sua apenação, em virtude da dificuldade que existe de se perquirir a real intenção das condutas das partes. Em maior ou em menor medida, a exigibilidade do elemento doloso é um óbice à responsabilização.

Por outro lado, uma vez que a noção de má-fé está intrinsecamente ligada à intenção maliciosa, é de se imaginar não ser o caso de responsabilização das condutas culposas por litigância de má-fé, mas tão somente daquelas que forem praticadas com dolo.

O presente trabalho pretende explorar essa questão, estudando em qual medida o elemento doloso é necessário para que haja a responsabilização pela litigância de má-fé. Tendo em vista a notória relevância do instituto, bem como por seu considerável potencial punitivo, é de suma importância elucidar os limites aos quais os magistrados ficam adstritos quando se utilizam desse instrumento.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Comentários ao Código de Processo Civil - volume I (arts. 1.º a 69)**: das normas processuais civis e da função jurisdicional. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 99

A pesquisa, em um primeiro momento, consistirá na análise do abuso do direito e da sua manifestação no processo. Após, o estudo ficará centrado na definição que pode ser atribuída ao dolo, para que seja possível averiguar o grau de compatibilidade existente entre ele e a má-fé. Em seguida, serão abordados aspectos gerais concernentes à litigância de má-fé. Por fim, haverá uma investigação que esclareça em que medida a litigância de má-fé depende do dolo, bem como se seria admissível a responsabilidade decorrente de culpa / a responsabilidade objetiva. Dar-se-á preferência a uma análise técnico-jurídica, que indique ao operador do direito qual tipo de responsabilidade é mais coerente com aquilo que dispõe o ordenamento jurídico brasileiro.

I – O ABUSO DE DIREITO, O DOLO E A MÁ-FÉ

O processo estabelece um diálogo constante com outros campos do direito para que não seja vazio de sentido. Não é possível perder de vista que o processo é instrumento para atingir a finalidade de entregar às partes, ao menos teoricamente, uma prestação jurisdicional justa. Do ponto de vista da instrumentalidade, o processualista atua preocupado com os resultados de sua atividade, e não vê razão para restringir o estudo do processo civil aos respectivos institutos.³ A litigância de má-fé não foge a essa regra, sendo necessário analisá-la a partir de outros institutos, para que fique mais claro o seu âmbito de aplicação.

O abuso do direito é exemplo de instituto que possui estreita conexão com a litigância de má-fé. Tal como veremos mais adiante, a própria natureza jurídica da litigância de má-fé é de abuso de direito, de forma que o abuso constitui gênero, do qual a litigância de má-fé seria a espécie. Uma relação processual que é contaminada pela litigância de má-fé provém do abuso do direito no processo, sendo o abuso elemento estruturante da conduta do *improbis litigator*.

Diante disso, o presente capítulo voltará suas atenções, em um primeiro momento, ao instituto do abuso de direito, tecendo as considerações teóricas gerais pertinentes. Após, tratará especificamente do abuso de direito no âmbito processual.

É necessário, ainda, explorar o instituto do dolo, uma vez que o estudo ora realizado busca analisar justamente em que medida o elemento doloso é necessário para que haja responsabilização por litigância de má-fé. Entender o funcionamento do dolo, portanto, é de suma relevância para que fique mais clara a sua relação com aquilo que se concebe por má-fé.

As generalidades teóricas referentes ao dolo serão expostas e, tal como no caso do abuso de direito, haverá um breve comentário sobre como o dolo opera no campo processual.

Em suma, tanto o abuso de direito como o instituto do dolo serão explorados neste capítulo, por serem eles o instrumental teórico que norteará os estudos desta pesquisa sobre a litigância de má-fé. A partir da análise desses dois conceitos-chave, restará tratar da litigância de má-fé e, por fim, confrontar todos os institutos, trazendo

³ ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 17

para o centro do debate o grau de relevância do dolo como elemento estruturante da litigância de má-fé.

I.1 - O abuso de direito

Quando tratamos do direito, não é razoável que as questões discutidas fiquem restritas apenas ao uso do direito. Devemos questionar, também, se está havendo um *bom* uso do direito. As previsões normativas, se dispusessem de caráter absoluto, fariam do direito um sistema incoerente. O direito criado, em última análise, deve ser operado de modo a permitir a higidez do ordenamento. Quando o indivíduo faz mau uso do direito que lhe é conferido, está atentando contra a higidez do ordenamento. Importa ao direito, portanto, que as suas normas possam ser relativizadas, pois caso indivíduo se sinta totalmente livre para exercer o seu direito de tantas maneiras quanto quera, sem qualquer tipo de limitação, o direito pode se converter em um instrumento danoso, capaz de atentar inclusive contra os próprios fins para os quais foi criado.

O abuso de direito guarda relação direta com o ato ilícito, já que, por força da redação do art. 187 do Código Civil, é ilícito o ato do titular de um direito que for praticado excedendo limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Assim, o abuso de direito em si é dotado, ao menos em parte, de um elemento ilícito.

Não é possível, no entanto, tratar abuso de direito e ato ilícito como sinônimos. O ato que ofende frontalmente a lei não dispõe nem mesmo de aparência de legalidade. O ato abusivo, por sua vez, está vinculado a uma faculdade legal que, a princípio, fora colocada à disposição do agente. O vício diz respeito à forma com que o titular do direito a utilizou, desviando-a de sua natural objetividade.⁴ O ato abusivo possui uma aparência de legalidade, mas que termina sendo dominada pelo desvio de finalidade. Excede o exercício regular da faculdade que o direito objetivo confere ao indivíduo, na qualidade de sujeito de direitos.⁵

Se o termo “abuso de direito” for interpretado de modo literal, pode causar certo estranhamento. Isso porque o termo traz, em seu corpo, duas palavras que parecem ser incompatíveis, quase um oxímoro jurídico. Não pode ser jurídico aquilo que é

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 344, 1998. P. 54

⁵ ABDO, 2007. P. 32

abusivo. Antagônicos como são, “abuso” e “direito” não deveriam, à primeira vista, fazer parte da mesma locução. É necessário, portanto, encontrar uma definição para o abuso de direito que seja capaz de harmonizar essas duas palavras, sem deixar transparecer a incompatibilidade de uma com a outra.

Para sanar essa contradição, releva ter em mente que a palavra “direito” diz respeito ao direito subjetivo, ou seja, à prerrogativa conferida ao titular do direito. Abusar, portanto, seria exercer irregularmente o direito subjetivo, excedendo os limites que o ordenamento jurídico objetivo conferiu ao indivíduo (sujeito de direitos).⁶ O comportamento abusivo, repita-se, não é um comportamento jurídico. Ele se dá mediante uso indevido de uma prerrogativa que é jurídica, a partir de um comportamento que é antijurídico.

Dito isso, com suporte na redação do art. 187 do Código Civil, é possível definir o abuso de direito como o uso irregular de um direito subjetivo preexistente, a partir de um ato que é lícito por seu conteúdo, mas ilícito por suas consequências.⁷ Tal abuso possui aparência de legalidade e refere-se fundamentalmente ao exercício do direito, não ao direito em si.⁸

Ainda sobre a definição do abuso de direito, vale ressaltar sua natureza jurídica mista, pois está entre o ato que é jurídico e o ato que é ilícito. O abuso de direito não se confunde com o ato ilícito puro, pois este é ilícito no todo, quanto ao conteúdo e quanto às consequências. No ato abusivo, por sua vez, a ilicitude está presente na forma de execução do ato.⁹

I.1.a – O abuso de direito processual

O instituto do abuso de direito foi reconhecido no campo cível como forma de assegurar o bom uso das prerrogativas jurídicas. Ocorre que diante da imensa quantidade de prerrogativas atribuídas ao indivíduo, o instituto do abuso tornar-se-ia insuficiente se servisse de instrumento apenas para corrigir as mazelas do direito negocial.

⁶ ABDO, 2007. P. 32-33

⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. P. 521

⁸ ABDO, op. cit., P. 37

⁹ TARTUCE, op. cit., P. 521

À medida que o ordenamento atribuía mais direitos ao indivíduo, ficou evidente a necessidade de um contrapeso, a fim de obstar o exercício irregular desses mesmos direitos. Restringir o âmbito de aplicação do abuso de direito ao cível deixaria os demais campos vulneráveis, de modo que se buscou estabelecer um diálogo com os outros campos jurídicos para, com base nisso, construir uma disciplina do abuso que preservasse a boa-fé em todas as searas do direito, atendendo às especificidades de cada uma delas.

Com o advento do Código Civil de 1916, que tratava de forma expressa do abuso de direito como fonte de responsabilidade civil, a doutrina desenvolveu uma construção teórica referente ao abuso de direito processual, apoiando-se nos princípios do direito civil. A teoria, florescida no direito privado e transplantada para o direito processual, fazia valer os intuítos éticos do direito moderno, estabelecendo sua preponderância sobre elementos egoísticos.¹⁰

Mesmo antes de 1916, já havia previsão esparsa e fragmentada de sanções a condutas temerárias do litigante. Entretanto, foi apenas com o Código de Processo Civil de 1939 que o abuso de direito no processo ganhou tratamento amplo e genérico, recebendo conceituação e repressão específica.¹¹ A partir da leitura do art. 3º, Parágrafo Único, do finado Código, é possível constatar que ele traz em sua redação, de modo expresso, o termo “abuso do direito”. Não há dúvida, portanto, de que houve preocupação do legislador no sentido de coibir o abuso de direito processual, já que o CPC/39 cuidou de empregar um termo que nem mesmo no Código Civil de 1916 mereceu previsão expressa.¹²

Apesar da evidente preocupação por parte do legislador com a questão do abuso de direito processual, ainda hoje é possível constatar que estudo da boa-fé objetiva está em estágio bem avançado no plano do direito material, de forma que persiste a

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, 1998. P. 43

¹¹ Ibidem, P. 43. Nesta mesma página, Humberto Theodoro Júnior Cita o Reg. nº 737 de 1850 e o Dec. nº 3.084 de 1898 como exemplos de normas pré-CPC/39 que já previam, em circunstâncias específicas, sanções a condutas temerárias do litigante.

¹² O legislador, de fato, não se mostrou indiferente ao abuso de direito ocorrido no processo. Apesar disso, o texto que surgiu como resultado da preocupação legislativa parece estar apoiado em muitos conceitos-chave do direito civil. No art. 63, §2º, por exemplo, o Código de 1939 trata da situação da parte que atua no processo de modo temerário, utilizando os termos dolo, fraude, violência ou simulação.

necessidade de se analisar como a realidade contratual da boa-fé objetiva é aplicável ao processo.¹³

A própria natureza do direito processual torna de extrema relevância a adoção de instrumentos que atuem combatendo, especificamente, o abuso de direito processual. Se compararmos o campo processual a outros ramos do direito, perceberemos que, no processo, o campo de batalha é muito mais duramente disputado do que no mundo dos negócios civis e comerciais.¹⁴

É fato que dispomos de uma disciplina civil bem-estruturada para combater o abuso de direito. Entretanto, existe uma necessidade patente de amadurecer a discussão em torno abuso de direito no campo processual, para que ele possa caminhar em pé de igualdade com a já desenvolvida teoria do abuso de direito negocial. Isso porque no âmbito cível impera o diálogo, a vontade de celebrar acordos, tendo em vista que o direito civil atua em ambiente predominantemente pautado pela negociação. No campo processual, por outro lado, as partes travam uma disputa entre si, o que torna esse ambiente mais belicoso, propício à adoção de estratégias abusivas, que merecem repressão própria, a exemplo da responsabilização por litigância de má-fé.

Feita essa ressalva, vale trazer uma primeira noção daquilo que se concebe, especificamente, por abuso de direito processual. Segundo Humberto Theodoro Júnior:

Consiste o abuso de direito processual nos atos de má-fé praticados por quem tenha uma faculdade de agir no curso do processo, mas que dela se utiliza não para seus fins normais, mas para protelar a solução do litígio ou para desviá-la da correta apreciação judicial, embaraçando, assim, o resultado justo da prestação jurisdicional.¹⁵

O conceito apresentado, de fato, não esgota o tema nem se propõe a alcançar a perfeição ou exatidão, mas já sugere um ponto de partida para que comecemos a trabalhar a ideia do abuso do direito no plano processual.

¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 12

¹⁴ COSTA, Stefano. **O Dolo Processual em Matéria Civil e Penal**. Tradução de Laercio Laurelli. São Paulo: Paulistanajur, 2004. P. 78

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, 1998. P. 55

Interessante notar que a definição de Humberto Theodoro Júnior destaca que o litigante, no abuso de direito processual, desvia o processo da correta apreciação judicial. Disso podemos deduzir que o magistrado também é atingido pelo comportamento abusivo, já que o resultado justo de sua prestação jurisdicional fica comprometido. Eis aí uma característica notória do abuso de direito processual, que funciona até como elemento distintivo desse abuso de direito em relação àquele que se verifica no âmbito cível, por exemplo.

De fato, existe certa simetria entre o direito civil e o processual em matéria de abuso de direito: no direito civil, é afetado o contratante; no direito processual, o abuso afeta o litigante. Contudo, o abuso do direito processual não vitimiza apenas o litigante: também o magistrado é afetado, pois os esforços empreendidos para entregar uma boa prestação jurisdicional são obstados, ficam comprometidos. É por isso que se há de considerar também como sujeito passivo do abuso de direito processual o juiz da causa.

O abuso de direito processual, portanto, parece ofender ao menos dois sujeitos. Difere do abuso de direito no âmbito cível, ocasião em que é perfeitamente possível que a ofensa fique concentrada apenas na figura de um ente privado. Ainda nessa linha, é de se notar que o âmbito processual possibilita que a parte se valha dos instrumentos processuais com a finalidade precípua de induzir em erro terceiros estranhos à relação processual. Nessa situação, não apenas o magistrado e a parte contrária figuram como sujeitos passivos do abuso de direito processual, mas também o terceiro prejudicado.

Imaginemos, por exemplo, a situação em que A e B demonstram interesse em adquirir o mesmo imóvel. Para retirar a credibilidade de B, o indivíduo A ajuíza contra ele uma ação de cobrança, afirmando ser B um indivíduo inadimplente, que deve valores exorbitantes. Com a propositura da ação, A retira a credibilidade de B e consegue adquirir o imóvel. A utilizou o processo como instrumento para que o vendedor do imóvel acreditasse ser B um indivíduo que não honra suas dívidas. O vendedor foi enganado, pois imaginou ser mais seguro celebrar um negócio com A.

Nesse exemplo, o potencial comprador B também figurou como sujeito passivo, já que foi injustamente acusado de ser inadimplente. Tanto é sujeito passivo que a intenção precípua de A era induzir em erro o vendedor, não o magistrado ou o indivíduo B. Disso concluímos que o abuso de direito processual conta com potencial

ofensivo diferenciado, que lhe é bem característico. Ademais, percebe-se que esta modalidade de abuso atenta contra múltiplos sujeitos passivos.

É de se notar, ainda, que o âmbito processual não é de todo amigável, o que pode fomentar práticas abusivas. Pelo próprio terreno conflituoso em que se instaura o processo, é plausível imaginar que as partes buscarão obter êxito em suas demandas a todo custo. Institutos como a responsabilização do litigante de má-fé atuam precisamente no sentido de refrear as atitudes que busquem o êxito, mas que sejam incompatíveis com a boa-fé. É importante lembrar, entretanto, que tanto o direito de ação como o reconhecimento do abuso deste direito estão sujeitos a limites. De um lado, é necessário preservar a boa-fé. De outro, não se pode punir a todo instante os litigantes, apenas porque imbuídos no desejo de vencer.

Não é o caso, portanto, de se estabelecer uma visão demasiado idealista, romântica, do processo. As partes atuam no processo em defesa de seus interesses, colaborando com o juízo na medida em que essa colaboração as auxilie a se sagrar vitoriosas na demanda. É ingênuo acreditar que as partes atuam de forma desinteressada e que buscam apenas a justiça plena, ainda que contrária aos seus interesses.¹⁶ As partes atuam em exercício regular de direito quando defendem seus interesses, devendo ser reconhecido o abuso do direito processual apenas quando há uma conduta que transponha a linha do exercício regular do direito. Não necessariamente consiste em abuso do direito a conduta praticada pela parte que conserva, em seu íntimo, um enorme desejo de vencer o processo, até porque este objetivo é inerente ao processo.

O abuso do direito processual, portanto, não guarda relação com o interesse das partes em praticar atos que lhes sejam favoráveis. O processo funciona como um jogo, que coloca frente a frente pessoas com interesses diametralmente opostos. Na maior parte dos casos, não há busca pacífica e cooperativa da verdade, mas sim a busca de uma justiça que fatalmente interessa a um dos litigantes, mas não ao outro.¹⁷ Se o aplicador do direito fizer da multa por litigância de má-fé um instrumento repressivo que desconsidere por completo a disputa de interesses, terminará aplicando esse instituto em contrariedade à própria natureza do processo.

¹⁶ NEVES, 2016. P. 11

¹⁷ Ibidem, P. 12

De certo modo, tal constatação reflete o óbvio. O maior desafio é, diante da constatação, delinear as fronteiras que separam os atos praticados abusivamente no interesse da parte daqueles que não passam do mero desejo de vencer, ou seja, separar o abuso do direito processual dos atos praticados em exercício regular de direito. Ainda que não seja fácil no caso concreto, deve haver uma linha de equilíbrio entre os deveres éticos e a ampla atuação na defesa de interesses.¹⁸ Quando o art. 80 do CPC dispõe sobre as condutas que caracterizam litigância de má-fé, atua justamente no sentido de traçar essa linha de equilíbrio.

Ocorre que o artigo 80 pode deixar o aplicador do direito confuso, pois não esclarece se é possível reputar abusivo o ato que, apesar de desprovido do elemento doloso, compromete a marcha processual, assunto que será mais bem trabalhado ao final desta pesquisa. Passemos, por ora, ao estudo de outro instituto que merece ser explorado: o já mencionado elemento doloso.

I.2 – O dolo

I.2.a - As modalidades de responsabilidade e o dolo

O dolo é uma das modalidades de culpa em sentido lato, sendo tal culpa de suma importância para a responsabilidade civil, tendo em vista que a responsabilidade opera, em grande medida, com a questão da culpa. A responsabilidade civil, vale lembrar, divide a responsabilidade em dois grandes troncos: de um lado, temos a responsabilidade subjetiva, que é regra no nosso ordenamento jurídico. Do outro, temos a responsabilidade objetiva, a qual se faz presente em circunstâncias específicas.

A responsabilidade subjetiva provém de uma leitura conjunta do texto do art. 186 do Código Civil com o art. 927 do mesmo Código. Segundo o art. 186, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem comete ato ilícito”. No art. 927, por sua vez, fica estabelecida a obrigação de reparar por força do ato ilícito. É de se notar a presença do elemento subjetivo no art. 186, que compreende tanto o dolo como a culpa em sentido estrito (negligência/imprudência).

Também é possível a responsabilidade objetiva, por força do que dispõe o art. 927, Parágrafo Único, do Código Civil. Importante destacar que teoria objetiva da

¹⁸ NEVES, 2016. P. 12

responsabilidade não trata de uma responsabilidade sem culpa, mas sim de um modelo de responsabilidade independente de culpa, em que basta onexo causal entre o comportamento do agente e o dano para que se haja responsabilização.¹⁹ Não importa, para a responsabilidade objetiva, aferir se a conduta foi culposa ou dolosa.

O sistema jurídico brasileiro congrega, portanto, mais de uma modalidade de responsabilidade. A responsabilidade objetiva, em geral, atua no sentido de proteger bens jurídicos que o ordenamento entendeu serem mais sensíveis, demandarem uma proteção especial. Isso porque a responsabilidade subjetiva impõe um óbice à responsabilização do agente: a verificação da culpa. A ação de responsabilidade civil, na modalidade subjetiva, pode ser comparada a uma corrida de duas barreiras. Cada uma dessas barreiras representa um ônus contra o demandante.²⁰ Sempre que a responsabilidade é subjetiva, o demandante não deve apenas comprovar o dano, deve também ultrapassar a barreira da culpa, fazendo prova do elemento culposo/doloso com que agiu o demandado. Quanto maiores as exigências para que haja responsabilização, maiores as dificuldades de fazer incidir a responsabilidade.

Não é o caso de se empreender juízo de valor sobre qual das duas modalidades de responsabilidade traz resultados melhores, no plano fático. Basta entender que, quanto maior o número de exigências para a responsabilidade, menores serão as hipóteses de responsabilização. No caso da litigância de má-fé, que é o objeto desta pesquisa, caso se conclua pela necessidade do elemento doloso, estar-se-á admitindo que a responsabilidade incidirá sobre um número menor de hipóteses do que se a responsabilidade pudesse decorrer de culpa lata ou do que se fosse objetiva.

Repita-se: não vem ao caso fazer uma análise utilitarista dos elementos necessários para a litigância de má-fé. Um filtro extremamente aguçado, que limita as hipóteses de litigância de má-fé às condutas dolosas, pode ser concebido, ao mesmo tempo, de duas maneiras distintas. Sob determinada perspectiva, exigir o dolo pode impor um óbice à preservação da boa-fé processual. Ocorre que essa mesma exigência do elemento doloso pode atuar como facilitadora do acesso à justiça, permitindo que os litigantes recorram ao poder judiciário sem temer que o magistrado considere qualquer descuido processual como expressão da litigância de má-fé. Boa

¹⁹ DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 5ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. P. 203

²⁰ TARTUCE, 2018. P. 599

ou ruim, a exigibilidade do dolo na litigância de má-fé merece, aí sim, uma análise técnico-jurídica, a começar pelo estudo do próprio conceito de dolo, de forma a aferir em que medida está o dolo próximo da litigância de má-fé.

Segundo Pontes de Miranda, no latim e no grego, o étimo de *dolus* refere-se a ardil, astúcia, malícia, engano, tal como é o sentido do direito romano.²¹ Ao menos do ponto de vista etimológico, portanto, o termo dolo parece guardar semelhança com a má-fé. Busquemos, agora, compreender a definição de dolo no presente.

Concebe-se o dolo como a atuação contrária ao direito, o ato ilícito intencional e malicioso, deliberadamente praticado por quem tinha ciência de seu agir antijurídico e da predisposição ao desrespeito ao ordenamento jurídico. Basta que o agente disponha de consciência de faltar ao seu dever, mediante conduta antijurídica, para que se revele o dolo.²² Interessante notar que a definição contemporânea não se furtou à menção do elemento malicioso inerente ao dolo, elemento este que parece acompanhar o dolo desde a formação do instituto. A malícia, no caso, traduzir-se-ia na consciência de violação à norma jurídica.

Ainda sobre o dolo, vale lembrar que ele não se confunde com o dano. Estão em planos distintos, pois o dolo constitui uma das modalidades de culpa *lato sensu*, enquanto o dano tem relação com o plano concreto. Tanto a culpa *lato sensu* quanto o dano são pressupostos da responsabilidade civil, mas ambos são autônomos, e cada qual é aferido em um dado momento.²³

Nesse sentido, dolo se assemelha mais à direção da vontade para contrariar a direito. No suporte fático, estão a conduta, a contrariedade ao direito, e a direção da vontade que liga aquele a essa. O agente não apenas atua de forma contrária ao direito: ele quer que sua conduta contrarie o direito. O dolo contém em si a consciência de contrariedade ao direito, não havendo dolo se o agente ignora os fatos de que resulta a contrariedade ao direito.²⁴

Vale rememorar, a partir das noções apresentada acima, a já citada conduta da parte que apresenta cálculos equivocados em juízo, por ter cometido erro aritmético

²¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado - Tomo II (atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 327

²² DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. 2018. P. 200-201

²³ *Ibidem*, P. 201

²⁴ MIRANDA, Pontes de, *op. cit.*, P. 329; 331; 332

em suas contas. Tal comportamento não pode ser considerado doloso, pois falta à parte conhecimento do ilícito, já que ela agiu sem crer que estava a alterar a verdade dos fatos. Não se pode cogitar de dolo se o agente ignorava a contrariedade ao direito. Houve, no caso, uma mera conduta culposa: faltou, de sua parte, o cuidado, que havia de ter, no trato com os outros homens e seus interesses. A conduta culposa, no caso, está ligada à imprevisão do resultado, por parte do agente.²⁵

I.2.b - O dolo processual e a má-fé

Inúmeros foram os campos jurídicos que usufruíram da definição de dolo, ligada à noção da contrariedade ao direito. Incorporado o dolo nas diversas searas do direito, surgiu então a distinção entre o dolo material e o processual. Questão que se coloca é saber se existe diferença relevante e substancial entre estas duas subespécies, capaz de inviabilizar um estudo conjunto do dolo material com o processual.

O dolo é um conceito já bastante explorado no âmbito cível: conforme se depreende do art. 145 do Código Civil, os negócios jurídicos celebrados com dolo ficam sujeitos a anulação, o que nos leva a crer que o dolo constitui um defeito do negócio jurídico.

Stefano Costa ensina que este dolo negocial seria cada ação que, levando os outros ao erro ou tirando proveito dos erros alheios, causa, ou tem a aptidão de causar, uma manifestação de vontade, considerada incapaz de formar validamente um negócio jurídico. No campo negocial, portanto, o dolo consiste, essencialmente, em induzir o contratante em erro. Do ponto de vista do sujeito ativo, o dolo negocial é o erro urdido, enquanto, com relação ao sujeito passivo, o erro é sofrido.²⁶

Segundo o mesmo autor, chegamos à noção de dolo processual a partir da noção de dolo negocial.²⁷ Por isso, vale fazer uma distinção entre ambos os institutos, ressaltando as características que são particulares ao dolo processual. Após, teremos melhores condições de analisar em que medida ambos se assemelham e, principalmente, se existem pontos de interseção que permitem estudar o dolo como um único instituto, mesmo diante das particularidades inerentes ao dolo negocial.

²⁵ MIRANDA, 2012. P. 330; 333

²⁶ COSTA, 2004. P. 82; 85

²⁷ Ibidem, P. 85

Segundo Stefano Costa,²⁸ uma das particularidades é o momento em que ocorre o dolo. O dolo negocial se dá em um momento anterior à conclusão do negócio jurídico, nas preliminares do negócio. Uma vez concluído o negócio, cessa o dolo. No processo, por sua vez, o dolo tende a ser nocivo em momento posterior à prática da conduta dolosa. Além disso, o sujeito passivo do dolo processual é outro, já que via de regra esse dolo atinge também o magistrado.²⁹

Quanto à questão do dolo processual, em especial com relação aos sujeitos passivos desse tipo de dolo, valem as observações referentes ao abuso de direito processual, no sentido de que ele não atenta apenas contra o litigante, mas também prejudica a correção da prestação jurisdicional do magistrado.

Pelo exposto, apesar de o dolo processual apresentar características próprias, tudo indica que elas mais dizem respeito a questões periféricas do que propriamente à essência do dolo, que é a intenção de atuar de modo contrário à lei. Quer ela se dê antes da celebração de um negócio jurídico, quer se dê no curso de um processo já instaurado, o dolo tem como objetivo final alcançar o ilícito, via de regra viciando a vontade. Do mesmo modo, seja o sujeito passivo uma parte contratante ou um litigante/magistrado, a intenção de praticar conduta indevida é elemento comum às duas subespécies de dolo.

Independentemente de corromper o processo ou o negócio jurídico, vale a lição de Humberto Theodoro Júnior, segundo a qual o dolo em direito processual não é diferente do seu similar material.³⁰ O dolo, portanto, funciona como um instrumento único, sendo a única diferença o modo como cada campo jurídico se aproveita deste mesmo instrumento. Considerando que a essência do dolo é a mesma, é possível transpor o seu conceito da área cível para a processual, sem que haja prejuízo. Em todos os casos, fica preservada a intenção do agente no sentido de contrariar o direito.

Seja o dolo material ou processual, o ponto de interseção entre todos eles fica evidente nas ideias de Pontes de Miranda, no sentido de que o dolo é justamente o contrário de boa-fé.³¹ Sendo a má-fé, do mesmo modo, a antítese da boa-fé, é

²⁸ COSTA, 2004. P. 85

²⁹ Ibidem, P. 86

³⁰ THEODORO JÚNIOR, 1998. P. 44

³¹ MIRANDA, 2012. P. 327

possível, a partir de um exercício lógico, deduzir que os conceitos de má-fé e dolo guardam notória semelhança.

Para verificar a coincidência entre os dois termos, basta ter em mente o conceito de má-fé. Trata-se de algo que decorre do conhecimento do mal ou do conhecimento do vício contido na coisa, que se quer mostrar como perfeita, sabendo-se que não o é.³² Segundo STOCO, os próprios léxicos, no plano comum, definem a má-fé como a “intenção *dolosa*”, “*perfidia*”.³³

Também no sentido de considerar a má-fé indissociável do dolo, Humberto Theodoro Júnior, quanto trata da má-fé subjetiva, afirma que ela é a conduta dolosa, com o propósito de lesar a outrem.³⁴ Em artigo escrito pelo mesmo autor, ele coloca lado a lado a conduta intencional e a má-fé, denotando ser possível a equiparação entre o dolo e a má-fé.³⁵

Ainda nesse sentido, vale colacionar a definição trazida por STOCO de má-fé processual, que consiste na conduta daquele que atua em juízo, convencido de não ter razão ou com ânimo de prejudicar o adversário ou terceiro, ou criar obstáculos ao exercício do seu direito.³⁶ Tal conceito parece ser de todo equivalente àquele que já foi exposto, mas referente ao dolo processual.

A partir destas elucidações, é possível concluir, portanto, pela identidade existente entre os termos dolo e má-fé. Decerto, a identidade entre os dois termos, ao menos quando os seus significados são confrontados, indica ser necessário o elemento doloso para que haja responsabilização daquele que litigar de má-fé. De todo modo, antes de trazer à pesquisa qualquer percepção final, é necessário proceder uma análise da litigância de má-fé em si. Apoiados no estudo do instituto e munidos dos demais conceitos desenvolvidos ao longo deste capítulo, teremos instrumental suficiente para que se explore a exigibilidade do elemento doloso.

³² STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 44

³³ *Ibidem*, P. 44

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 59ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2018. P. 78

³⁵ *Idem*, Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, 344, 1998. P. 48

³⁶ STOCO, *op. cit.*, P. 87

II – A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

II.1 – Considerações gerais sobre a litigância de má-fé

As partes atuam em exercício regular de direito quando se utilizam de técnicas processuais para obterem êxito em sua demanda. O processo judicial tem muito de jogo, de competição,³⁷ sendo natural uma atuação habilidosa das partes ao longo do processo. Entretanto, mesmo a habilidade e a sagacidade devem receber um freio, e não podem ultrapassar certos limites estabelecidos.³⁸ É nesse contexto que se insere a responsabilização por litigância de má-fé, instrumento operado para refrear os impulsos demasiadamente danosos ao processo.

Vale recordar que a responsabilização por litigância de má-fé decorre da relatividade do direito de ação: a ninguém se recusa o direito de acesso ao Judiciário, mas ele deve ser exercido regularmente, em busca da solução do litígio, e não com propósito apenas de lesar outrem, ou de fraudar a lei. E as mesmas observações feitas acerca do acesso à justiça, para o autor, prevalecem para a garantia de ampla defesa, reconhecida ao réu (CF, art. 5º, LV).³⁹

Em linhas gerais, a litigância de má-fé está disciplinada entre os artigos 79 e 81 do Código de Processo Civil, na seção que trata da responsabilidade das partes por dano processual. O artigo 79 dispõe sobre a responsabilidade por perdas e danos daquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente. No artigo 80, por sua vez, estão descritas as condutas do litigante de má-fé, enquanto o artigo 81 descreve como se dará a responsabilização. São três as consequências possíveis: indenização por perdas e danos, multa e pagamento de honorários advocatícios/despesas efetuadas, ficando a critério do magistrado cumulá-las, se entender pertinente. A condenação por litigância de má-fé dispõe de dupla natureza: as perdas e danos, bem como o pagamento dos honorários e despesas efetuadas possuem natureza indenizatória. A multa, por sua vez, dispõe de natureza punitiva.

³⁷ THEODORO JÚNIOR, 1998. P. 53

³⁸ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1988. P. 167

³⁹ THEODORO JÚNIOR, op. cit., P. 55-56

O caráter indenizatório da condenação tem por finalidade reparar o dano ocasionado pela litigância de má-fé. A natureza punitiva da condenação, por outro lado, objetiva desestimular a prática as condutas que constam no rol do artigo 80, induzindo o litigante a adotar um comportamento mais condizente com a boa-fé. A intensidade e a probabilidade da sanção, vale lembrar, são utilizados pelas partes para programar seu comportamento. Não fosse o caráter punitivo da condenação por litigância de má-fé, as partes tenderiam a adotar comportamentos que assegurassem o melhor resultado processual possível, ainda que tal comportamento se revelasse incompatível com a boa-fé. Isso porque as partes, na condição de agentes racionais, não definem sua conduta apenas em função da licitude, mas também da expectativa de alcançar ou não os resultados pretendidos.⁴⁰

Interessante notar que o Código de 1973 já consagrava, desde o início, a condenação de natureza indenizatória. A natureza punitiva da condenação, por outro lado, partiu de uma construção bem mais recente, proveniente de alteração legislativa no texto do CPC, feita pela Lei nº 9.668/98. Tivemos, portanto, três momentos distintos, que denotaram uma crescente preocupação em valorizar o caráter sancionatório da condenação por litigância de má-fé. Em um primeiro momento, da entrada em vigor do CPC/73 até o advento da Lei nº 9.668/98, o litigante de má-fé deveria apenas indenizar a parte contrária pelos prejuízos sofridos, mais os honorários advocatícios/despesas efetuadas. A partir da Lei nº 9.668/98, além da indenização, foi incorporado ao texto legal a natureza punitiva da condenação, com uma multa que poderia ser de até 1% do valor da causa. Por fim, com a entrada em vigor do CPC/2015, o caráter punitivo foi ampliado, devendo agora a multa ser fixada entre 1% e 10% do valor da causa.

Tanto os valores a título indenizatório quanto os valores provenientes da multa serão revertidos em favor da parte contrária, podendo a condenação partir até mesmo de ato de ofício do juiz da causa. A condenação não possui relação direta com o resultado do processo, sendo possível que um agente seja condenado por litigância de má-fé, mesmo que não seja sucumbente. O Código de Processo Civil exige uma conduta íntegra de todos aqueles que participam do processo, independentemente de

⁴⁰ DIAS, Jean. Carlos. Como a legislação processual civil e a jurisprudência brasileira estimulam a litigância de má-fé. **Revista Dialética de Direito Processual**, 2009. P. 56-57

terem ou não razão. É por isso que, muitas vezes, sem embargo da indevida conduta do litigante, o resultado do mérito poderá ser-lhe favorável.⁴¹

Além de estar desvinculada da sucumbência, a responsabilização pela litigância de má-fé não incide apenas sobre autor e réu, pois o dever de agir com boa-fé estende-se a todos os intervenientes do processo. Desse modo, é possível condenar, por exemplo, o assistente, que embora não litigue, ajuda o assistido a obter êxito na sua litigância contra a parte contrária.⁴² Percebe-se que a legislação cuidou de ampliar, ao máximo, o número de sujeitos que podem fazer parte da cadeia de responsabilização pelo uso abusivo do processo.

O uso abusivo do processo remete à própria natureza jurídica da litigância de má-fé: a de abuso de direito. Se rememorarmos os conceitos trazidos no capítulo anterior, perceberemos que a litigância de má-fé consiste justamente no exercício irregular do direito subjetivo de ação (ou de defesa, conforme o caso), que excede manifestamente os limites impostos pelo ordenamento jurídico. A partir da definição de abuso de direito, podemos, portanto, constatar que litigância de má-fé possui natureza jurídica de abuso de direito.

Tal constatação também é possível mediante uma análise histórica: o Código de Processo Civil de 1939 chegou a empregar a expressão “abuso de direito” em seu artigo 3º, ao tratar da questão da litigância indevida. A natureza jurídica da conduta temerária mereceu, portanto, previsão expressa do diploma processual. O termo foi suprimido nos códigos de processo civil que lhe sucederam, mas persiste a natureza jurídica de abuso de direito do instituto. A diferença é que, no presente, ela não mais decorre da literalidade da lei, mas sim de um exercício lógico-conceitual.

Se a intenção for aprofundar ainda mais a análise sobre a natureza jurídica da litigância de má-fé, valerá ressaltar também que se trata de um abuso de direito *processual*. Convém remarcar como coincidem a noção de litigância de má-fé e as já citadas palavras de Humberto Theodoro Júnior, referentes ao abuso de direito processual: *Consiste o abuso de direito processual nos atos de má-fé praticados por quem tenha uma faculdade de agir no curso do processo, mas que dela se utiliza não*

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, 1998. P. 48

⁴² ALVIM, J. E. Carreira. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Curitiba: Juruá, v. 1, 2015. P. 408

*para seus fins normais, mas para protelar a solução do litígio ou para desviá-la da correta apreciação judicial, embaraçando, assim, o resultado justo da prestação jurisdicional.*⁴³

Inegável, portanto, ser esta a natureza jurídica da litigância de má-fé. “No direito processual o abuso de direito caracteriza-se justamente pela lide temerária, trazendo o CPC/73, por exemplo, descrição pormenorizada da falta processual nos arts. 14 e 16.”⁴⁴ No CPC/15, por sua vez, tal previsão do abuso de direito nos remete aos arts. 77 e 79.

Esclarecida a natureza jurídica da litigância de má-fé, cabe agora tecer comentário sobre o conjunto das condutas que configuram o abuso do direito processual, sob a forma de litigância de má-fé.

O direito positivo como um todo impõe certas dificuldades quando nos prescreve regras: se as regras forem extremamente genéricas, sua aplicabilidade pode tornar-se inoperante. Por outro lado, se forem demasiadamente minuciosas, impossível abrangerem todas as situações que a vida cria, em gama imprevisível.⁴⁵ Nesse sentido, caso o Código de Processo Civil instituísse uma previsão genérica, facultando ao juiz punir os litigantes de má-fé sem discriminar as hipóteses em que seria possível fazer uso do instituto, a responsabilização por litigância de má-fé poderia ter sua aplicabilidade comprometida. Do mesmo modo, caso trouxesse hipóteses demasiadamente minuciosas em que seria possível aplicar a punição por litigância de má-fé, algumas situações deixariam de ser abrangidas.

Contornando esta problemática imposta pelo direito positivo, o CPC/73 veio a prever uma série de hipóteses que podem ser consideradas como litigância de má-fé, algumas mais outras menos genéricas. A rigor, o rol do art. 80 do CPC (antigo art. 17 do CPC/73) não é taxativo, pois existem outras previsões ao longo do Código que viabilizam a imposição de multa por litigância de má-fé no processo, como, por exemplo, o art. 142 do CPC,⁴⁶ sendo que quanto a isso, não há maiores dúvidas.

⁴³ THEODORO JÚNIOR, 1998. P. 55

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - Parte geral**. São Paulo: Atlas, 2003. P. 605

⁴⁵ LIMA, Alcides de Mendonça. Abuso do direito de demandar. **Revista de Processo**, São Paulo, 19, 1980. P. 58

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme.; ARENHART, Sérgio Cruz.; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 3ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. P. 247

A questão controvertida que se instaura é, esta sim, entender se a responsabilização por litigância de má-fé depende de enquadramento nas condutas previstas legalmente ou se existem condutas que podem ser tidas como litigância de má-fé, mesmo sem previsão expressa em lei. Em outras palavras, diante de conduta que não se subsuma em nenhuma das hipóteses legais, seria possível a responsabilização por litigância de má-fé?

Ainda que a questão inspire debates, a eventual taxatividade do rol não pode ser vista como um fator que dificulta o reconhecimento da litigância de má-fé. É de se notar que as condutas previstas no art. 80, em maior ou menor grau, empregam termos genéricos, que permitem ao juiz formar seu convencimento com elevada autonomia.

O art. 80 buscou ofertar ao juiz o exercício da jurisdição da forma mais ampla possível,⁴⁷ utilizando-se de uma conceituação relativamente vaga das condutas passíveis de sanção por litigância de má-fé. Com isso, o debate sobre a taxatividade ou não das hipóteses de litigância de má-fé, em termos práticos, termina sendo inócuo.

Se não for possível enquadrar a conduta em hipóteses demasiadamente específicas, como alterar a verdade dos fatos ou interpor recurso com intuito manifestamente protelatório, o inciso V (proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo), por exemplo, pode ser utilizado como subsídio, justamente por seu caráter genérico.

Assim, mesmo se considerarmos o rol como taxativo, isso não obstaculiza a punição do litigante que se utiliza de meios inadequados para satisfazer sua pretensão, bastando ao magistrado expor as razões pelas quais a conduta das partes se enquadra em uma das hipóteses do art. 80.

Passemos, agora, a um estudo mais detalhado de cada uma dessas hipóteses.

II.2 – As hipóteses do art. 80 do CPC

O Código de Processo Civil, em seu art. 79, indica que responderá por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente. Este artigo dispôs,

⁴⁷ DIAS, Jean Carlos. Como a legislação processual civil e a jurisprudência brasileira estimulam a litigância de má-fé. **Revista Dialética de Direito Processual**, 2009. P. 55

de modo genérico, sobre litigância má-fé. Coube ao seu subsequente, o art. 80, definir as condutas que serão efetivamente tratadas como litigância de má-fé. São elas:

II.2.a - Deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (CPC - art. 80, I)

O litigante que insiste em levar adiante a sua demanda, mesmo quando existe disposição expressa de lei ou de fato incontroverso, acaba por submeter à apreciação do judiciário uma questão que já está, desde o início, fadada ao fracasso. A questão é especialmente problemática porque o Estado-juiz e a parte contrária precisam empreender esforços para repelir uma pretensão que nem sequer mereceria ter sido levantada, por conflitar expressamente com o ordenamento ou com a verdade dos fatos.⁴⁸

A alegação contra texto expresso de lei deve ser teratológica, desprovida de razoabilidade.⁴⁹ Trata-se de regra que visa a coibir o chamado abuso macroscópico do processo ou abuso relativo à tutela jurisdicional globalmente considerada, bem como o abuso veiculado em recurso, contrarrazões ou em qualquer outro ato da parte no processo.⁵⁰

O presente artigo deve ser operado com cautela, pois não se presta a punir a parte que está buscando a superação de determinada interpretação normativa. Do mesmo modo, analogamente àquilo que está disposto no Estatuto da Advocacia, a parte não pode ser punida se sua pretensão, apesar de contrária à literalidade da lei, está fundada justamente na inconstitucionalidade ou na injustiça da lei. Configura litigância de má-fé, aí sim, a pretensão que é deduzida de modo teratológico, contra qualquer interpretação razoável de uma lei que seja inegavelmente válida no ordenamento.

⁴⁸ A presente norma possui uma disposição legal correlata no art. 34, VI, do Estatuto de Advocacia, de modo que a conduta ora prevista também é vedada ao patrono que atua em defesa da parte. Nos termos do estatuto, constitui infração disciplinar advogar contra disposição literal de lei

⁴⁹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, v. II (arts. 70 a 118), 2017. P. 74 cita como exemplo o AgRg no Ag 600.215/SP, ocasião em que a parte sustentou ser admissível a interposição de Recurso Especial ao STJ contra acórdão proferido por Tribunal Regional do Trabalho

⁵⁰ ABDO, 2007. P. 157-158

Sobre a aplicabilidade da litigância de má-fé à alegação que contrariar “fato incontroverso”, trata-se de responsabilizar o litigante que se opõe aos fatos alegados por uma parte e não impugnados pela outra,⁵¹ bem como da parte que se oponha a fatos notórios ou a fatos que resultem de conquistas científicas idôneas, ou àqueles que de algum modo a parte já haja reconhecido ou afirmado, no processo ou mesmo extraprocessualmente (incontrovérsia *inter partes*).⁵²

Por fim, vale observar que o inciso não faz qualquer menção ao elemento volitivo da conduta, descrevendo tão somente o ato que será considerado litigância de má-fé. É o que se depreende da literalidade da redação do art. 80, I.

II.2.b - Alterar a verdade dos fatos (CPC - art. 80, II)

A alteração à verdade dos fatos decorre do dever instituído pelo art. 77, I, do CPC, que afirma ser obrigação das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo expor os fatos em juízo conforme a verdade. Tal como no caso do artigo anterior, deve ser evitado o entendimento no sentido de que os fatos possuem apenas uma versão. Cada sujeito processual pode ter a sua percepção dos fatos, sendo vedada apenas aquela alteração objetiva do suporte fático.

Importante ressaltar que o Código de Processo Civil trabalha com o dever de veracidade, não com o dever de alegação total. O dever de veracidade não cria a obrigação da parte de alegar até os fatos que lhes sejam prejudiciais, já que dizer a verdade não impede que a parte omita fatos contrários aos seus interesses. O dever de veracidade, portanto, permite que a parte escolha os fatos que lhe interessam e, dentro desse limite, impõe-se o dever de falar a verdade.⁵³

O fato omitido, contudo, não pode comprometer de tal forma a narração a ponto de torná-la inverídica, como ocorre, por exemplo, na situação em que o credor omite o recebimento de uma das parcelas ao executar um contrato de mútuo.⁵⁴ Por tudo isso, é necessário buscar um equilíbrio entre vedação da alteração à verdade dos fatos e a máxima *nemo tenetur se detegere* (o direito de não produzir prova contra si

⁵¹ LOPES, 2017. P. 75

⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, v. II, 2009. P. 267-268

⁵³ NEVES, 2016. P. 121

⁵⁴ ABDO, 2007. P. 139-140

mesmo), que além de nortear o direito como um todo, está expressamente prevista no art. 379 do CPC.

Do mesmo modo, ao aplicar o inciso, o magistrado deve ter bem clara em sua mente a distinção entre o desejo de iludir, capaz de originar vício da vontade judicial e o comportamento meramente astuto, esperto e tolerável, que não é punível por sua inaptidão para macular o processo. A mera astúcia da parte que exalta determinados fatos que lhe são favoráveis não é punível, pois o art. 80, II trata de alterar a verdade dos fatos. Se não houver alteração, mas simplesmente exaltação a um determinado conjunto de fatos que a parte considere mais relevantes, estará a parte em um mero exercício regular de direito.

Quanto ao objeto do dever de veracidade, é necessário considerar que o direito brasileiro conta com milhões de normas jurídicas, veiculadas em atos das mais diversas naturezas. Nesse cenário de intensa complexidade, não se pode excluir que, mesmo agindo diligentemente, seja o juiz induzido em erro pela citação de um ato normativo ou de um precedente vinculante inexistente ou completamente desvinculado da situação de fato que lhe deu causa.⁵⁵ Quando a parte traz à sua petição determinada norma de direito, está afirmando, ainda que indiretamente, que é fato a existência dessa norma. Assim, a parte que colaciona norma inexistente ou que altera o texto da norma que colacionou também incorre em alteração da verdade dos fatos.

Também no caso deste inciso não há qualquer menção ao elemento volitivo da conduta. O texto normativo, ao menos de um ponto de vista literal, limita-se a descrever a conduta que ensejará litigância de má-fé.

II.2.c - Usar do processo para conseguir objetivo ilegal (CPC - art. 80, III)

Ao tratar do presente caso, é comum que pensemos na situação em que duas partes agem em conluio, simulando um litígio para conquistarem um objetivo ilegal. Entretanto, o art. 80, III não se presta a reprimir os litigantes que atuam em conluio, mas sim evitar que uma das partes alcance objetivo ilegal mediante ato unilateral.

Quando autor e réu levam adiante uma demanda imbuídos de uma finalidade escusa, o mais correto é fazer incidir sobre eles a disciplina legal do art. 142 do CPC,

⁵⁵ LOPES, 2017. P. 76

a qual dispõe que se o magistrado perceber, pelas circunstâncias, que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, deve proferir decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

Em suma, no inciso III encontra-se prevista a conduta unilateral de uma das partes em prejuízo da parte contrária e do próprio processo. Sendo o processo o instrumento estatal para a proteção do direito material, seria incoerente admitir a utilização de tal instrumento justamente para violar o direito material.⁵⁶

Quanto aos resultados práticos da condenação na forma do art. 80, III e do art. 142, existe uma diferença sutil entre ambas. No caso do art. 80, por se tratar de ato unilateral de uma parte, que termina prejudicando a outra, a condenação disporá da já mencionada natureza dúplice: por um lado, terá natureza punitiva, e por outro, natureza indenizatória. O mesmo não ocorre quando as partes atuam em conluio, ocasião em que será aplicada apenas a multa, já que o art. 142 fala apenas em aplicar as penalidades da litigância de má-fé, enfatizando o caráter punitivo.

O objetivo ilegal consiste em pedir algo em juízo quando o que se pede não é aquilo que realmente se pretende com a demanda.⁵⁷ Trata-se de um objetivo não diretamente ligado ao *petitum*.⁵⁸ Assim, a parte deve portar um propósito diverso daquele de que parecia dispor, à primeira vista.

O inciso III, diferentemente do I e do II, faz menção expressa ao elemento volitivo. O que se reprime aqui não é a conduta em si, mas a intenção perversa do agente.⁵⁹ Tal fica evidente quando observamos que o legislador empregou a conjunção final “para”, denotando que não basta que o agente se utilize do processo e, a partir disso, obtenha objetivo ilegal. Para que se subsuma na hipótese legal, a conduta do litigante deve dispor também de finalidade maliciosa, qual seja a de obter um objetivo ilegal. No caso desse inciso, é possível identificar de plano a exigência do elemento subjetivo da conduta, mais especificamente do dolo, manifesto devido à presença da conjunção final “para”.

⁵⁶ NEVES, 2016. P. 121

⁵⁷ BENEDUZI, Renato. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. II (Arts. 70 a 187), 2017. P. 107

⁵⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1977. P. 27

⁵⁹ BENEDUZI, op. cit., P. 107

II.2.d - Opor resistência injustificada ao andamento do processo (CPC - art. 80, IV)

Tal oposição é mais comumente praticada pelo réu, tendo em vista que dificilmente será do interesse do autor resistir a um processo que ele próprio moveu. Entretanto, tendo em vista que o artigo não fez qualquer restrição ao âmbito de aplicação do inciso IV, é possível sim sua incidência também sobre o autor. Assim, apesar da experiência demonstrar que, via de regra, é o réu quem age para protelar o desfecho do processo, não se descarta que o autor atue de forma protelatória, por considerar, por exemplo, convenientes os critérios judiciais de atualização de seu crédito ou vislumbrar no decorrer do litígio que sua pretensão não será acolhida.⁶⁰

A conduta prevista neste inciso é consideravelmente genérica, valendo qualquer ato processual ou com efeitos no andamento do processo que possa prejudicar injustificadamente o trâmite procedimental. A mesma conduta pode ser considerada um ato atentatório à dignidade da justiça, por força do que dispõe o art. 77, IV do CPC, sendo perfeitamente cabível, nesse caso a cumulação da multa pelo ato atentatório com aquela que é cominada à litigância de má-fé.⁶¹

O adjetivo “injustificada” do inciso IV está a demonstrar que o ordenamento jurídico não reprovava qualquer tipo de resistência processual, mas tão somente aquela que seja injustificada.⁶² Trata-se da conduta que termina sendo danosa à marcha processual, da chicana.

Diferentemente do inciso anterior, o presente inciso não faz menção ao elemento volitivo. Limita-se à descrição objetiva da conduta de opor resistência.

II.2.e - Proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo (CPC - art. 80, V)

De todos os incisos, trata-se, sem dúvida, do mais genérico, que termina sendo utilizado como subsídio, quando os demais incisos não se mostram suficientes para que determinada conduta seja tida como litigância de má-fé. O agir temerário é aquele em que se adota conduta anormal, indevida, incompatível com a boa-fé processual, conceitos estes que também parecem ser igualmente imprecisos.

⁶⁰ LOPES, 2017. P. 77

⁶¹ NEVES, 2016. P. 122

⁶² ABDO, 2007. P. 160

Como já foi mencionado anteriormente, este inciso torna inócuo o debate sobre a taxatividade das hipóteses de litigância de má-fé, pois ainda que o rol seja taxativo, caso a conduta não se subsuma em nenhuma das hipóteses especificamente previstas, decerto subsumir-se-á no texto genérico e indefinido do presente inciso.

A questão do tratamento impreciso dado à temeridade parece remontar o direito romano, pois conforme expôs NAJJAR “desde o direito romano a temeridade tem se revelado uma noção vaga e incerta”.⁶³

Do texto constitucional, depreende-se não ser a temeridade sinônimo de má-fé. Nesse sentido, vale observar o art. 14, §11 da Constituição Federal, segundo o qual a ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária *ou* de manifesta má-fé. É de se notar que a Constituição não trata a ação temerária tal como trata a má-fé, preferindo estabelecer distinção entre as ambas.

Apesar das evidências de que temeridade não é sinônimo de má-fé, ainda assim não parece haver uma definição precisa da conduta que pode ser entendida como temerária. Um dos melhores indicativos que temos parte de uma dedução do texto da nossa Lei-Maior, segundo a qual pode ser temerária uma conduta, ainda que não haja a má-fé.

Tal informação não parece ser de grande valia para a definição daquilo que é temerário, mas dela podemos concluir, ao menos, que o texto do inciso não exige que a pessoa aja de má-fé, dolosamente. O inciso como um todo não menciona o elemento volitivo, e o conceito de temerário, por mais obscuro que seja, também não parece estar ligado à má-fé, ao dolo.

II.2.f - Provocar incidente manifestamente infundado (CPC - art. 80, VI)

Os litigantes contam com o direito subjetivo de provocar incidentes no curso do processo, embora estejam sujeitos a não obter êxito em muitos dos incidentes provocados. A simples não obtenção de êxito não tem o condão de fazer incidir punição por litigância de má-fé. Não se cuida, aqui, do incidente que é apenas infundado, mas sim daquele que o é de forma manifesta.

⁶³ ABDO, 2007. P. 161

Nesse sentido, incidente manifestamente infundado pode ser definido como aquele que é provocado sem qualquer possibilidade de êxito e cuja ausência de viabilidade possa ser, desde logo, aferida pelo órgão jurisdicional.⁶⁴

Quando se emprega o termo “manifestamente infundado”, por óbvio, não se cuida do incidente que é desprovido de fundamentação. É o teor do incidente, este sim, que irá revelar se ele é ou não manifestamente infundado. A fundamentação, por menor que seja, pode ser suficiente às exigências de boa-fé processual, contanto que seja séria tal fundamentação.

A conduta que o presente inciso busca reprimir é mais um exemplo da chicana processual, pois os incidentes processuais são causa de complicação procedimental, com o que é possível atrasar a prestação da tutela jurisdicional. Há de se lembrar que muitos deles chegam até mesmo a suspender o andamento procedimental, o que termina por atrapalhar o processo.⁶⁵

Conforme mencionado, não basta que o incidente venha a ser resolvido de modo desfavorável ao suscitante: é preciso que, logo à primeira vista, ressalte a inexistência de qualquer argumento sério, ponderável, digno de meditação. Se o órgão judicial precisou fundamentar com cuidado, senão extensamente, a decisão contrária, se lhe deu muito trabalho a demonstração de que o incidente era infundado, não é o caso de se cogitar haver litigância de má-fé. Do mesmo modo, quando existem precedentes jurisprudenciais que, em idênticas circunstâncias de fato, declararam ser fundado o incidente, não há litigância de má-fé.⁶⁶

Os mesmos comentários feitos para os incisos I, II, IV e V quanto à ausência de menção expressa do elemento volitivo valem também para o presente inciso.

II.2.g - Interpor recurso com intuito manifestamente protelatório (CPC - art. 80, VII)

Este inciso foi o último a ser incluído no rol de condutas que são consideradas expressão da litigância de má-fé. Foi apenas com a Lei nº 9.668/98 que ele ganhou previsão expressa no CPC. Tal demora provavelmente decorre do fato de que, a rigor, essa conduta não necessita de um inciso específico, pois a interposição de recurso

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme.; ARENHART, Sérgio Cruz.; MITIDIERO, Daniel. 2018. P. 248

⁶⁵ NEVES, 2016. P. 122

⁶⁶ MOREIRA, 1977. P. 29

com intuito manifestamente protelatório nada mais é do que a oposição de resistência injustificada ao andamento do processo, a qual já poderia ser reprimida, nos termos do art. 80, IV do CPC (antigo art. 17, IV do CPC/73).

De todo modo, diante da corriqueira prática dos litigantes de utilização dos recursos como meio protelatório, talvez tenha o legislador acertado em seu pragmatismo ao estabelecer um tipo ainda mais específico, principalmente se considerarmos a vultosa quantidade de recursos que o nosso ordenamento confere ao litigante.

O recurso é considerado manifestamente protelatório quando interposto de decisões ou de sentenças justas, pois, nesse caso, o propósito do recorrente é apenas impedir que se alcance rapidamente o fim colimado pelo processo.⁶⁷ Tal como na hipótese do inciso VI, é empregado aqui o termo “manifestamente”. Deve, portanto, restar evidente das razões do recurso e do contexto em que inserido o objetivo de protelar, sendo desnecessárias considerações mais aprofundadas para demonstrar essa realidade.⁶⁸

No caso do presente inciso, a litigância de má-fé possui relação direta com o propósito da conduta. Se, diante do contexto em que o recurso está inserido, não for possível afirmar que houve um propósito de protelar, não haverá litigância de má-fé.⁶⁹ À vista disso, concluímos que o inciso pressupõe a existência do elemento volitivo, que se expressa justamente no *intuito* manifestamente protelatório. O intuito, como bem se sabe, consiste na intenção (no caso, a intenção maliciosa). Portanto, indispensável que haja dolo, tal como ocorre no caso do inciso III, sendo impossível enxergar a conduta ora descrita de um ponto de vista meramente objetivo.

⁶⁷ ALVIM, 2015. P. 415

⁶⁸ LOPES, 2017. P. 79

⁶⁹ Ibidem, P. 80

III - A RESPONSABILIDADE E A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Em um primeiro momento, a presente pesquisa ficou centrada na natureza jurídica da litigância de má-fé, ocasião em que foram tecidas algumas considerações sobre o abuso de direito, genericamente considerado. Após, tratamos de algumas generalidades que dizem respeito à litigância de má-fé. Passemos, agora, a um estudo mais pormenorizado sobre a medida em que o elemento subjetivo é necessário. Conforme pudemos observar a partir das informações colhidas no Capítulo II, em especial daquelas que tratam dos conceitos de dolo e má-fé, existe forte identidade entre os dois termos, o que milita em favor da ideia de que a litigância de má-fé depende do dolo para existir.

Da identidade entre os termos, surge farta jurisprudência do STJ tratando o dolo como elemento necessário para caracterização da litigância de má-fé. Na própria atualização da obra de Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, os juristas responsáveis pela atualização do Tomo VI inseriram lá notável jurisprudência⁷⁰, segundo a qual “Só se configura litigância de má-fé quando a conduta é dolosa (STJ, REsp 794.055/SP, 3ª T., j. 14.12.2006, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 05.02.2007, p.225)”.⁷¹

Ocorre que tal entendimento não parece ser pacífico, já que o mesmo Tribunal, por muitas ocasiões, consignou a possibilidade de a litigância de má-fé restar caracterizada, ainda que sem a presença do elemento doloso. Observemos que, enquanto o acórdão supracitado estabelece o dolo como elemento necessário e indispensável, o acórdão abaixo admite que a mesma litigância de má-fé provenha também da culpa grave, não necessariamente do dolo:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE

⁷⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado - Tomo VI (atualizado por Otavio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch, Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 101

⁷¹ Nesse mesmo sentido, EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 414.484/SC, já citado na introdução desta monografia. Também nesse sentido: EDcl no Ag 691061 / RS, AgInt no AREsp 1013334 / RJ, AgInt no AREsp 238991 / RS, AgInt no AREsp 846996 / RO, REsp 1544267 / DF, REsp 1400776 / SP, AgRg no AREsp 514266 / SC, EDcl no AgInt no AgInt no AREsp 870585 / RJ, AgRg no AREsp 328749 / SC, REsp 1195019 / AP.

PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. OMISSÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II – A fundamentação adotada no acórdão é suficiente para respaldar a conclusão alcançada, pelo que ausente pressuposto a ensejar a oposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.

III - Inaplicabilidade da multa por litigância de má-fé (arts. 17, VII e 18, § 2º, do Código de Processo Civil de 1973 e 80, IV e VII, e 81 do estatuto processual civil de 2015, porquanto ausente demonstração de que a parte recorrente agiu com culpa grave ou dolo. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

IV – Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgInt no AREsp 1122170/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 26/03/2018)⁷²

Tal como a jurisprudência, parece não haver uniformidade por parte da doutrina quanto à necessidade do elemento doloso. Nem mesmo quanto à exigência do elemento subjetivo há consenso: os posicionamentos vão desde os mais apegados à literalidade do termo “má-fé” até aqueles que desprezam por completo o elemento subjetivo para caracterização da litigância de má-fé.

O tema é complexo, e especificamente naquilo que concerne ao abuso cometido no âmbito do processo civil, raros são os doutrinadores que se manifestaram sobre qual seria a modalidade de responsabilização mais adequada.⁷³

Diante da escassez de estudos sobre o tema, acabam surgindo opiniões distintas e conflitantes, sendo possível identificar três correntes principais: uma defendendo a responsabilidade por litigância de má-fé apenas em caso de dolo. Outra entendendo que a litigância de má-fé não fica restrita ao dolo, podendo ser verificada também mediante conduta culposa. Uma última crendo que a análise do elemento

⁷² Nesse mesmo sentido: AgInt no AREsp 1244472 / SP; AgInt no AREsp 1236192 / MG; AgInt no AREsp 881799 / MS; AgInt no AREsp 1114610 / PE; AgInt no RMS 46117 / RO; AgRg na MC 4780 / RN; REsp 21549 / SP.

⁷³ ABDO, 2007. P. 119

subjetivo é dispensável para que reste caracterizada a litigância de má-fé, devendo a repressão seguir critérios objetivos.

Para Humberto Theodoro Júnior, por exemplo, a litigância de má-fé no direito processual civil brasileiro está, em princípio, subordinada ao dolo (intenção de procrastinar, de violar a lealdade processual, de alterar a verdade, de burlar a lei etc.), mas também é admitida a litigância de má-fé decorrente de culpa grave.⁷⁴ Ideia semelhante é defendida por Celso Agrícola Barbi, segundo o qual a nossa lei enumera os casos em que se reputa de má-fé a conduta. Nessa enumeração, o CPC inclui hipóteses em que a intenção malévola é exigida, e outras em que ela é dispensada. Nessas últimas está implícita a exigência somente de culpa grave. Exemplo das primeiras está no inciso III; das últimas, nos incisos I e VI.⁷⁵

Em sentido diverso, parte da doutrina entende que a lei fez menção expressa ao elemento subjetivo quando quis, devendo a litigância de má-fé ser verificada de modo objetivo apenas quando a lei não trate expressamente do elemento subjetivo.

Nas palavras de Barbosa Moreira, quando a lei quis exigir do litigante determinada atitude psicológica para permitir-lhe a responsabilização, expressamente o fez, dispensando qualquer indagação dessa ordem nos outros casos, em que, portanto, a responsabilidade exsurge pela simples verificação objetiva do "tipo" legal.⁷⁶ Seria o caso, por exemplo, do art. 80, III⁷⁷, que, conforme explicado no capítulo anterior, indica ser necessário o dolo quando emprega a conjunção finalística "para".

Também é esse o entendimento de Araken de Assis, que afirma existirem casos de litigância de má-fé em que a lei exige o elemento subjetivo explicitamente e outros casos em que o elemento subjetivo não é exigível, tendo em vista a opção legislativa por restringir a predominância da atitude psicológica do litigante em determinados tipos legais do art. 80.⁷⁸

Apesar de a tese da dissociação entre litigância de má-fé e dolo ter ganhado notáveis adeptos, fato é que o termo "má-fé" está muito próximo daquilo que se

⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, 1998. P. 62

⁷⁵ BARBI, 1988. P. 125

⁷⁶ MOREIRA, 1977. P. 26

⁷⁷ Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: (...) III - Usar do processo *para* conseguir objetivo ilegal;

⁷⁸ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, parte geral**: institutos fundamentais: tomo I. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. II, 2016. P. 286

concebe por dolo, de forma que admitir outras modalidades de responsabilização, dissociadas do dolo, pode gerar confusão.

Curioso notar que, em meio à pluralidade de posicionamentos, os processualistas por muitas vezes entram em contradição ao tratar da (des)necessidade do elemento doloso. Nery e Nery Jr., por exemplo, definem o litigante de má-fé como sendo a parte “que age de forma maldosa, com dolo e culpa”.⁷⁹ A primeira parte do conceito é incoerente com a segunda. Age de forma maldosa quem age com dolo, nunca com culpa.

O mesmo contrassenso pode ser verificado nas palavras de Humberto Theodoro Júnior. Vejamos o que diz o ilustre doutrinador:

O abuso de direito processual, configurado pelo Código brasileiro, pressupõe má-fé, normalmente dolo, e às vezes culpa grave equiparável ao dolo. De qualquer maneira, o ato de má-fé tem de destinar-se a procrastinar o processo, dificultar a atuação da parte contrária, falsear a realidade e comprometer a justa e profícua composição da lide. Deve apresentar-se, pois, como quebra do princípio da *probidade processual*.⁸⁰

Ao contrário do que afirma Humberto Theodoro Júnior, o ato que se destina a atrapalhar o processo não pode ser originário de conduta culposa, qualquer que seja o grau de culpa. Ainda que se admita a culpa grave para a responsabilização por litigância de má-fé, não é o caso de afirmar que seria culposo um ato *destinado* a procrastinar o processo, dificultar a atuação da parte contrária, falsear a realidade e comprometer a justa e profícua composição da lide. É no ato doloso que a intenção ilícita coincide com o resultado. Se for culposo, a destinação do ato não coincidirá com o seu resultado (atrapalhar o processo).

Lucon incorre na mesma contradição. Primeiro, afirma que a conduta descrita no art. 80, VII, do CPC pode existir ainda que não haja intenção de prejudicar. Após, descreve a hipótese do art. 80, VII, do CPC, ressaltando que deve haver intencionalidade lesiva (dolo). Vejamos:

Não se exige somente a intenção do agente para sua configuração, bastando, em alguns casos, apenas a presença de culpa grave. Essa interpretação

⁷⁹ NERY, Rosa Maria De Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 76

⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, 1998. P. 56

estende-se igualmente ao recente inc. VII que, ao se valer da expressão "manifestamente protelatório", deixou clara a possibilidade de configuração tanto na situação em que se evidencia o dolo (intenção de prejudicar a parte contrária) quanto naquela em que se verifica a culpa grave. Por meio do recurso manifestamente protelatório, o *improbis litigator* deve pretender de forma deliberada um efeito repudiado pelo direito e intencionalmente lesivo, provocando verdadeira dilação indevida no processo, que tem efeitos negativos sobre os direitos da parte contrária e sobre a própria administração e dignidade da justiça.⁸¹

Não bastassem as já mencionadas divergências jurisprudenciais, a expressão "litigância de má-fé" criou um problema também para a doutrina. Para considerar que a litigância de má-fé pode ocorrer também sem o dolo, a doutrina se vê obrigada a partir de premissas incoerentes, como por exemplo a de que é possível agir culposamente de forma maldosa.

Em meio a essas contradições, das quais até mesmo doutrinadores de renome não conseguiram se esquivar, vale analisar elementos inerentes à litigância de má-fé que sirvam como indicativo da medida em que o elemento doloso é necessário. Não sendo ele necessário, convém ainda identificar se é possível estabelecer uma responsabilidade objetiva ou se a litigância de má-fé persiste condicionada à existência do elemento subjetivo.

Antes de adentrarmos na análise, vale fazer uma última ressalva, a respeito dos incisos III e VII do art. 80. Conforme estudado no capítulo anterior, estes dois incisos já possuem em seu corpo menção expressa ao elemento doloso. No caso deles, não convém tratar a responsabilidade como objetiva, ou mesmo entender que a responsabilidade pode decorrer de conduta culposa, porque o dolo já integra a própria descrição da conduta que será considerada litigância de má-fé.

Para estes dois dispositivos, admitir outras modalidades de responsabilização que não a decorrente de dolo seria o mesmo que fechar os olhos ao texto legal, o que não vem ao caso. A controvérsia cinge-se, aí sim, aos incisos que não mencionam o dolo, ou seja, ao art. 80, incisos I, II, IV, V e VI. Quanto aos demais incisos, basta a

⁸¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais / coordenadores Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2001. P. 885

leitura da literalidade do texto legal para concluirmos que o elemento doloso é de todo necessário. Passemos, então, à análise.

III.1 - As mudanças legislativas

Apesar de o abuso de direito processual ter merecido repressão já no CPC/1939 (arts. 3º e 63), foi apenas no diploma processual de 1973 que o termo “litigante de má-fé” ganhou previsão expressa. O CPC/73 trouxe um conjunto de hipóteses em que o sujeito poderia ser reputado litigante de má-fé, e as alterações históricas do dispositivo legal a partir de 1973 fornecem algumas pistas interessantes sobre a melhor forma de se trabalhar com a responsabilidade por litigância de má-fé. Vejamos qual era a redação original do art. 17 do CPC/73:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer;
- II - alterar intencionalmente a verdade dos fatos;
- III - omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa;
- IV - usar do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal;
- V - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- VI - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VII - provocar incidentes manifestamente infundados.

A partir de uma análise da redação original, observamos que alguns incisos trazem em seu corpo menção expressa ao elemento volitivo doloso. O inciso II, por exemplo, fala em alterar *intencionalmente* a verdade dos fatos. Não bastava, portanto, a alteração da verdade dos fatos. Do texto legal depreende-se que seria reputado litigante de má-fé apenas aquele que alterasse a verdade dos fatos com o fim de fazê-lo, ou seja, que agisse com dolo.

Em outros casos, como o do inciso VII, por exemplo, não havia qualquer alusão ao elemento intencional, motivo pelo qual Barbosa Moreira⁸² defendia que quando a lei quis exigir do litigante determinada atitude psicológica para permitir-lhe a responsabilização, expressamente o fez. Não havendo menção expressa ao elemento psicológico, ficava dispensada qualquer indagação sobre o dolo: a responsabilidade

⁸² MOREIRA, 1977. P. 26

decorria da simples verificação objetiva do "tipo" legal. Em suma, o art. 17 do CPC de 1973 continha tipos abertos, alguns dos quais dependiam também de juízo de valor acerca da conduta do agente⁸³, a exemplo do inciso II.

Posteriormente, a Lei nº 6.771/80 impôs modificação na disciplina legal da litigância de má-fé. Dentre as mudanças, retirou a palavra "intencionalmente". Vejamos como ficou a lei após a modificação:

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 do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

Tomando mais uma vez o inciso II como exemplo, percebemos que a lei conferiu um tratamento diferente ao dispositivo no pós-reforma. Ao suprimir a palavra "intencionalmente", passou a desvincular a litigância de má-fé da conduta intencional, dolosa. Do contrário, não teria retirado justamente a palavra que faz referência ao elemento volitivo. Tal mudança é, decerto, consequência da dificuldade que existe em fazer prova da intenção dolosa.

Se o magistrado ficasse adstrito ao dolo para declarar a litigância de má-fé, a aplicação do instituto poderia ficar enfraquecida, tendo em vista ser custoso perquirir a real intenção do litigante. Não se trata, portanto, de uma mudança vazia. O legislador alterou o texto para que ele passasse a admitir outras modalidades de responsabilização, dissociadas do dolo.

Vale conferir, nesse sentido, trecho da própria justificção do Projeto de Lei que originou a Lei nº 6.771/80 e alterou os incisos I, II e III do art. 17 do CPC/73. O trecho critica a presença do elemento doloso no art. 17 do CPC/73, a saber:

⁸³ STOCO, 2002. P. 93

Esses dispositivos [art. 17, I, II e III], dada a subjetividade que os marca, ou restarão inócuos e não aplicados, ou levarão os juízes a praticar injustiças clamorosas.

(...)

Ora, os critérios de aferição da prova, no direito processual, não poderão ficar sujeitos a motivações meramente subjetivas, que aumentam enormemente os riscos de erro, em prejuízo da justiça.⁸⁴

Na redação originária do CPC de 1973, abundavam alusões ao elemento subjetivo. A modificação, portanto, visou a restringir a predominância da atitude psicológica do litigante.⁸⁵ Não resta dúvida, portanto, de que a Lei nº 6.771/80 atuou no sentido de retirar de alguns incisos a necessidade de aferição do elemento volitivo. Diante da supressão operada pela mudança legislativa, forçoso concluir que, a partir de então, a mera prática de conduta descrita no art. 17 passou a ser razão suficiente para que houvesse litigância de má-fé, independentemente da verificação do dolo, ressalvada a hipótese em que a lei tratasse o elemento doloso como parte integrante da conduta.

III.2 - A responsabilidade por abuso de direito

Concluímos em momento pretérito ser de abuso de direito a natureza jurídica da litigância de má-fé, pois consiste no uso irregular de um direito (de ação, de defesa, etc.). Releva saber se a natureza jurídica da litigância de má-fé serve como indicativo da modalidade de responsabilização aplicável, ou seja, qual o tipo de responsabilidade que costuma incidir quando estamos diante de um abuso de direito.

A questão já despertou controvérsias: à época da vigência do Código Civil de 1916, o legislador tratou o abuso de direito de forma mais tímida, fazendo menção apenas ao “uso regular de um direito” e sem esclarecer quais seriam os critérios para aferir se havia o referido uso regular. Embora o legislador pátrio de 1916 tenha sido muito feliz ao adotar uma formulação abstrata para condenar o abuso do direito

⁸⁴ BRASIL. *Diário do Congresso Nacional, Ano XXXI - Nº 047 (Seção I), 15.05.76.* p. 3740

⁸⁵ ASSIS, 2016. P. 286

(CC/16, art. 160, I), deixou, por exemplo, de indicar se seria necessária a presença do elemento subjetivo para a caracterização do abuso.⁸⁶

Com o advento do Código Civil de 2002, tal situação foi modificada. Da redação do artigo 187 do Código Civil, depreende-se que o abuso de direito consiste no exercício de um direito por seu titular, que exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Assim, conseguimos vislumbrar os critérios que a norma brasileira coloca como indicativos da abusividade de uma conduta, quais sejam: (i) que o abuso tenha ocorrido durante o exercício de um direito subjetivo; (ii) que o agente seja titular desse direito; (iii) que tenham sido excedidos os limites impostos pelo fim social e econômico do direito abusado, pela boa-fé ou pelos bons costumes; e, ainda, (iv) que o excesso tenha sido manifesto.⁸⁷

Os critérios estabelecidos pela norma para verificação do abuso de direito dispensam por completo a necessidade de se aferir o elemento subjetivo da conduta. Não que ele não possa existir, pois sabemos ser perfeitamente possível abusar de um direito dolosamente, ou mesmo culposamente. O que se dispensa é a verificação da subjetividade da conduta para reputá-la abusiva. Conforme visto anteriormente, basta que ela exceda critérios objetivamente estabelecidos.

Em suma, por não haver menção no art. 187 à necessidade do elemento subjetivo para a configuração do ato ilícito, basta que a conduta exceda os parâmetros exigidos pelo artigo. Presente o abuso de direito, a responsabilidade é, ao menos a princípio, objetiva. Tal foi, diga-se de passagem, a conclusão a que chegaram os juristas participantes da I Jornada de Direito Civil, com a aprovação do Enunciado nº 37, que dispõe: “Art. 187. A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.⁸⁸

Por tudo isso, a responsabilidade objetiva — aquela que independe de culpa — aparenta ser regra em matéria de abuso de direito. Resta esclarecer se tal regra fica restrita ao âmbito do direito civil ou se pode ser transposta a outros campos. Nesse sentido, vale observar os ensinamentos de Maria Helena Diniz, segundo a qual a responsabilidade civil absorve todos os ramos do direito, pertencendo à seara da

⁸⁶ ABDO, 2007. P. 45

⁸⁷ Ibidem, P. 46

⁸⁸ TARTUCE, 2018. P. 521-522

Teoria Geral do Direito. Para a autora, os princípios estruturais, o fundamento e o regime jurídico da responsabilidade civil são os mesmos, comprovando a tese da unidade jurídica quanto aos institutos basilares da responsabilidade.⁸⁹

Impõe-se, portanto, buscar uma interpretação que harmonize o abuso do direito processual com a previsão contida no art. 187 do CC, tendo em vista que a responsabilidade civil rege o direito como um todo, não apenas o direito civil. Considerando que o ordenamento brasileiro optou pelo critério objetivo-finalístico no âmbito do abuso do direito, o mesmo critério deverá ser adotado para o abuso cometido no âmbito de uma relação jurídica processual.⁹⁰

De fato, parece pouco coerente estabelecer que o abuso de direito seja verificado objetivamente em inúmeros campos, mas não no campo processual. O processo, vale lembrar, é apenas o instrumental utilizado para cometer o abuso. Poderia a parte ter usado irregularmente de qualquer direito subjetivo (direito de propriedade, por exemplo). Não é razoável punir os demais usos irregulares de direito objetivamente e entender que apenas para o abuso do direito de ação a responsabilidade será subjetiva.

Em se tratando de responsabilidade civil, pouco importa se o dano ocorreu diretamente em virtude do processo ou de qualquer outra atividade lesiva. De modo geral, podem e devem ser aplicadas as regras gerais da responsabilidade civil para a reparação de danos eventualmente causados pela atividade processual. O processo é unicamente o meio pelo qual o prejuízo é concretizado.⁹¹ Disso decorre que termina inexistindo diferença entre a responsabilidade processual e a responsabilidade civil. Trata-se, na verdade, da aplicação dos princípios e regras desta última ao processo⁹², sendo, portanto, perfeitamente possível transpor construções como a do abuso de direito, provenientes do campo civil, para outros campos, dentre os quais o do direito processual.

Partindo da premissa de que o abuso de direito — seja ele de cunho processual ou não — gera uma responsabilidade objetiva, em vez de verificar se está presente o dolo ou a culpa do agente, melhor será analisar se no caso concreto houve: 1) A

⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 7, 2009. P. 4

⁹⁰ ABDO, 2007. P. 120-121

⁹¹ FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. **Responsabilidade objetiva por dano processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. P. 76

⁹² ABDO, op. cit., P. 110

prática de um ato em desconformidade com a confiança depositada na contraparte ou em desrespeito a uma situação jurídica equilibrada; ou 2) A prática de um ato em descompasso com os ditames éticos exigidos no transcorrer do processo civil; ou 3) O exercício inadmissível de uma posição jurídica amparada em formalismo exacerbado.”⁹³

Tivesse a lei excepcionado o abuso de direito processual, estabelecendo que sua constatação depende do elemento subjetivo, seria perfeitamente possível considerar tal elemento como condicionante da litigância de má-fé. Aliás, é de se notar que o CPC já o fez no art. 80, incisos III e VII, por exemplo. Contudo, quanto aos demais incisos, ao menos se tomarmos como parâmetro a natureza jurídica da litigância de má-fé, valerá a regra geral do abuso de direito, bastando a prática objetiva das condutas descritas para que fique caracterizada litigância de má-fé.

III.3 - A boa-fé objetiva

É bastante comum, também, o recurso à boa-fé para tentar explicar a questão da necessidade ou desnecessidade de aferição do elemento subjetivo em sede de abuso do processo⁹⁴, de modo que vale tecer algumas considerações sobre como a boa-fé processual pode influenciar no tipo de responsabilidade aplicável à litigância de má-fé.

O art. 5º do CPC trata de um dever de boa-fé que deve acompanhar as partes durante todo o processo. O dispositivo mereceu previsão logo no primeiro bloco de regras do Código, em capítulo intitulado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”. Trata-se da consagração da boa-fé objetiva como elemento-base do processo civil brasileiro. O art. 5º estabelece uma cláusula geral, segundo a qual todos os participantes do processo, atuando de que forma for, devem comportar-se de acordo com a boa-fé. Os arts. 77 a 81 do CPC, por sua vez, dão concretude ao art. 5º, estabelecendo verdadeiro dever de probidade processual. As diversas condutas

⁹³ PRETEL, Marina Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. P. 185

⁹⁴ ABDO, 2007. P. 120

processuais vedadas no art. 80 do CPC têm em conta exatamente este dever de probidade processual. É um mecanismo de combate à quebra da ética processual.⁹⁵

O princípio da boa-fé processual, que se extrai do art. 5º, deve ser entendido como uma norma de conduta. Não está relacionado à boa-fé subjetiva, à intenção do sujeito processual: trata-se de norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada, independente da existência de boas ou más intenções.⁹⁶ Por outro lado, tratar a responsabilidade dos agentes como objetiva em qualquer hipótese inevitavelmente fará a norma contida no art. 5º conflitar com outros dispositivos do CPC.

Assim, apesar de a boa-fé objetiva servir como parâmetro para aplicação de todo o Código, há de se fazer ressalva no sentido de que não existe correlação absoluta entre a exigência de boa-fé objetiva e a necessidade de responsabilidade objetiva: é perfeitamente possível que o mesmo Código, ainda que consagrando a boa-fé objetiva, opte por aplicar a responsabilidade subjetiva em situações especificamente discriminadas.

Nesse sentido, retomemos o exemplo do art. 80, III, segundo o qual considera-se litigante de má-fé aquele que usar do processo para conseguir objetivo ilegal. A palavra “para” indica a finalidade do litigante, qual seja atuar com o propósito de lograr êxito em objetivo ilegal. Não basta, portanto, que o litigante obtenha um resultado ilegal com o processo. Para que seja considerado litigante de má-fé, conforme vimos no capítulo anterior, ele deve estar imbuído da vontade de utilizar o processo para atingir a ilegalidade. A responsabilidade depende, nesse caso, do elemento volitivo.

Mais razoável, portanto, deve ser buscar uma interpretação que harmonize a exigência da boa-fé objetiva com as demais normas do Código. No caso do art. 80, III, por exemplo, não há de ser dispensado o elemento volitivo, pois ele está expressamente previsto. Em um mesmo Código, podem coexistir a boa-fé objetiva e uma responsabilidade de cunho subjetivo.

Em outras palavras, a boa-fé objetiva não gera, necessariamente, um sistema integralmente pautado na responsabilidade objetiva. O Código elegeu um conjunto de

⁹⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil - Teresa Arruda Alvim Wambier. [et al.], coordenadores.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 272

⁹⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 18ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 106

situações em que a litigância de má-fé está condicionada à existência de um elemento volitivo. Para os casos em que o Código dispôs expressamente sobre a intenção do agente, aplicar a responsabilidade objetiva é o mesmo que ignorar o texto legal.

Por outro lado, quando estiver ausente a previsão do elemento volitivo, cabe ao magistrado buscar subsídio nas normas fundamentais do processo civil, como é o caso do comando do art. 5º do CPC. Na condição de regra geral, o papel da boa-fé objetiva é fornecer subsídio para a aplicação das regras do código, impondo a responsabilidade objetiva para os dispositivos legais que não prevejam o elemento volitivo como condicionante para caracterização da litigância de má-fé.

A boa-fé, vale lembrar, presume-se. No art. 80, a lei enumera, objetivamente, condutas que considera violadoras da boa-fé, dispensando maior perquirição sobre o elemento volitivo da conduta processual.⁹⁷ Sendo regra a presunção de boa-fé, de fato cabe a uma parte fazer prova de que a outra agiu segundo o previsto no art. 80 do CPC. Entretanto, por força da exigência da boa-fé objetiva, a prova que se deve fazer não é do dolo do litigante, mas tão somente de que ele praticou conduta processual que o artigo 80 afirma constituir litigância de má-fé.

Não há, portanto, incompatibilidade entre a presunção de boa-fé e a responsabilidade objetiva: presume-se a boa-fé do agente, até que ele pratique alguma das condutas legalmente descritas. Uma vez praticadas, deixa o litigante de agir conforme os parâmetros de boa-fé objetiva, por desviar o processo de sua finalidade econômica/social. Presume-se a boa-fé, portanto, até que haja prova de conduta em sentido contrário, ou seja, prova das condutas que a própria lei processual elegeu objetivamente como litigância de má-fé.

⁹⁷ GAJARDONI, 2015. P. 272

CONCLUSÃO

Dos capítulos anteriores, é possível retirar, em síntese, as seguintes conclusões:

1) A litigância de má-fé tem natureza de abuso de direito, por representar o exercício irregular de um direito, seja ele de ação, de defesa, etc.;

2) Existe notória proximidade entre os conceitos de dolo e de má-fé;

3) O art. 80 do CPC fez menção expressa ao elemento doloso apenas nos incisos III e VII;

4) A alteração legislativa operada pela Lei nº 6.771/80 foi no sentido de retirar o dolo de algumas condutas reputadas como litigância de má-fé, tendo em vista a supressão da palavra “intencionalmente”;

5) O abuso de direito, via de regra, enseja responsabilidade objetiva, bastando que o exercício de um direito se desvie manifestamente dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes;

6) Por força do art. 5º do CPC, o processo civil brasileiro como um todo, inclusive as disposições que tratam da litigância de má-fé, encontram-se fundados na boa-fé objetiva, que funciona como norma de conduta e exige das partes um comportamento em conformidade com parâmetros objetivos e independentes das intenções do litigante.

De um lado, observamos a notória proximidade entre os conceitos de dolo e má-fé, que milita em favor da ideia de que a litigância de má-fé depende do dolo. Os inúmeros entendimentos do STJ nesse sentido decerto tomaram como base a proximidade entre os dois termos. Ocorre que, quando confrontamos esta proximidade com outros elementos trabalhados na pesquisa, percebemos que a litigância de má-fé se distanciou da exigência do dolo, sobretudo após a supressão da palavra “intencionalmente”.

Isso desperta certa confusão na doutrina e na jurisprudência, que se veem obrigadas a trabalhar com um instituto que carrega em seu corpo o termo “má-fé”, mas cuja própria natureza jurídica indica ser dispensável a comprovação do dolo. Em verdade, tanto a natureza jurídica de abuso de direito como a própria consagração da boa-fé objetiva no processo civil sugerem que a responsabilidade decorrente da litigância de má-fé seja aferida objetivamente, salvo disposição em sentido contrário.

Trata-se, portanto, de uma redação legal infeliz, pois incute no intérprete uma dúvida sobre qual o tipo de responsabilidade aplicável. Melhor seria que, em vez de falar em litigância de má-fé, a lei simplesmente descrevesse as condutas passíveis de multa/indenização. Confira-se um exemplo de redação que afastaria possíveis dúvidas:

Art. 80. Responde por perdas e danos aquele que, como autor, réu ou interveniente:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

(...)

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condená-lo-á, ainda, ao pagamento de multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, bem como a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

Ou ainda, caso o legislador preferisse adotar a modalidade subjetiva de responsabilidade, poderia retomar a redação antiga dos incisos que cuidavam da litigância de má-fé, empregando a palavra “intencionalmente”.

Poderia também adotar uma redação que indicasse mais expressamente quando é possível reputar o agente como litigante de má-fé. O Código de Processo Civil português (art. 542), por exemplo, enumera as hipóteses de litigância de má-fé, tal como o CPC brasileiro, mas faz ressalva no sentido de que as condutas são praticadas “com dolo ou negligência grave”.

Bastava ao CPC pátrio ter esta mesma preocupação e o tema não despertaria tantas controvérsias. No entanto, diante da redação que temos atualmente, a conclusão mais plausível é no sentido de que o elemento doloso é dispensável, sempre que a lei não tratar dele expressamente. Nem o dolo nem a culpa merecem ser aferidos, salvo disposição em sentido contrário, o que ocorre apenas nos incisos III e VII do art. 80, ambas indicando que o dolo deve estar presente.

A conclusão do presente estudo não tem como objetivo emitir um juízo de conveniência sobre a aplicação da responsabilidade objetiva à litigância de má-fé. A responsabilidade de cunho objetivo, vale lembrar, pode resultar em óbice ao acesso à justiça, deixando o magistrado com poderes suficientes para considerar meros descuidos como expressões da litigância de má-fé. Contudo, conforme anteriormente

sublinhado, não se está a proceder uma análise utilitarista dos elementos necessários para a litigância de má-fé.

O presente trabalho está concentrado, aí sim, em uma análise técnico-jurídica: seja por força da mudança legislativa que suprimiu o vocábulo “intencionalmente”, seja pela exigência de boa-fé objetiva no processo ou pela natureza objetiva da responsabilidade por abuso de direito, deve-se concluir ser desvinculada do dolo e objetiva a responsabilidade por litigância de má-fé, salvo se o elemento doloso estiver expressamente descrito junto à conduta.

Fica agora a cargo do legislador proceder as modificações ora sugeridas, especialmente caso entenda ser mais conveniente exigir o elemento doloso. Os caminhos para operar a mudança estão lançados, aguardemos os próximos passos.

BIBLIOGRAFIA

ABDO, Helena. Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALVIM, J. E. Carreira. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Curitiba: Juruá, v. 1, 2015.

ANGHER, A. J. **Litigância de má-fé no processo civil**. São Paulo: Rideel, 2005.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, parte geral: institutos fundamentais: tomo I**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. II, 2016.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1988.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, 11 de janeiro de 1973**. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2008.

BENEDUZI, Renato. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. II (Arts. 70 a 187), 2017.

BRASIL. **Diário do Congresso Nacional, Ano XXXI - Nº 047 (Seção I), 15.05.76**.

COSTA, Stefano. **O Dolo Processual em Matéria Civil e Penal**. Tradução de Laercio Laurelli. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 5ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIAS, Jean Carlos. Como a legislação processual civil e a jurisprudência brasileira estimulam a litigância de má-fé. **Revista Dialética de Direito Processual**, 2009.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, v. II, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Comentários ao Código de Processo Civil - volume I (arts. 1.º a 69)**: das normas processuais civis e da função jurisdicional. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 7, 2009.

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. **Responsabilidade objetiva por dano processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil - Teresa Arruda Alvim Wambier. [et al.], coordenadores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEÃO, Adroaldo. **O Litigante de má-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

LIMA, Alcides de Mendonça. Abuso do direito de demandar. **Revista de Processo**, São Paulo, 19, 1980.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, v. II (arts. 70 a 118), 2017.

LOPES, João Batista. O juiz e a litigância de má-fé. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 740, 1997.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais / coordenadores Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme.; ARENHART, Sérgio Cruz.; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 3ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado - Tomo II (atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado - Tomo VI (atualizado por Otavio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch, Jefferson Carús Guedes)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.

NERY, Rosa Maria De Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.

PRETEL, Marina Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

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

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, 344, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 59ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - Parte geral**. São Paulo: Atlas, 2003.