CONDENAÇÃO EM LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ: UMA ALTERNATIVA VIÁVEL RUMO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

Arnaldo de A. Machado Júnior, advogado, membro da Comissão de Defesa das Prerrogativas e Valorização da Advocacia – Seccional de Sergipe, bacharel em Contabilidade, especializando em Direito Processual Civil pela Fanese / Juspodivm / SE.

RESUMO: A necessidade de se buscar, no próprio ordenamento jurídico, um meio de coibir os incidentes e recursos meramente protelatórios, que tanto engessam a prestação jurisdicional e dificultam a efetividade da tutela perseguida.

PALAVRAS-CHAVES: princípio – tutela jurisdicional efetiva – morosidade do poder judiciário – litigância de má-fé.

ABSTRACT: The need to look for, in it's own juridical organization, a way to restrain the incidents and resources merely postponed, that plasters so much the jurisdictional installment and hinder the effectiveness of the tutors pursued.

KEY-WORDS: principle - effective jurisdictional guardianship - morosity of the judiciary power - litigation of bad-faith.

INTRODUÇÃO

Desde longas datas, o Poder Judiciário vem sendo acusado de ineficiente, moroso, burocrático, demasiadamente formal, dentre tantas outras denominações que, de igual forma, denotam um sentimento geral de descontentamento e descrédito com a sua atuação. Muitas vezes, sobretudo diante do grande tempo que se leva até por fim a um processo, o bem da vida se transmuta, verdadeiramente, em bem da morte, vez que geralmente a demanda só beneficia aos filhos, ou até mesmo aos netos, dos litigantes originários. Ciente dessa verdade, o saudoso Rui Barbosa, em momento de grande felicidade, disse: *"a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta"*.

Essa situação caótica de verdadeira "injustiça" atenta contra os postulados da tutela jurisdicional que, por intermédio dos juízes, prima por proteger, em tempo hábil, aquele que tem razão em um processo, a fim de garantir a plena efetividade do ordenamento jurídico. Isso porque sonegar a tutela efetiva nada mais é do que negar o próprio direito, colocando em situação de insegurança e flagelo todo aquele que bate à porta do Judiciário esperando a solução para os seus problemas.

Muitos atribuem à legislação processual a responsabilidade, outros delatam o Poder Judiciário, ou até mesmo os advogados. Todavia, uma coisa é certa: *essa situação tem que mudar*; precisamos reconhecer que a grande maioria dos incidentes e recursos processuais são meramente protelatórios, dissociados de qualquer anseio albergado pela ampla defesa, servindo apenas para dificultar a marcha processual e, conseqüentemente, cercear o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva.

Nessa linha de raciocínio, o magistrado precisa encontrar alternativas que minimizem o problema, dentro do nosso ordenamento jurídico, enquanto não dispõe de um organismo processual mais célere; sopesando os princípios constitucionais envolvidos em cada caso. O juiz, como gestor da prestação jurisdicional, deve propiciar ao jurisdicionado uma resposta eficaz, sob pena de restar comprometida a nossa idéia de Estado Democrático de Direito, garantidor do exercício dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e, principalmente, da justiça.[1]

1. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

Ab initio, urge tecer alguns comentários a respeito dos princípios constitucionais, inclusive o da tutela jurisdicional efetiva.

[1] **PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**. "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL [...]". (BRASIL. Constituição (1988). Op. cit, preâmbulo).

a fim de que possamos ter a exata idéia do papel que desempenham em nosso ordenamento jurídico.

Os princípios constitucionais são regras jurídicas efetivas, de efeitos vinculantes, responsáveis pelas diretrizes básicas de todo o ordenamento jurídico. Neles se encontram os mais importantes valores consagrados no texto legal.[2]

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é um mandamento nuclear do sistema jurídico, seu verdadeiro alicerce. É um instituto que viabiliza a interpretação do alcance da norma jurídica.[3]

Sem os princípios, a Constituição Federal, ou qualquer outro diploma normativo, seria apenas um emaranhado de normas que só teriam em comum o fato de estarem juntas no mesmo diploma legal. Seria uma árvore sem frutos, "um corpo sem alma".[4]

A violação de um princípio, sobretudo constitucional, é, indubitavelmente, mais grave que a de um dispositivo legal específico: ofender um princípio é ofender uma das regras formadoras de todo o sistema jurídico.

Entretanto, torna-se necessário que o entendimento do que seja princípio não paire em altura demasiada, utópica, perdendo-se em abstrações infrutíferas. É preciso encará-lo sob a ótica da realidade, da teoria defendida e consagrada pelos expositores do direito, a fim de não se tornar, na prática, incompatível com o espírito do sistema jurídico em vigor.

Como é de sabença geral, o Estado, ao proibir a autotutela, assumiu para si a jurisdição, tornando-se o único responsável pela pacificação dos conflitos. Daí surgiu a importância da tutela jurisdicional efetiva, dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito.[5]

---

[2] Lucia Valle Figueiredo assim os entende: "[...] denomina-se 'princípios' de uma ciência ao conjunto das proposições diretivas, características, às quais todo o desenvolvimento ulterior deve ser subordinado". (FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 37).

[3] Celso Antônio Bandeira de Mello define princípio como sendo "um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência [...]" (Ap. **NASCIMENTO**, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários à Constituição Federal: princípios fundamentais* **arts. 1º a 4º**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 76.).

[4] MACHADO JÚNIOR, Arnaldo de Aguiar. *Teoria da Isonomia Vencimental no Serviço Público: o caso dos cargos comissionados ocupados por não servidores*. Orientador José Anselmo de Oliveira. Monografia de conclusão do curso de direito - Departamento do Curso de Direito. Aracaju/SE: Universidade Tiradentes, 2003, p. 15.

[5] MARINONI, Luiz Guilherme. *O Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva na Perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 378, 20 jul. 2004. p. 1-2. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281. Acesso em: 03 mai. 2005.

O princípio constitucional da jurisdição efetiva exige a concretização do direito material, ou seja, assegura que o litigante vitorioso em uma demanda possa usufruir, oportunamente, de forma concreta, todos os benefícios decorrentes da solução do litígio.

Diferente pensar, levar-nos-ia a imaginar que a Constituição Federal apenas acolheria o simples acesso ao Judiciário, sem qualquer comprometimento com o resultado satisfatório da demanda.

Por estas razões, entende-se que "a cláusula do devido processo legal"[6] se refere a um processo efetivo, garantidor do direito à tutela jurisdicional efetiva, em sentido estrito. Isto é, toda a prestação jurisdicional deve ser pautada pela preocupação fundamental em proporcionar uma solução prática e efetiva para os litígios, atendendo aos anseios do jurisdicionado.

Sensível à importância da efetividade da tutela para o Estado Democrático de Direito, o Legislador pátrio, por meio da EC nº 45, incluiu o inciso LXXVIII no art. 5º, da Constituição Federal, o qual diz: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

O direito a uma tutela efetiva não poderia deixar de ser pensado como fundamental, mormente em face da própria proibição da autotutela, bem como porque constitui o direito a fazer valer os próprios direitos, razão pela qual tem sido proclamado como o mais importante dos direitos.[7]

É oportuno salientar que a exigência de um processo sem dilações indevidas, isto é, de uma resposta do Estado para a solução dos conflitos em tempo adequado, não significa justiça acelerada. Deve-se agir com moderação, tendo em mira que a aceleração da prestação jurisdicional que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais, como do devido processo legal e da ampla defesa, pode gerar uma "justiça" pronta, mas materialmente "injusta".[8]

O Estado falha quando não proporciona uma tutela efetiva ao jurisdicionado, independentemente de ter propiciado um

---

[6] DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5ª ed. Volume I. Salvador: Edições Juspodivm, 2005, p. 38.

[7] MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 8-9.

[8] CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra-Portugal: Livraria Almedina, 2002, p. 494.

julgamento muito bom. O que importa é a efetividade prática do julgado, que é o verdadeiro *desideratum* da prestação jurisdicional.[9]

Nessa linha de raciocínio, o juiz, decorrente da sua função jurisdicional, não tem apenas a função de julgar os conflitos, mas também a de zelar pela idoneidade da prestação jurisdicional; observando a sua verdadeira finalidade, aplicando a "técnica processual" que melhor aproveite à demanda, levando em consideração as suas peculiaridades.

2. DIFICULDADES COM A PROCRASTINAÇÃO PROCESSUAL

Apesar de restar claro que a principal causa da morosidade do Judiciário é o grande acervo de recursos e incidentes meramente protelatórios disponíveis às partes, é digno de nota que o magistrado, ciente de seu relevante e indispensável papel para a concretização fática da tutela jurisdicional, deve buscar alternativas plausíveis, dentro do próprio ordenamento jurídico, para estancar essa hemorragia, que tanto malfere o Estado Democrático de Direito.

A relação existente entre o direito à efetividade da tutela jurisdicional e o direito à ampla defesa deve ser analisada pelo juiz com acuidade, vez que a progressão do primeiro pode implicar na restrição do segundo. Esse, inclusive, é o principal motivo pelo qual os magistrados evitam aplicar sanções às partes que se utilizam de incidentes e recursos notadamente protelatórios.

Contudo, apesar da dificuldade inquestionável em contrapor as antinomias jurídicas envolvidas – tutela jurisdicional efetiva X ampla defesa – , não se pode permitir que as dilações indevidas cheguem a desnaturar o próprio processo. A solução para essa equação está em descobrir o liame exato entre o pleno exercício do direito à ampla defesa e o manifesto abuso de direito, apurando-se qual princípio deve prevalecer em dada situação.

Diuturnamente, os tribunais têm se deparado com a incidência de normas incompatíveis entre si, denominadas *antinomias jurídicas*. Antinomia jurídica é aquela situação que pode ser resolvida através da aplicação, no caso em concreto, de uma,

[9] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Atualização Antônio Rulli Neto. 5ª ed. Tomo I. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 593.

entre duas normas possíveis e incompatíveis entre si, pertencentes ao mesmo plano de validade.[10]

Pela própria concepção sistemática de ordenamento jurídico, o qual privilegia sobremaneira a coerência, dessume-se, claramente, que a presença de antinomias no ordenamento jurídico é um defeito que o intérprete tende a eliminar.[11]

Outrossim, diante dessa problemática, pergunta-se: *QUAL DOS DOIS PRINCÍPIOS CONFLITANTES DEVE PREVALECER, QUANDO RESTAR EVIDENTE A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ? DEVE-SE APLICAR O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA OU O DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA?*

Se fosse o caso de antinomias normativas, a resposta poderia ser obtida sem maiores dificuldades, diante do manuseio dos critérios fundamentais para a solução das antinomias: - critério cronológico; - critério hierárquico; - e critério da especialidade. Entretanto, a problemática aqui tratada não é solucionada por estes critérios, eis que ambos os princípios antinômicos são contemporâneos e constitucionais.[12]

Torna-se necessário que o juiz leve em consideração o direito material e a realidade social que está por trás dos direitos de ação e defesa, antagônicos por natureza. Não se pode pensar na potencialização da tutela jurisdicional, e na limitação do princípio da ampla defesa, sem considerar a questão que está sendo levada ao Judiciário. É importante levar em conta o bem da vida perseguido.[13]

Essa tensão existente entre princípios constitucionais, considerando a inexistência de hierarquia no plano normativo, deve ser solucionada pelo Estado-juiz através do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, também chamado da ponderação de interesses, orienta a hermenêutica constitucional, a fim de obter um amparo lógico e seguro para a tomada de decisão; objetiva aplicar a justiça que o caso em apreço mereça.[14] Com base nesse princípio, o magistrado precisa avaliar qual dos princípios constitucionais conflitantes deva prevalecer, sobrepondo-o, em detrimento do outro.

---

[10] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: Editora UNB, 1999, p. 81 e 88.
[11] BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 91.
[12] BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 92.
[13] MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 33.
[14] DIDIER JÚNIOR, Fredie. Op. cit. p. 33.

É preciso que o magistrado esteja atento aos valores contemporâneos, interpretando a constituição e, conseqüentemente, os seus princípios, de acordo com o momento histórico e os anseios sociais, sem preconceitos, fazendo-se valer verdadeiramente do conteúdo do direito do seu tempo.

A eleição do princípio da proporcionalidade como meio depurador de qual princípio deva prevalecer em cada caso, implica dizer que o juiz tem a obrigação de aplicar a "justiça" no processo, tendo em mente o equilíbrio de interesses reciprocamente contrapostos, bem como o menor prejuízo possível.

Perorando, o juiz deve optar pela solução que não proporcione prejuízos excessivos ao litigante, e que seja, além de tudo, a mais justa para o processo. Dessa forma, sem espaços para incertezas, o magistrado precisa atuar diligentemente no sentido de oxigenar a marcha processual, limitando os recursos e desestimulando o uso de expedientes procrastinatórios, a fim de atender à expectativa do jurisdicionado.

3. A CONDENAÇÃO EM LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ COMO ALIADA

O processo não é uma guerra onde valha tudo. Até porque, mesmo nas guerras, existem limites e princípios a serem observados pelos adversários. Diante dessa premissa, fica claro que o processo judicial tem regras próprias a serem seguidas, oriundas do nosso ordenamento jurídico, e que a sua não observação gera um ônus processual à parte que houver lhe dado causa.

A liberdade de atuação das partes no processo não é ilimitada. Muito pelo contrário, deve ser pautada na lealdade e probidade, uma vez que o intuito primordial da jurisdição é propiciar ao litígio um desfecho justo e célere. Essa é a exegese do art. 14, do nosso Código de Ritos.

Nessa argúcia, reputa-se de má-fé aquele que, agindo de forma desleal, com o intuito de se beneficiar, prejudica a parte *ex adversa*, atenta contra a dignidade da justiça, perturba o andamento regular do processo, concorde com as situações previstas nos incisos do art. 17 (*numerus clausus*), do mesmo diploma legal. Dentre elas estão: - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (inciso I); - opuser resistência injustificada ao andamento do processo (inciso IV); - provocar incidentes manifestamente infundados (inciso VI); - e interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório (inciso VII).

Essas situações são presenciadas pelos magistrados diuturnamente, sem que os mesmos apliquem o instituto, mesmo sendo sabedores que tais procedimentos são responsáveis também pela "morosidade do Poder Judiciário". Por conta da má-fé, o processo, como o veículo da jurisdição, desloca-se com o freio de mão puxado, gerando um sentimento de descrédito perante o Poder Judiciário que deveria ser o guardião dos direitos dos cidadãos.

O legislador, objetivando punir a litigância de má-fé e dificultar os incidentes e recursos protelatórios, previu a aplicação de multa, bem como de perdas e danos, àquele que pratique o ilícito processual *(improbus litigator)*, conforme art. 18 do CPC.

Inúmeras são as ocasiões em que se constatam a má-fé, entretanto, apenas de forma ilustrativa, mencionam-se: - *alegar fatos contrários à prova documental; - quando o réu opõe exceção de incompetência, alegando incompetência absoluta; - quando suscita a exibição de documento que não tem qualquer relação com a causa; - requerer produção de prova em audiência, quando a matéria versar, apenas, sobre questão de direito ou de prova documental; - opor contestações ou recursos padronizados, em matéria já amplamente discutida pelos tribunais; - impugnar o valor da causa ou a gratuidade de justiça sem fundamento plausível; - embargar de declaração sem que tenha havido quaisquer das figuras autorizadoras; etc.*

Ora, se os magistrados aplicassem a condenação em litigância de má-fé, toda vez que o litigante agisse de forma desleal, de acordo com o art. 17 do CPC, com toda certeza, não resolveria definitivamente o problema da morosidade do Poder Judiciário, mas daria um grande passo rumo à sua minimização. Isso porque geraria uma diminuição dos recursos e incidentes meramente protelatórios, sobretudo diante da previsão legal para a multa e perdas e danos.

Essa condescendência do Estado-juiz é inadmissível, mesmo diante da possibilidade da litigância de má-fé vir travestida de defesa do direito à ampla defesa. O curioso é que a condenação em litigância de má-fé, apesar de não ser aplicada a contento pelos juízes, não é uma faculdade; é um dever, haja vista a possibilidade de sua decretação até de ofício, independente de provocação da parte interessada.

Cabe glosar ainda que, em homenagem ao contraditório, o Juiz, antes de condenar como litigante de má-fé, deve dar ao *improbus litigater* a oportunidade de defesa, exceto quando a deslealdade for flagrantemente inquestionável.

CONCLUSÃO

Diante dessas considerações, depreende-se que a *"morosidade do Judiciário"* mitiga o princípio constitucional da tutela efetiva, vez que não soluciona as demandas em tempo hábil, ocasionando um sentimento de descrédito e insegurança com a atuação do Poder Judiciário.

Doutra forma, não podemos deixar de mencionar que a nossa legislação processual civil contribui diretamente para essa situação, na medida em que disponibiliza aos litigantes uma gama quase "interminável" de possibilidades processuais, capazes de arrastar a ação durante anos.

Contudo, com fulcro no princípio da tutela jurisdicional, o magistrado, na condição de responsável pela condução da prestação jurisdicional, colimando dar efetividade ao ordenamento jurídico, deve buscar mecanismos capazes de melhor responder aos reclamos sociais.

Como alternativa, sugere-se que os juízes dêem vida aos arts. 17 e 18, ambos do Código de Processo Civil, ou seja, passem a aplicar efetivamente a condenação em litigância de má-fé sempre que restar evidenciado o objetivo meramente procrastinatório do recurso ou incidente processual, a fim de desestimular tal prática inescrupulosa, responsável pela paralisia do Poder Judiciário.

Quanto à dificuldade encontrada pelos magistrados na aplicação da condenação em litigância de má-fé, em virtude da antinomia principiológica constitucional – ampla defesa X tutela jurisdicional efetiva – , constata-se que a solução para o problema reside na utilização do princípio da proporcionalidade.

Diante do princípio da proporcionalidade, o juiz deve condenar o *improbus litigater*, quando se certificar da presença nos autos de um dos casos previstos no art. 17, do nosso Código de Ritos, como forma de viabilizar a materialização do princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva. O juiz não pode permitir incidentes e recursos sabidamente procrastinatórios, travestidos de direito à ampla defesa, sob pena de contribuir, verdadeiramente, para a denegação da justiça.

Parece claro e evidente que, se assim agirem, os juízes desestimularão práticas epistemologicamente procrastinatórias e, conseqüentemente, ajudarão a efetivar a tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra-Portugal: Livraria Almedina, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5ª ed. Volume I. Salvador: Edições Juspodivm, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Atualização Antônio Rulli Neto. 5ª ed. Tomo I. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentário à constituição federal: princípios fundamentais arts. 1º a 4º*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARTIGO NA INTERNET

MARINONI, Luiz Guilherme. *O Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva na Perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281. Acesso em: 03 mai. 2005.

MONOGRAFIA

MACHADO JÚNIOR, Arnaldo de Aguiar. *Teoria da Isonomia Vencimental no Serviço Público: o caso dos cargos comissionados ocupados por não servidores*. Orientador José Anselmo de Oliveira. Monografia de conclusão do curso de Direito – Departamento do Curso de Direito. Aracaju/SE: Universidade Tiradentes, 2003.